

# Beschluss vom 09. Januar 2013, III B 27/12

## Zulagenrechtliche Einordnung des Zerkleinerns von Gestein - Schlüssige Darlegung einer Divergenz

BFH III. Senat

InvZulG § 2 Abs 2 S 1, FGO § 115 Abs 2 Nr 2, FGO § 116 Abs 3 S 3, FGO § 126 Abs 3 Nr 2

vorgehend Sächsisches Finanzgericht , 17. Januar 2012, Az: 6 K 1467/06

## Leitsätze

NV: Ein Betrieb, in dem Gesteinsmaterial zerkleinert wird, ist trotz des Beschlusses des BVerfG vom 31.5.2011 1 BvR 857/07 (BVerfGE 129, 1) zulagenrechtlich dem Abschnitt C (Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden) der Klassifikation der Wirtschaftszweige (Ausgabe 1993) und nicht dem verarbeitenden Gewerbe zuzuordnen .

## Gründe

- 1 Die Beschwerde ist unbegründet und wird durch Beschluss zurückgewiesen (§ 116 Abs. 5 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Die von der Klägerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) vorgebrachten Zulassungsgründe liegen nicht vor oder wurden nicht in der nach § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO erforderlichen Weise dargelegt.
- 2 1. Die geltend gemachte Erforderlichkeit einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) zur Fortbildung des Rechts (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 1 FGO) ist ein Unterfall des Zulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung nach § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO. In beiden Fällen muss es sich um eine klärungsbedürftige und klärbare Rechtsfrage von allgemeinem Interesse handeln (z.B. Senatsbeschluss vom 6. Juni 2006 III B 202/05, BFH/NV 2006, 1653).
- 3 a) Die Klägerin hat --sinngemäß-- die Rechtsfrage herausgestellt, ob ein Betrieb wie der ihre aufgrund des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 31. Mai 2011 1 BvR 857/07 (BVerfGE 129, 1) nicht doch dem verarbeitenden Gewerbe zuzuordnen sei. Das BVerfG hat es in dem zitierten Beschluss als nicht vereinbar mit Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes angesehen, wenn Finanzgerichte und der BFH sich bei der Prüfung der Frage, ob ein Betrieb dem verarbeitenden Gewerbe zuzuordnen ist, darauf beschränken, die entsprechende Einordnung durch die Statistikbehörden einer Offensichtlichkeitskontrolle zu unterziehen. Um diese Frage geht es im Streitfall jedoch nicht, da das Finanzgericht (FG) nicht lediglich eine Evidenzkontrolle vorgenommen hat, sondern selbst den Betrieb der Klägerin der Unterklasse 14.21.0 (Brechen und Mahlen von Steinen, Kiesen und Sanden) des Abschnitts C (Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden) in der Klassifikation der Wirtschaftszweige (Ausgabe 1993) zugeordnet hat.
- 4 b) Der Beschluss des BVerfG in BVerfGE 129, 1 führt auch nicht zu einer veränderten Beurteilung von Betrieben, die sich, wie derjenige der Klägerin, mit dem Zerkleinern von Gestein befassen. In dem Fall, der dem zitierten BVerfG-Beschluss zugrunde lag, zerkleinerte ein Unternehmen Altbeton und Altasphalt in die jeweils vom Auftraggeber gewünschte Größe. Diese betriebliche Tätigkeit hatte der Senat bereits in dem --später vom BVerfG aufgehobenen-- Urteil vom 25. Januar 2007 III R 69/06 (BFH/NV 2007, 1187) als dem Brechen und Mahlen von Kiesen und Sanden vergleichbar angesehen (Unterklasse 14.21.0 der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003). An dieser Einordnung hat der Senat in dem nachfolgenden Urteil vom 26. Juli 2012 III R 43/11 (juris) festgehalten.
- 5 c) Letztlich wendet sich die Klägerin gegen die ihrer Ansicht nach unzutreffende Zuordnung ihres Betriebs zum Bergbau durch das FG. Sie begehrt im Kern eine andere rechtliche Beurteilung im konkreten Einzelfall, nicht jedoch die Klärung einer Rechtsfrage von allgemeinem Interesse. Die vermeintlich fehlerhafte Rechtsanwendung durch das FG ist jedoch grundsätzlich kein Grund, die Revision zuzulassen (z.B. Senatsbeschluss vom 2. November 2011 III B 48/11, BFH/NV 2012, 265).

- 6 2. Die Revision ist auch nicht wegen Divergenz zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nach § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO zuzulassen.
- 7 a) Dieser Zulassungsgrund liegt vor, wenn das FG mit einem das angefochtene Urteil tragenden und entscheidungserheblichen Rechtssatz von einem ebensolchen Rechtssatz einer anderen Gerichtsentscheidung abgewichen ist. Das angefochtene Urteil und die vorgebliche Divergenzentscheidung müssen dabei die gleiche Rechtsfrage betreffen und zu gleichen oder vergleichbaren Sachverhalten ergangen sein (z.B. Senatsbeschluss vom 12. Oktober 2011 III B 56/11, BFH/NV 2012, 178). Zur schlüssigen Darlegung einer solchen Abweichungsrüge muss der Beschwerdeführer u.a. tragende und abstrakte Rechtssätze aus dem angefochtenen FG-Urteil einerseits und aus der mit Datum sowie Aktenzeichen und/oder Fundstelle bezeichneten Divergenzentscheidung andererseits herausarbeiten und einander gegenüberstellen, um so die behauptete Abweichung zu verdeutlichen (z.B. Senatsbeschluss vom 11. März 2011 III B 76/10, BFH/NV 2011, 981).
- 8 b) Mit dem Vortrag, der BFH habe in den Urteilen vom 23. Oktober 2002 III R 40/00 (BFHE 201, 366, BStBl II 2003, 360), vom 22. September 2011 III R 64/08 (BFHE 236, 168, BStBl II 2012, 358) sowie vom 22. September 2011 III R 65/08 (BFH/NV 2012, 611) jeweils eine vergleichbare wirtschaftliche Betätigung als verarbeitendes Gewerbe beurteilt, genügt die Klägerin den Darlegungserfordernissen nicht, weil sie keine abstrakten Rechtssätze herausgearbeitet und einander gegenübergestellt hat. Durch den Hinweis auf das Senatsurteil in BFHE 236, 168, BStBl II 2012, 358, in dem der Senat zu dem dort entschiedenen Sachverhalt ausgeführt hat, dass eine Verarbeitung zu Steinen in DIN-Größe oder nach Kundenvorstellungen sowie die Herstellung von Gemischen dem verarbeitenden Gewerbe angehören dürften, wird eine Divergenz schon deshalb nicht dargelegt, weil diese Ausführungen nicht tragend waren; vielmehr handelte es sich um nicht bindende Hinweise für den zweiten Rechtsgang.
- 9 c) Eine etwaige Divergenz von Rechtssätzen, die im angefochtenen Urteil einerseits sowie im Urteil des Sächsischen FG vom 6. Juli 2006 3 K 797/05 (juris) andererseits enthalten sind, führt schon deshalb nicht zur Revisionszulassung, weil das letztgenannte Urteil durch das bereits erwähnte Senatsurteil vom 26. Juli 2012 III R 43/11 (juris) aufgehoben worden ist.
- 10 3. Die geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) im Hinblick auf das --von der Klägerin als Musterprozess bezeichnete-- Verfahren III R 43/11 liegt nicht vor, weil dieses Verfahren, wie erwähnt, bereits entschieden worden ist (vgl. oben 1.b, am Ende).

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