

Gericht:	BFH 10. Senat	Normen:	§ 7 Abs 1 S 7 EStG 2009, § 7 Abs 4 S 3 EStG 2009, § 76 Abs 1 S 1 FGO, § 76 Abs 1 S 5 FGO, § 81 Abs 1 S 2 FGO, § 295 ZPO, EStG VZ 2017, § 115 Abs 2 Nr 3 FGO
Entscheidungsdatum:	14.08.2026		
Aktenzeichen:	X B 28/25		
ECLI:	ECLI:DE:BFH:2026:B.140826.XB28.25.0		
Dokumenttyp:	Beschluss		

Ablehnung eines Beweisantrags durch Wahrunterstellung

1. NV: Wird ein Beweisantrag in der mündlichen Verhandlung gestellt, ist er für die Frage, ob er ausreichend konkretisiert ist, nicht isoliert zu betrachten. Es ist die prozessuale Vorgeschichte, namentlich das vorherige schriftsätzliche Vorbringen einzubeziehen.

2. NV: Der Verzicht auf eine Beweiserhebung unter dem Gesichtspunkt der Wahrunterstellung ist gerechtfertigt, wenn das Gericht zugunsten des Beteiligten den von diesem behaupteten Sachverhalt ohne jede inhaltliche Einschränkung als richtig annimmt. Bezieht sich das Beweisangebot auf eine Hilfstatsache, kann das Tatsachengericht diese Hilfstatsache ohne Beweiserhebung als wahr unterstellen, wenn es durch rechtlich nicht zu beanstandende Überlegungen zu der Auffassung gelangt, dass die behauptete Hilfstatsache den Schluss auf das Vorliegen der zu beweisenden Haupttatsache nicht zulässt.

3. NV: Ein Rügeverlust tritt jedenfalls dann nicht ein, wenn der Zeitpunkt des Beweisantrags und der letztmögliche Zeitpunkt, zu dem die Nichterhebung von Beweisen hätte gerügt werden können, praktisch zusammenfallen.

4. NV: Ein besonders enger zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Erwerb eines bebauten Grundstücks und dem Abbruch des Gebäudes impliziert eine besonders starke Wirkung des für eine bereits im Zeitpunkt des Erwerbs bestehende Abbruchabsicht sprechenden Anscheinsbeweises.

Verfahrensgang

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht, 26. Februar 2025, Az: 14 K 283/23, Urteil

Tenor

Auf die Beschwerde des Klägers wegen Nichtzulassung der Revision wird das Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 26.02.2025 - 14 K 283/23 aufgehoben.

Die Sache wird an das Niedersächsische Finanzgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens übertragen.

Tatbestand

I.

- 1 Der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) erzielt ... Einkünfte aus Gewerbebetrieb und ermittelt diese durch Betriebsvermögensvergleich.
- 2 Mit Vertrag vom ...10.2016 erwarb er für ... € zuzüglich Anschaffungsnebenkosten von ... € ein Grundstück, um dort eine Zweigstelle seines Unternehmens zu errichten. Darauf befand sich ein um 1880 in Fachwerkkonstruktion errichtetes Zweifamilienhaus. Das Fachwerk lag innen und außen unter einer Verkleidung und war nicht sichtbar. Denkmalschutz bestand nicht.
- 3 Das Objekt wurde im Dezember 2016 übergeben. Die Firma D Bau führte nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) ausweislich einer am ...02.2017 ausgestellten Rechnung ab dem ... 01.2017 "Abriss- und Demontagerbeiten" aus. Auf der Grundlage eines Angebots einer weiteren Firma vom ...02.2017 wurde das Gebäude im Sommer 2017 vollständig abgerissen. Am ... 12.2017 stellte der Kläger einen Bauantrag für einen Neubau. Der Neubau wird teilweise für das Einzelunternehmen des Klägers genutzt und teilweise vermietet. Der Kläger hat ihn in vollem Umfang dem Betriebsvermögen zugeordnet.
- 4 Bei der Ermittlung seiner Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Jahre 2017 machte der Kläger den anteiligen Restbuchwert des erworbenen Zweifamilienhauses in Höhe von ... € sowie Abrisskosten von ... € (netto) als sofort abziehbare Betriebsausgaben geltend. Nachdem der Beklagte und Beschwerdegegner (Finanzamt --FA--) die Steuern zunächst erklärungskgemäß festgesetzt hatte, versagte er nach einer Außenprüfung diesen Abzug. Der Restbuchwert sowie die Abrisskosten seien vielmehr als "Geschäftsbauten im Bau" zu aktivieren.
- 5 Mit Einspruch und Klage machte der Kläger geltend, er habe das Objekt nicht mit Abbruchabsicht erworben. Erst nach Beginn der vorbereitenden Sanierungsmaßnahmen habe sich herausgestellt, dass die Balken auf einer Seite vollständig verfault gewesen seien. Um zu verhindern, dass angesichts des nunmehr freigelegten Fachwerks doch noch Denkmalschutz angeordnet werde, sei Eile geboten gewesen. Im Klageverfahren hat er schriftliche Äußerungen zweier beauftragter Firmen vorgelegt. Herr A von der Firma E Bau hat darin erklärt, der Kläger habe ihm von seinen Sanierungsplänen berichtet. Auf ihn habe das Haus einen guten Eindruck gemacht. Auch wenn bei einem Fachwerk mal ein Balken ausgetauscht werden müsse, sei kein massiver Schaden zu vermuten gewesen. Herr B von der Firma D Bau hat erklärt, der Kläger habe seinen Betrieb mit der Entkernung beauftragt. Mit dem Entfernen der Wandinnenverkleidungen habe sich der desolate Zustand des Fachwerks auf der Ostseite von den Fußschwellen an aufwärts gezeigt. Er habe die Arbeiten daraufhin gestoppt und dem Kläger den Abriss empfohlen. Ferner legte der Kläger Korrespondenz mit seinem Makler, Herrn C, vor.
- 6 Das FA trug vor, es sei davon auszugehen, dass der Kläger bei dem Erwerb noch keine abschließende Entscheidung über die Verwendung der Immobilie getroffen und einen Abriss billigend in

Kauf genommen habe. Bei der Sanierung eines Fachwerkhauses aus dem Jahre 1880 seien möglicherweise auch unvorhergesehene bauliche Mängel einzukalkulieren.

7

In der mündlichen Verhandlung trug die Berichterstatterin des FG zunächst den wesentlichen Inhalt der Akten vor. Darauf stellten die Beteiligten ihre Anträge. Sodann wurde die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert. Der neben seinem Prozessbevollmächtigten (P) anwesende Kläger machte ergänzende Ausführungen zur Sache. Nach einer Unterbrechung wies der Vorsitzende auf die erforderliche Abtrennung des Verfahrens wegen der noch streitgegenständlichen Umsatzsteuer hin. P überreichte ferner einen handschriftlich ausformulierten Beweisantrag, der ausweislich des Protokolls zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurde. Dieser Antrag lautete wörtlich:

"Zum Beweis der Tatsache, dass ein Abriß des Gebäudes zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen wurde und auch nicht in Betracht zu ziehen war, wird Beweis angetreten durch Vernehmung der Zeugen

A, bb. (E Bau) [Anschrift]

des Maklers (bb.) C, [Anschrift]

Die Aussage wird bestätigen, dass der Kläger den Abriß bis zum Kauf nicht Erwägung gezogen hat und auch nicht ziehen musste.

Zudem wird zum Beweis der Tatsache, dass eine Sanierung anstelle eines Abbruchs wirtschaftlich nicht sinnvoll war, Zeugnis des Herrn B (D Bau) [Anschrift] angeboten. Der Zeuge B wird bestätigen, dass aus wirtschaftlicher Sicht wegen der hohen zu erwartenden Kosten nur ein Abriß ernsthaft in Betracht kam, weil die Sanierungskosten voraussichtlich deutlich höher sein würden als der Neubau in vergleichbarer Größe."

- 8 Sodann wurde die Abtrennung des Verfahrens wegen der Umsatzsteuer beschlossen und verkündet. Die Vertreterin des FA erklärte, zu dem Beweisantrag im Moment nichts sagen zu können. Daraufhin wurde die mündliche Verhandlung geschlossen mit dem Hinweis, dass am Ende des Sitzungstages eine Entscheidung verkündet werden soll. Nach Wiederaufruf der Sache wurde das klageabweisende Urteil verkündet.
- 9 Das FG hat nach Ausführungen zur Rechtslage unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ausgeführt, der Anscheinsbeweis spreche für eine Abbruchabsicht. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger die Möglichkeit eines Abbruchs billigend in Kauf genommen habe, da er gewusst habe, dass das Gebäude 1880 erbaut und die Fachwerkskonstruktion wegen der Abdeckung nicht überprüfbar gewesen sei. Er habe damit rechnen müssen, dass das Gebäude nicht mehr sanierungswürdig sein könnte. Den Anscheinsbeweis habe er nicht entkräftet. Den auf Zeugenvernehmung von A, B und C gerichteten Beweisanträgen sei nicht nachzukommen. Die Beweisanträge seien unsubstantiiert. Überdies könne als wahr unterstellt werden, dass A und C keine Kenntnis von einer Abbruchabsicht des Klägers hatten. Das schließe die Abbruchabsicht nicht aus.
- 10 Mit seiner Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision rügt der Kläger in erster Linie einen Verfahrensfehler im Sinne von § 115 Abs. 2 Nr. 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO) in Gestalt eines Verstoßes gegen die Sachaufklärungspflicht durch Nichterhebung beantragter Beweise, hier durch die unterbliebene Vernehmung von A, B und C als Zeugen. Die Hilfstatsachen, auf die die Beweisanträge zielten, hätten sich hinreichend deutlich aus dem gesamten erstinstanzlichen Vortrag ergeben (insbesondere dem Schriftsatz vom 05.04.2024, dort S. 8 f.). Die Würdi-

gung des FG nehme die Zeugenaussagen unzulässig vorweg. Die Entgegennahme der Anträge ohne Hinweis darauf, es werde sie zurückweisen, sei zudem eine Überraschungsentscheidung.

- 11 Ferner rügt der Kläger eine Divergenz im Sinne von § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO zu dem BFH-Urteil vom 13.04.2010 - IX R 16/09 (BFH/NV 2010, 1799). Das FG mache aus dem Anscheinsbeweis eine unwiderlegliche Vermutung. Schließlich macht der Kläger hilfsweise einen Verstoß gegen Denkgesetze als Verfahrensfehler im Sinne von § 119 Nr. 6 FGO geltend, da das FG ohne tragfähige Beweiswürdigung ein nicht belegtes inneres Element, nämlich die Inkaufnahme eines Abbrisses, zur Entscheidungsgrundlage mache.
- 12 Das FA tritt der Beschwerde entgegen. Der Beweisantrag sei unsubstantiiert gewesen. Die Sachaufklärungsrüge sei unzulässig, da der Kläger die Nichterhebung der Beweise nicht rechtzeitig gerügt habe.

Entscheidungsgründe

II.

- 13 Die Beschwerde ist begründet. Es liegt ein Sachaufklärungsmangel vor, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO i.V.m. § 76 Abs. 1 Satz 1 FGO). Das FG hätte A, B und C als Zeugen vernehmen müssen.
- 14 1. Nach § 76 Abs. 1 Satz 1 FGO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen. Es ist nach § 76 Abs. 1 Satz 5 FGO an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. Nach § 76 Abs. 2 FGO hat der Vorsitzende darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt, sachdienliche Anträge gestellt, unklare Anträge erläutert, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden.
- 15 a) Das FG ist nach § 76 Abs. 1 Satz 1 FGO verpflichtet, von Amts wegen den Sachverhalt zu erforschen und ihn unter allen ernstlich in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen.
- 16 aa) Ein ordnungsgemäß gestellter Beweisantrag darf nur unberücksichtigt bleiben, wenn das Beweismittel für die zu treffende Entscheidung unerheblich, das Beweismittel unerreichbar beziehungsweise unzulässig oder absolut untauglich ist oder wenn die in Frage stehende Tatsache zugunsten des Beweisführenden als wahr unterstellt werden kann (BFH-Beschluss vom 07.01.2026 - IX B 36/25, BFH/NV 2026, 597, Rz 16, m.w.N.). Dabei ist auf den materiellen Rechtsstandpunkt des FG abzustellen (BFH-Beschluss vom 20.09.2022 - VIII B 82/21, BFH/NV 2022, 1295, Rz 4).
- 17 (1) Beweisanträge müssen sich auf bestimmte, substantiierte Tatsachenbehauptungen beziehen. Beweisermittlungs- oder -ausforschungsanträgen, bei denen konkrete entscheidungserhebliche Tatsachen, die Gegenstand der Beweisaufnahme sein sollen, weder vorgetragen noch anderweitig erkennbar sind, so dass im Grunde erst die Beweiserhebung selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen und Behauptungen aufdecken kann, braucht das Gericht regel-

mäßig nicht zu folgen (vgl. BFH-Beschluss vom 03.07.2025 - VII B 46/24, BFH/NV 2025, 1198, Rz 13). Wird ein Beweisantrag in der mündlichen Verhandlung gestellt, ist er für die Frage, ob er ausreichend konkretisiert ist, nicht isoliert zu betrachten. Es ist die prozessuale Vorgeschichte, namentlich das vorherige schriftsätzliche Vorbringen einzubeziehen (BFH-Beschluss vom 26.07.2016 - III B 148/15, BFH/NV 2016, 1486, Rz 12). Zudem muss der Beweisantragsteller nicht den gesamten Inhalt der künftigen Zeugenaussage durch detaillierte Angaben in seinem Beweisantrag vorwegnehmen, da ihm dies nur über eine an der Schwelle zur Zeugenbeeinflussung stehende vorherige intensive Befragung des Zeugen möglich wäre (vgl. BFH-Beschluss vom 12.11.2025 - IX B 120/24, BFH/NV 2026, 300, Rz 21).

- 18 (2) Der Verzicht auf eine Beweiserhebung zum entscheidungserheblichen Sachverhalt, insbesondere zu einer von einem Beteiligten behaupteten Tatsache, unter dem Gesichtspunkt der Wahrunterstellung ist gerechtfertigt, wenn das Gericht zugunsten des Beteiligten den von diesem behaupteten Sachverhalt ohne jede inhaltliche Einschränkung als richtig annimmt, die behauptete Tatsache also in ihrem mit dem Vorbringen des Beteiligten gemeinten Sinn so behandelt, als wäre sie nachgewiesen. Das Gericht darf nicht einen Sachverhalt zugrunde legen, durch den das Beweisvorbringen in seiner Bedeutung abgeschwächt oder irrelevant wird (BFH-Beschluss vom 30.12.2022 - XI B 104/21, BFH/NV 2025, 518, Rz 14).
- 19 Bezieht sich das Beweisangebot auf eine Hilfstatsache, kann das Tatsachengericht diese Hilfstatsache jedoch ohne Beweiserhebung als wahr unterstellen, wenn es durch rechtlich nicht zu beanstandende Überlegungen zu der Auffassung gelangt, dass die behauptete Hilfstatsache den Schluss auf das Vorliegen der zu beweisenden Haupttatsache nicht zulässt (Senatsbeschluss vom 14.10.2008 - X B 118/08, BFH/NV 2009, 152, unter II.2.a, m.w.N.). Dieser Schluss stellt eine tatsächliche Würdigung dar und kann nicht mittels einer Verfahrensrüge angegriffen werden (BFH-Beschluss vom 03.08.2007 - V B 73/07, BFH/NV 2007, 2368, unter II.2.).
- 20 bb) Darüber hinaus hat das FG zur Erfüllung seiner Sachverhaltsaufklärungspflicht aber auch von Amts wegen den entscheidungserheblichen Sachverhalt so vollständig wie möglich und bis zur Grenze des Zumutbaren, das heißt unter Ausnutzung aller verfügbaren Beweismittel, aufzuklären und die erforderlichen Beweise (§ 81 Abs. 1 Satz 2 FGO) unabhängig von den Beweisanträgen der Beteiligten im Zweifel von sich zu erheben. Die nach § 76 Abs. 1 Satz 5 FGO fehlende Bindung des FG an Beweisanträge der Beteiligten bedeutet nicht, dass das Gericht frei entscheiden könnte, ob es beantragte Beweise erhebt oder nicht. Vielmehr will diese Vorschrift es dem FG in ausdrücklicher Abweichung von zivilprozessualen Grundsätzen ermöglichen, auch von sich aus solche Beweise zu erheben, die von den Beteiligten nicht angeboten worden sind. Eine Verletzung der Sachaufklärungspflicht liegt jedenfalls vor, wenn das FG Tatsachen oder Beweismittel außer Acht lässt, deren Ermittlung sich ihm hätten aufdrängen müssen (vgl. Senatsbeschluss vom 14.01.2025 - X B 72/23, BFH/NV 2025, 387, Rz 32).
- 21 b) Ein Verfahrensmangel kann nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden, wenn er eine Verfahrensvorschrift betrifft, auf deren Beachtung die Prozessbeteiligten verzichten können und --ausdrücklich oder stillschweigend-- verzichtet haben (§ 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 295 der Zivilprozessordnung --ZPO--). Zu diesen verzichtbaren Mängeln gehört das Übergehen eines Beweisantrags (BFH-Beschluss vom 16.05.2023 - VIII B 98/22, BFH/NV 2023, 974, Rz 12), nach ständiger Rechtsprechung des BFH aber auch der im finanzgerichtlichen Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (BFH-Urteil vom 19.03.2019 - VII R 27/17, BFHE 263, 483, BStBl II 2020, 31, Rz 41, m.w.N.).
- 22 Das Rügerecht geht unabhängig von einem Verzichtswillen durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge verloren. Der Verfahrensmangel muss in der nächsten mündlichen Verhand-

lung gerügt werden, in der der Rügeberechtigte erschienen ist. Der Rügeverlust tritt allerdings nur ein, wenn zu erkennen war, dass das Gericht die beantragte Vernehmung nicht durchführen werde. Zu einem Rügeverlust kommt es nicht, wenn ein Beweisantrag in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Sachantrag gestellt, anschließend nicht mehr weiter zur Sache verhandelt wird und auch nicht anderweit damit zu rechnen ist, dass das FG dem Beweisantrag nicht entsprechen werde (vgl. BFH-Beschluss vom 16.05.2023 - VIII B 98/22, BFH/NV 2023, 974, Rz 12 f.).

- 23 2. Nach diesen Maßstäben waren die in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisanträge jedenfalls hinsichtlich A und C ordnungsgemäß, insbesondere nicht unsubstantiiert. Das FG durfte die Beweiserhebung auch nicht wegen Wahrunterstellung ablehnen. Die Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO sowie die des § 295 ZPO gelten als erfüllt, da das FG selbst im Urteil begründet hat, weshalb es von der Erhebung beantragter Beweise abgesehen hat; in dieser Konstellation genügt die schlichte Rüge (vgl. BFH-Beschlüsse vom 26.07.2016 - III B 148/15, BFH/NV 2016, 1486, Rz 7, m.w.N. [zu § 116 FGO], und vom 17.12.2020 - X B 154/19, BFH/NV 2021, 677, Rz 35, m.w.N. [zu § 295 ZPO]).
- 24 a) Es kann letztlich dahinstehen, ob der in der mündlichen Verhandlung handschriftlich gefertigte und zu Protokoll gereichte Antrag diejenigen Hilfstatsachen, die der Kläger in das Wissen der Zeugen stellen möchte, hinreichend konkret benennt.
- 25 aa) Soweit A und C bestätigen sollten, dass der Kläger den Abriss nicht in Betracht habe ziehen müssen, versteht sich, dass damit die fehlende Kenntnis der Unwirtschaftlichkeit der Sanierung gemeint ist. Ob ein ordnungsgemäßer Beweisantrag bereits diejenigen wirtschaftlichen Details benennen muss, nach denen der Zeuge zu befragen wäre, erscheint nicht zweifelsfrei.
- 26 bb) Soweit A und C bestätigen sollen, der Kläger habe den Abriss zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen, ist allerdings zutreffend, dass der Beweisantrag die Hilfstatsachen, zu denen sie gehört werden könnten, nicht benennt. Dies ist jedoch unschädlich. Nach dem Stand des Verfahrens im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung war ohne Weiteres klar, dass jedenfalls A und C dazu Auskunft geben sollten, welche Überlegungen der Kläger ihnen gegenüber im Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks über einen etwaigen Abbruch angestellt hat. So hat es das FG, wie sich aus seinen Ausführungen zur Wahrunterstellung ergibt, selbst tatsächlich ohne Weiteres verstanden. Der Kläger hatte bereits im Rahmen der Klageschrift Schriftverkehr mit diesen Personen vorgelegt, aus dem sich ergab, in welcher Weise und in welcher Rolle sie in das Projekt des Klägers involviert waren. Weitere Details der künftigen Zeugenaussagen sind nicht zu fordern. Wie diese im Einzelnen bei einer Zeugenvernehmung etwaige ihnen gegenüber geäußerte Überlegungen des Klägers zu seinen Absichten schildern würden und wie sie diese Überlegungen aufgefasst haben, hätte der Kläger im Rahmen eines Beweisantrags nur schildern können, wenn er die benannten Zeugen zuvor, möglicherweise mit anwaltlicher Hilfe, quasi selbst vernommen hätte. Dies ist aber gerade nicht Voraussetzung eines zulässigen Beweisantrags.
- 27 Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob das FG, wäre aus seiner Sicht der Beweisantrag unklar gewesen, nach § 76 Abs. 2 FGO darauf hätte hinweisen müssen.
- 28 b) Das FG durfte den Beweisantrag jedenfalls mit den vorliegenden Erwägungen auch nicht im Wege der Wahrunterstellung ablehnen. Dem steht zwar noch nicht entgegen, dass es gleichwohl zu Lasten des Klägers entschieden hat. Es hat sich darauf gestützt, dass die als wahr un-

terstellte Hilfstatsache, die sinngemäß lautet, dass der Kläger gegenüber den Auskunftspersonen nichts von einem beabsichtigten Abbruch habe verlauten lassen, an der festzustellenden Haupttatsache, der Abbruchabsicht des Klägers, nichts geändert hätte. Diese dem Grunde nach beweisrechtlich zulässige Argumentation kann die Wahrunterstellung aber vorliegend nicht tragen, weil sie im Ergebnis den Rechtssätzen widerspricht, die das FG selbst unmittelbar zuvor zutreffend wiedergegeben hat und so augenscheinlich zur Grundlage seiner Entscheidung machen wollte. Somit ist das FG nicht "durch rechtlich nicht zu beanstandende Überlegungen zu der Auffassung gelangt, dass die behauptete Hilfstatsache den Schluss auf das Vorliegen der zu beweisenden Haupttatsache nicht zulässt" (s. oben).

- 29 aa) Das FG ist, wie seine Ausführungen unter I.2. bis 6. erkennen lassen, zunächst zutreffend von der Rechtsprechung des BFH ausgegangen:
- 30 Der Erwerber eines objektiv technisch oder wirtschaftlich noch nicht verbrauchten Gebäudes, der dieses nach dem Erwerb abreißen lässt, kann eine Absetzung für außergewöhnliche Abnutzung nach § 7 Abs. 1 Satz 7 i.V.m. Abs. 4 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes vornehmen und die Abbruchkosten als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abziehen, wenn er das Gebäude ohne Abbruchabsicht erworben hat. Hat er dagegen ein solches Gebäude in Abbruchabsicht angeschafft, so gehören der Buchwert und die Abbruchkosten zu den Herstellungskosten eines im Zusammenhang mit dem Abbruch neu hergestellten Wirtschaftsguts oder zu den Anschaffungskosten des Grund und Bodens. Eine Abbruchabsicht in diesem Sinn ist auch dann zu bejahen, wenn der Erwerber beim Erwerb des Gebäudes für den Fall der Undurchführbarkeit des geplanten Umbaus den Abbruch des Gebäudes billigend in Kauf genommen hat. Wird mit dem Abbruch eines Gebäudes innerhalb von drei Jahren nach dem Erwerb begonnen, so spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Erwerber das Gebäude in der Absicht erworben hat, es abzureißen. Den für eine Abbruchabsicht sprechenden Beweis des ersten Anscheins kann der Steuerpflichtige durch einen Gegenbeweis entkräften, insbesondere der Art, dass es zu dem Abbruch erst aufgrund eines ungewöhnlichen, nicht typischen Geschehensablaufs gekommen ist. Nicht erforderlich ist der Vollbeweis des Gegenteils (grundlegend Beschluss des Großen Senats des BFH vom 12.06.1978 - GrS 1/77, BFHE 125, 516, BStBl II 1978, 620, unter D.IV.; BFH-Urteil vom 13.04.2010 - IX R 16/09, BFH/NV 2010, 1799, Rz 18).
- 31 bb) Die Überlegungen des FG zur Behandlung der Beweisanträge sind aber gerade auf Grundlage dieser Rechtssätze unschlüssig oder implizieren umgekehrt abweichende Rechtssätze.
- 32 (1) Das FG folgert aus dem Umstand, dass dem Kläger das Alter des Gebäudes und das verdeckte Fachwerk bewusst war, dass er die Sanierungsuntauglichkeit wegen versteckter Mängel in seine Erwägungen habe einbeziehen müssen, und folgert daraus weiter, dass er den Abbruch billigend in Kauf genommen habe (unter I.7.c), und zwar unabhängig davon, wie er sich gegenüber Dritten geäußert haben mag. Wenn das FG für entscheidend hält, dass der Kläger das Alter des Gebäudes und die Fachwerkkonstruktion kannte (unter I.7.c Satz 2), impliziert dies, was der Kläger dem Grunde nach zu Recht beanstandet, zwingend den Rechtssatz, dass bei Abbruch jedenfalls eines Altbaus innerhalb von drei Jahren Abbruchabsicht im hier maßgebenden Rechtssinne unwiderleglich zu vermuten ist. Das entspricht aber nicht der unter II.2.b aa dargestellten Rechtsprechung. Auch für Altbauten gelten die Regeln des Anscheinsbeweises.
- 33 Damit zusammenhängend impliziert das FG den Rechtssatz, dass Abbruchabsicht in diesem Sinne auch bereits unterhalb der Schwelle der billigenden Inkaufnahme vorliegt. Die Aussage, der Kläger "... musste es deshalb in den Kreis seiner Erwägungen einbeziehen, dass das Gebäude

... nicht sanierungswürdig sein könnte" (unter I.7.c Satz 3), enthält mit "musste ... einbeziehen" die allgemein anerkannte Formulierung für bloße Fahrlässigkeit.

- 34 (2) Das FG unterstellt auf dieser Grundlage als wahr, dass nach der Wahrnehmung von A und C der Kläger einen Abriss nach außen hin nicht in Betracht gezogen habe, denn der Kläger könnte seine Überlegungen zum Abbruch vielmehr nur nicht ausgesprochen haben (unter I.7.e aa (1) bis (3)). Damit stuft es ebenfalls den Anscheinsbeweis zu einer unwiderleglichen Vermutung hoch, weil es damit die als Indizien wirkenden äußeren Umstände, die als Hilfstatsache einen Schluss auf die innere Tatsache "Abbruchabsicht" oder deren Fehlen ermöglichen sollen, für irrelevant erachtet. Wenn der Anscheinsbeweis nicht widerlegt werden kann, solange es ungeachtet nach außen erkennbarer Indizien möglich bleibt, dass der Erwerber sich den Abbruch innerlich vorbehält, kann er nie widerlegt werden, denn ein innerer Vorbehalt ist immer denkbar. Selbst wenn das FG den Nachweis zuließe, dass der innere Vorbehalt fehlt, widerspräche dies wiederum der Maßgabe, dass der Vollbeweis des Gegenteils (also der Vollbeweis des Umstands, dass keine Abbruchabsicht vorlag) nicht zu fordern ist.
- 35 (3) Ob und welche Schlussfolgerungen aus der Wahrnehmung von A und C für die tatsächlichen Absichten des Klägers zu ziehen sind, kann das FG erst beurteilen, wenn es sich durch persönliche Anhörung einen Eindruck verschafft hat.
- 36 c) Der Senat lässt offen, inwieweit der Beweisantrag hinsichtlich des B ordnungsgemäß war. Aus den unter II.2.a aa genannten Gründen möchte der Senat nicht ausschließen, dass der Antrag hinsichtlich der Unwirtschaftlichkeit der Sanierung hinreichend konkret war. Er neigt aber dazu, die Ablehnung der Beweiserhebung im Wege der Wahrunterstellung nicht zu beanstanden. Maßgebend und streitig ist nicht, ob die Sanierung unwirtschaftlich war, weshalb das FG diese Annahme zu Recht zugunsten des Klägers unterstellt hat. Maßgebend ist, welches Vorstellungsbild der Kläger bei dem Erwerb hatte.
- 37 3. Anders als das FA meint, hat der Kläger sein Rügerecht nicht verloren.
- 38 a) Soweit es den Sachaufklärungsmangel durch Nichterhebung beantragter Beweise betrifft, konnte schon deshalb kein Rügeverlust eintreten, weil der Kläger die Anträge erst kurz vor Schluss der mündlichen Verhandlung und nach den Sachanträgen sowie der Verhandlung zur Sache gestellt hat. Der Zeitpunkt des Beweisantrags und der letztmögliche Zeitpunkt, zu dem die Nichterhebung von Beweisen hätte gerügt werden können, fielen praktisch zusammen. Der bereits angekündigte Abtrennungsbeschluss hinsichtlich der Umsatzsteuer bildete keine Zäsur mehr. Ob das FG den Beweisanträgen nachkommen würde, war bis zum Schluss der Verhandlung für den Kläger auch nicht ersichtlich, zumal eine zum Schluss der Verhandlung angekündigte "Entscheidung" auch ein Beweisbeschluss sein kann.
- 39 b) Soweit es die unterlassene Beweiserhebung von Amts wegen betrifft, stehen die Beweisanträge selbst der Rüge gleich. Der Kläger hat damit deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er eine Beweiserhebung wünscht. Es sind keine besonderen formellen Anforderungen für die Rüge nach § 295 ZPO ersichtlich.

- 40 4. Auf die weiteren geltend gemachten Zulassungsgründe ist vor diesem Hintergrund nicht mehr einzugehen. Der Senat kann auf vorstehender Grundlage den Rechtsstreit nach § 116 Abs. 6 FGO zurückverweisen.
- 41 a) Liegt ein die Zulassung der Revision rechtfertigender Verfahrensmangel vor, kann der BFH statt der Zulassung der Revision das angefochtene Urteil aufheben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen (§ 116 Abs. 6 FGO). Die Zurückverweisung ist ermessensgerecht, wenn auch im Falle der Zulassung das Revisionsverfahren voraussichtlich zur Aufhebung des FG-Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG führt, und zwar auch dann, wenn der Beschwerdeführer neben dem Verfahrensmangel noch andere Zulassungsgründe geltend macht (vgl. BFH-Beschluss vom 20.04.2005 - III B 177/04, unter II.3.).
- 42 b) So verhält es sich im Streitfall. Ließe der Senat im Hinblick auf die Divergenzrüge die Revision zu, käme es im Revisionsverfahren mit großer Wahrscheinlichkeit ebenfalls zur Zurückverweisung. Der BFH wäre an eine Tatsachenwürdigung, die andere Rechtssätze impliziert als sie das FG zu Recht aufgestellt hat, nicht nach § 118 Abs. 2 FGO gebunden und müsste zur Nachholung der Tatsachenwürdigung auf zutreffender Rechtsgrundlage den Rechtsstreit zurückverweisen.
- 43 5. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Widerlegung des Anscheinsbeweises zwar keines Vollbeweises des Gegenteils bedarf. Allerdings dürfen die Anforderungen an die Widerlegung des Anscheinsbeweises auch nicht zu gering bemessen werden. Der Kläger hat sich sehr rasch nach dem Erwerb für einen Abbruch entschieden, was eine besonders starke Wirkung des Anscheinsbeweises impliziert (vgl. zur gesteigerten Indizwirkung eines besonders engen zeitlichen Zusammenhangs beim gewerblichen Grundstückshandel Senatsurteil vom 15.03.2005 - X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, unter B.II.1.g cc).
- 44 6. Die Übertragung der Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO. Von einer weiteren Begründung sieht der Senat nach § 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO ab.

© Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
sowie des Bundesamts für Justiz - <https://www.rechtsprechung-im-internet.de>