

# Beschluss vom 03. April 2013, X B 20/12

## Nachträgliche Divergenz

BFH X. Senat

EStG § 7g, FGO § 115 Abs 2 Nr 2 Alt 2, FGO § 115 Abs 2 Nr 1, FGO § 116 Abs 3 S 3

vorgehend FG München, 16. November 2011, Az: 15 K 753/11

## Leitsätze

NV: Die Revision ist nur dann wegen einer sog. nachträglichen Divergenz zuzulassen, wenn hinsichtlich der hiervon betroffenen Rechtsfrage innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist die grundsätzliche Bedeutung bzw. die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung ordnungsgemäß dargelegt wurde.

## Gründe

- 1** Die Beschwerde ist unzulässig. Die Beschwerdebegründung des Klägers und Beschwerdeführers (Kläger) genügt nicht den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) an die Darlegung eines Zulassungsgrunds i.S. des § 115 Abs. 2 FGO.
- 2** 1. Der Kläger legt nicht dar, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO), der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO). Auch wird nicht dargetan, dass das angefochtene Urteil des Finanzgerichts (FG) auf einem Verfahrensfehler beruht (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO). Vielmehr wird mit der Beschwerdebegründung im Stil einer Revisionsbegründung lediglich vorgebracht, das Urteil beruhe in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf unzutreffenden Annahmen.
- 3** a) Dies gilt für den klägerischen Vortrag, das FG habe unter Verstoß gegen die allgemeinen Denkgesetze und den eindeutigen Wortlaut des § 7g Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes in der im Streitjahr 2008 geltenden Fassung (EStG) angenommen, der "Teilbetrieb Vercharterung" habe als neuer gewerbesteuerlicher Betrieb im Jahr 2008 noch nicht existiert, weil im klägerischen Betriebsvermögen noch kein Boot als Anlagevermögen ausgewiesen gewesen sei. Dabei berücksichtige das FG nicht, dass die Vercharterung eines Bootes nicht zwingend das Eigentum des Vermieters an diesem Wirtschaftsgut voraussetze. Auch hätten die finanzamtlichen Ermittlungen ergeben, dass der Kläger bereits 2008/2009 einen Katamaran erworben habe.
- 4** aa) Mit diesem Vorbringen zeigt der Kläger weder einen Verfahrensmangel (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO) noch einen qualifizierten Rechtsanwendungsfehler (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO) auf. Mit der Annahme, im Jahr 2008 habe der neue Betrieb "Vercharterung" noch nicht existiert, hat sich das FG nicht über den Akteninhalt hinweggesetzt, sondern in rechtlicher Hinsicht angenommen, ein Betrieb i.S. des § 7g EStG existiere erst dann, wenn die wesentlichen Betriebsgrundlagen vorhanden seien, die nach dem Betriebskonzept des Gründers für die Führung des Betriebs erforderlich seien.
- 5** Diese rechtliche Annahme begründet auch keinen gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO zur Revisionszulassung führenden qualifizierten Rechtsanwendungsfehler.
- 6** Ein solcher Fehler liegt nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) nur vor, wenn die angefochtene Entscheidung objektiv willkürlich und unter keinem Gesichtspunkt rechtlich vertretbar ist (Senatsbeschluss vom 25. Juli 2012 X B 175/11, BFH/NV 2013, 44). Eine solche Fehlerhaftigkeit haftet dem angefochtenen FG-Urteil ersichtlich nicht an. Denn das FG hat sich bei seiner rechtlichen Annahme an der BFH-Rechtsprechung orientiert, die zu § 7g EStG in der Fassung ergangen ist, die vor den Änderungen durch das Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 gegolten hat (EStG a.F.; BFH-Urteil vom 10. Juli 1991 VIII R 126/86, BFHE 164, 565, BStBl II 1991, 840; vgl. auch Senatsbeschluss vom 29. August 2012 X B 69/12, BFH/NV 2013, 185). Ein

solcher rechtlicher Ansatz war auch im Rahmen der Anwendung von § 7g EStG in seiner im Streitjahr geltenden Neufassung im Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen FG-Urteils ohne weiteres vertretbar.

- 7** bb) Dem klägerischen Vorbringen ist ebenso wenig die Darlegung der Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 1 FGO zu entnehmen, wonach substantiiert vorgetragen werden muss, weshalb eine aufgeworfene für den Streitfall entscheidungserhebliche Rechtsfrage aus Gründen der Rechtssicherheit, der Rechtseinheitlichkeit und/oder der Rechtsentwicklung im allgemeinen Interesse liegt.
- 8** b) Auch mit seinem Vorbringen, das FG verkenne, dass der gerichtlich vernommene Zeuge einen im Streitjahr 2008 mündlich abgeschlossenen Vertrag bestätigt habe, an den sich beide Vertragsparteien von Anfang an gebunden gefühlt hätten, zeigt der Kläger keinen Verfahrensfehler i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO auf. Denn er setzt sich nicht mit den Urteilsgründen auseinander, in denen das FG dargelegt hat, dass es angesichts der Angabe des Zeugen, er könne sich nicht mehr an den genauen Zeitpunkt des mündlichen Vertragsabschlusses erinnern, nicht von einer verbindlichen Bestellung im Jahr 2008 überzeugt sei (Urteilsgründe, S. 8). Angesichts dessen war die Frage einer etwaigen Stornierung des Vertrags im Ergebnis für das FG nicht relevant. Soweit der Kläger dies beanstandet und er darauf verweist, dass das bestellte Boot später tatsächlich gebaut und auch Zahlungen geleistet worden seien, wendet er sich im Ergebnis lediglich gegen die Tatsachen- und Beweiswürdigung durch das FG. Ein Fehler in diesem Bereich begründet aber keinen Verfahrensverstoß, sondern einen grundsätzlich nicht zur Revisionszulassung führenden materiell-rechtlichen Mangel (Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl. § 115 Rz 76, m.w.N. aus der BFH-Rechtsprechung).
- 9** 2. Eine Revisionszulassung kommt auch nicht deshalb in Betracht, weil der angerufene Senat zu § 7g EStG in seiner Neufassung durch das Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 entschieden hat, dass abweichend von der Rechtsprechung zu § 7g EStG a.F. bei neugegründeten Betrieben zur Konkretisierung der Investitionsabsicht nicht zwingend eine verbindliche Bestellung der wesentlichen Betriebsgrundlagen erforderlich ist (Senatsurteile vom 20. Juni 2012 X R 42/11, BFHE 237, 377, und X R 20/11, BFH/NV 2012, 1778; vgl. auch BFH-Urteil vom 26. Juli 2012 III R 37/11, BFH/NV 2013, 351). Zwar kann damit eine sog. nachträgliche Divergenz des angefochtenen FG-Urteils von der Rechtsprechung des BFH gegeben sein, die der Kläger bis zum Ablauf der Frist zur Begründung seiner Nichtzulassungsbeschwerde (hier: am 20. Februar 2012) nicht kennen konnte. In einem solchen Fall ist aber nach der BFH-Rechtsprechung die Revision nur dann gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO zu eröffnen, wenn innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist hinsichtlich der hiervon betroffenen Rechtsfrage die grundsätzliche Bedeutung bzw. die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung ordnungsgemäß dargelegt worden ist (BFH-Beschlüsse vom 9. Februar 1996 VIII B 8/95, BFH/NV 1996, 619; vom 19. September 2007 XI B 52/06, BFH/NV 2008, 63, und vom 5. März 2010 IV B 82/09, BFH/NV 2010, 1265). Wie vorstehend unter 1. dargelegt wurde, fehlt es im Streitfall hieran.
- 10** 3. Von der Darstellung des Sachverhalts und einer weiteren Begründung wird gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 FGO abgesehen.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)