
Datum: 13.03.2014
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 10. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 K 3822/13
ECLI: ECLI:DE:FGK:2014:0313.10K3822.13.00

Nachinstanz: Bundesfinanzhof, I R 24/14

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.
Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand	1
Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Hälfte von Miet- bzw. Pachtzinsen dem Gewerbeertrag der Klägerin hinzuzurechnen sind.	2
Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die im Bereich Spedition und Logistik tätig ist.	3
Bei der Klägerin fand für die Jahre 2005-2007 eine Betriebsprüfung statt. Dabei stellte der Prüfer fest:	4
Frau A hat bis zum 31. Juli 2002 ein aktives Unternehmen (Spedition, Lagerei und Reparaturbetrieb) unter dem Namen „B“ betrieben. Anfang der 1990er Jahre hatte der Betrieb aus drei Geschäftsbereichen bestanden: Konventionelle Logistik, Containerlogistik und Lagerung. Im Jahre 1993 wurde der Bereich „Container-Logistik“ von der Firma B in die A GmbH, internationale Container-Spedition, ausgegliedert. Im Jahr 1995 erfolgte die Ausgliederung des Bereichs „konventionelle Logistik“ in die A Verkehrs GmbH. Ab 1.8.2002 verpachtete Frau A laut Vertrag vom 31.7.2002 den vom ursprünglichen Betrieb übrig gebliebenen Rest, nämlich den genutzten Grundbesitz C-Straße ... (Gebäude und Erbbaurecht), diverses Inventar und einen „Firmenwert“ an die Klägerin, die diesen	5

Geschäftsbereich neben ihrem schon bestehenden Geschäftsbereich fortführte. In der Gewerbeabmeldung vom 9. Dezember 2003 bei der Stadt D wurde die Tätigkeit Spedition und Kommission zum 1.1.2003 nachträglich abgemeldet.

Mit Vertrag vom 21.11.2002 brachte Frau A ihr Einzelunternehmen zu Buchwerten zum 1.1.2003 in die neu gegründete B oHG ein, an der zunächst beteiligt waren zu je einem Viertel: Frau A und die Herren E, E1 und E2. Frau A schied mit gleicher Vereinbarung aus und übertrug ihren Anteil zu gleichen Teilen auf die verbleibenden Gesellschafter. 6

Der Pachtvertrag vom 31.7.2002 mit der Klägerin wurde von der OHG übernommen und fortgeführt. 7

In verschiedenen Anpassungen des Pachtvertrages wurde zunächst noch für die schriftliche Vereinbarung die ursprüngliche Bezeichnung B gewählt. Erst mit der Vereinbarung vom 28. März 2006 wurde als Verpächterin die OHG aufgeführt. 8

Neue Wirtschaftsgüter die angeschafft und verpachtet worden sind, wurden unter Bezug auf den ursprünglichen Pachtvertrag mit in die veränderte Pacht eingebunden. Für die in 2007 angeschafften 50 Volvo - Sattelzugmaschinen wurde mit Vereinbarung vom 31.12.2007 rückwirkend zum 1.5.2007 eine gesonderte Pacht festgelegt. 9

Hinsichtlich der einzelnen Verträge wird auf diese Bezug genommen. Hinsichtlich der Zusammensetzung der Pacht sowie der verpachteten Gegenstände wird auf die Aufstellung in der Einspruchsentscheidung vom 21.10.2011 Bezug genommen. 10

Die Betriebsprüfung kam zu dem Ergebnis, dass Gegenstand der Verpachtung ein Betrieb der Verpächterin sei. Da die Pachtzinsen die Freigrenze von 125.000 EUR überschritten, habe beim Pächter eine Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 7 S. 2 Gewerbesteuergesetz zu erfolgen mit entsprechender Kürzung beim Verpächter. Wegen der sich daraus ergebenden Hinzurechnungen von Miet- und Pachtaufwendungen für die nicht im Grundbesitz stehenden Wirtschaftsgüter wird auf dem Betriebsprüfungsbericht vom 9.12.2009, Tz. 2.4 Bezug genommen. 11

Der Beklagte folgte der Auffassung der Betriebsprüfung und erließ entsprechend geänderte Gewerbesteuerermessbescheide für 2005-2007 vom 26. Februar 2010. 12

Die Klägerin legte gegen alle Bescheide Einsprüche ein. 13

Der Beklagte wies mit Einspruchsentscheidung vom 21. Oktober 2011 lediglich den Einspruch gegen den Gewerbesteuerermessbescheid 2007 als unbegründet zurück. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus: 14

Es sei zu Recht eine Hinzurechnung vorgenommen worden. Gegenstand der Verpachtung sei der Betrieb der Verpächterin gewesen. Es sei nicht allein auf dem Begriff Teilbetrieb abzustellen, sondern auf einen Betrieb, der verpachtet werde. Auch nach den Teilbereichsausgliederungen habe noch ein Betrieb vorgelegen. Denn die OHG habe einen für sich selbstständigen und lebensfähigen Betrieb verpachtet. Dies werde auch durch die Umsätze und Debitorenaufstellungen belegt. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Einspruchsentscheidung Bezug genommen. 16

Mit der Klage trägt die Klägerin vor: 17

18

Der Pachtvertrag betreffe lediglich einzelne Wirtschaftsgüter, insbesondere den Grundbesitz. Die Verpachtung betreffe keinen Teilbetrieb. Bei der Tätigkeit der Lagerung inklusive Ein- und Auslagerung habe es sich nur um eine völlig untergeordnete Nebenleistung gehandelt. Das eigentliche Dienstleistungsangebot bestehe aus den Geschäftsbereichen Spedition und Containerlogistik. Weder umsatzmäßig noch in der Wahrnehmung der Kunden sei der Betrieb des Lagergeschäfts in irgendeiner Form prägend oder von Bedeutung.

Selbst wenn man hinsichtlich der ursprünglichen Verpachtung eine Teilbetriebseigenschaft annehme, scheide dies zumindest hinsichtlich der später hinzu erworbenen Wirtschaftsgüter aus. 19

Der Sinn und Zweck der Hinzurechnungen bestehe in erster Linie darin, die steuerliche Bemessungsgrundlage in besonderer gewerbesteuerlicher Hinsicht zu objektivieren, sodass ausschließlich die Ertragskraft des einzelnen Betriebs unter Ausschluss persönlicher Merkmale und Beziehungen zum jeweiligen Inhaber der Besteuerung unterliege. Die hier streitgegenständliche Vorschrift des § 8 Nr. 7 Satz 2 GewStG in der bis zum Erhebungszeitraum 2007 gültigen Fassung stelle eine gewerbesteuerpolitisch motivierte Rückausnahme von der Ausnahme dar, dass Miet- und Pachtzinsen, abweichend von dem Grundsatz der hälftigen Hinzurechnung beim Vermieter oder Verpächter, nicht hinzuzurechnen waren, wenn sie beim Vermieter oder Verpächter zur Gewerbesteuer nach dem Gewerbeertrag heranzuziehen waren. Mit der Schaffung der Rückausnahme habe der Gesetzgeber für eine gerechtere Verteilung des Gewerbesteueraufkommens sorgen wollen. Werde ein vollständiger Betrieb oder ein Teilbetrieb vermietet oder verpachtet, so sollte, da in diesen Fällen die durch die Gewerbesteuer abzugeltenden Lasten überwiegend in der Gemeinde des Mieters oder Pächters entstünden, dort eine Kürzung des Aufwands erfolgen. Würden nur einzelne Wirtschaftsgüter vermietet oder verpachtet, so entstünden die durch die Gewerbesteuer abzugeltenden Lasten überwiegend jedoch in der Gemeinde des Vermieters oder Verpächters, der das Wirtschaftsgut herstelle, sodass in diesen Fällen eine Hinzurechnung der Miet- oder Pachtzinsen bei Mieter oder Pächter nicht gerechtfertigt sei. 20

Die Klägerin beantragt, 21

unter Änderung der angefochtenen Gewerbesteuermessbescheide 2005-2007 vom 26. Februar 2010 die Gewerbesteuermessbeträge der mit der Maßgabe neu festzusetzen, dass dies ohne Hinzurechnung der Miet- und Pachtaufwendungen i.H.v. 120.300 EUR im Jahr 2005, 171.303 Euro im Jahr 2006 und 582.923 EUR im Jahr 2007 erfolgt, 22

hilfsweise, die Revision zuzulassen. 23

Der Beklagte beantragt, 24

die Klage abzuweisen. 25

Der Senat hat im ersten Rechtsgang mit Urteil vom 13. März 2013 10 K 3596/11 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, dass der Betrieb der Verpächterin, nachdem die beiden anderen Geschäftsbereiche ausgegliedert worden waren, nur noch aus dem Bereich Lagerung bestanden habe. Alle diesem Betrieb zuzuordnenden wesentlichen Wirtschaftsgüter habe die Klägerin gepachtet, so dass sie den gesamten Betrieb und nicht lediglich einzelne Wirtschaftsgüter gepachtet habe. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Verpächterin neben der Verpachtung an die Klägerin andere wesentliche Wirtschaftsgüter an fremde Dritte verpachtet hätte. Nur in diesem Fall könne man nicht von einer Betriebsverpachtung ausgehen. 26

Der Bundesfinanzhof hat auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hin das Urteil mit Beschluss vom 21. November 2013 I B 98/13 aufgehoben und die Sache an das Finanzgericht Köln zurückverwiesen. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus:	27
Es liege ein von der Klägerin in der erforderlichen Form dargelegter Verfahrensmangel vor, auf dem die Entscheidung des Finanzgerichts beruhen könne. Das Gericht habe seine Pflicht zur Sachaufklärung verletzt, da es von der Klägerin angebotene Beweise nicht erhoben habe. Die Klägerin habe in den Schriftsätzen vom 24. November 2011 und 12. Dezember 2012 die Beweisthemen (Betrieb oder Teilbetrieb als Gegenstand des Pachtvertrags; 50 Sattelzugmaschinen als Erweiterung eines verpachteten Betriebs oder Teilbetriebs) und die angebotenen Beweise angeführt. Der gerügte Verfahrensmangel liege tatsächlich vor. Die Beweismittel seien nach dem insoweit maßgeblichen materiellen Rechtstandpunkt des Finanzgerichts – dass es darauf ankomme, ob ein allein lebensfähiger wirtschaftlicher Organismus verpachtet wurde – nicht unerheblich.	28
Der Senat sah auch im zweiten Rechtsgang keine Veranlassung, die angebotenen Beweise einschließlich der im Schriftsatz vom 17.2.2014 gestellten zu erheben.	29
Entscheidungsgründe	30
Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Senat bezieht sich insoweit auf die Ausführungen des Urteils im ersten Rechtsgang und übernimmt diese auch für den zweiten Rechtsgang.	31
Die von der Klägerin angebotenen Beweise waren nicht zu erheben, da sie für die Entscheidung des Senats (s. dazu unter 1.) entweder unbeachtlich sind oder in keinem Zusammenhang mit der hier zu entscheidenden Rechtsfrage stehen (s. dazu unter 2.). Der Senat musste die Beweise auch nicht aufgrund der Entscheidung des Bundesfinanzhofs erheben (s. dazu unter 3.).	32
1. Aus dem Einkommensteuergesetz ergibt sich, ohne dass es dafür einer Beweiserhebung bedarf, eindeutig, dass gewerbliche Einkünfte regelmäßig nur erzielt werden können, wenn ein Betrieb vorliegt. Dies folgt bereits aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG, der von Einkünften aus Gewerbe betrieb spricht sowie § 15 Abs. 1 S. 1 EStG. Außerdem ergibt sich dies aus § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG, wo der Begriff „Betriebsvermögen“ verwendet wird, was nichts anderes heißt als „Vermögen des (eines) Betriebs“. Laufende gewerbliche Einkünfte ohne Betrieb sind grundsätzlich (ggfs. mit Ausnahmen zu Beginn und am Ende einer gewerblichen Tätigkeit) nicht denkbar. Ob im Fall einer Betriebsaufspaltung etwas anderes gelten mag, da hier die Betriebseigenschaft der Betriebsgesellschaft dem Besitzunternehmen zugerechnet wird (vgl. BFH-Urteil vom 27.8.1997 I R 76/96, BFH/NV 1998, 742), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.	33
Diese zutreffende Rechtsauffassung vertritt offensichtlich auch der I. BFH-Senat in ständiger Rechtsprechung. In dem Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht vom 11.12.2013 I R 4/13 führt er in Rz. 25 unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung aus, dass es keine sog. betriebsstättenlosen Einkünfte aus Gewerbebetrieb gibt. Dann gibt es logischerweise aber auch keine betriebslosen Einkünfte aus Gewerbebetrieb.	34
Aus wie vielen Wirtschaftsgütern der Betrieb besteht, spielt keine Rolle. Auch ein einzelnes Wirtschaftsgut, insbesondere ein Grundstück, kann einen Betrieb darstellen (BFH, Urteile vom 18.8.2009 X R 20/06, BFH/NV 2010, 92 und vom 7.11.2013 X R 21/11).	35
	36

Eine Personengesellschaft (wie im Streitfall die oHG als Verpächterin) hat nur einen Betrieb. Dies ergibt sich aus § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (allgemeine Auffassung, vgl. nur BFH, Urteil vom 23.4.2009 IV R 73/06, Bundessteuerblatt –BStBl– II 2010, 40; Wacker in Schmidt, EStG, 32. Aufl. 2013, § 15 Rz. 194). Verpachtet die Personengesellschaft alle ihre wesentlichen Betriebsgrundlagen, liegt damit zwangsläufig eine Betriebsverpachtung vor. Hierbei spielt die Frage, ob ein allein lebensfähiger wirtschaftlicher Organismus verpachtet wurde, keine Rolle. Diese Frage spielt nur eine Rolle bei der Entscheidung, ob ein Teilbetrieb oder ein unselbstständiger Teil eines Gesamtbetriebs vorliegt. Die Wirtschaftsgüter einer gewerblich tätigen Personengesellschaft in ihrer Gesamtheit stellen immer einen Betrieb im Sinne des Einkommensteuerrechts dar.

Außerdem handelt es sich bei einer auf einem eigenen Grundstück betriebenen Lagerei um einen selbstständig funktionsfähigen wirtschaftlichen Organismus. Dies ist gerichtsbekannt und bedarf keines Beweises. Das Lagereigeschäft ist eine eigenständige Branche. Wieso die Lagerei der Verpächterin nicht lebensfähig sein sollte, ist weder substantiiert vorgetragen noch aus den Akten ersichtlich (s. hierzu unter 3 a) dd)). Für die Lebensfähigkeit spricht bereits, dass der Betrieb seit vielen Jahren besteht (1996 oder zumindest 2002, je nachdem, worauf man abstellt) und in der Lage war, erhebliche Investitionen zu tätigen (s. die Sattelzugmaschinen). Dass er nur für die anderen konzernangehörigen Betriebe tätig geworden ist, ist unerheblich. Er hätte auch für fremde Dritte tätig werden können. 37

Erwirbt die Personengesellschaft später weitere Wirtschaftsgüter hinzu, ohne dass diese einen eigenen Teilbetrieb bilden, gehören sie zwangsläufig zu dem bisherigen Betrieb. Selbst wenn die Sattelzugmaschinen einen Teilbetrieb darstellen würden, wäre dies für die rechtliche Beurteilung des Streitfalls unerheblich, da § 8 Nr. 7 GewStG a.F. auch die Verpachtung eines Teilbetriebs erfasst. 38

Ausgehend von diesen allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen hat der Senat die Klage im ersten Rechtsgang abgewiesen. 39

Die vom Bundesfinanzhof im Zurückverweisungsbeschluss zitierten zwei Entscheidungen betrafen andere Fälle (insbesondere das Verfahren I R 37/12, wo darüber zu entscheiden war, ob alle wesentlichen Betriebsgrundlagen verpachtet waren, was unbestritten und auch nach Auffassung des erkennenden Senats Voraussetzung einer Betriebsverpachtung ist). 40

Entgegen der Auffassung der Klägerin gilt in § 8 Nr. 7 Satz 2 GewStG kein vom Einkommensteuergesetz abweichender Betriebsbegriff. Die „Betriebsbegriffe“ im Einkommensteuerrecht und Gewerbesteuerrecht sind bis auf den Zeitpunkt des Beginns bzw. des Endes des Betriebs identisch. 41

2. Die von der Klägerin angetretenen Beweise waren nicht zu erheben, da sie entweder unbeachtlich sind oder in keinem Zusammenhang mit der hier zu entscheiden Rechtsfrage stehen. Im Einzelnen: 42

a) Im Schriftsatz vom 24.11.2011 stellt die Klägerin folgende Tatsachen unter Beweis: 43

aa) „Zu keiner Zeit wurden Aufträge, Kunden oder ein Kundenstamm oder Geschäftsbeziehungen zu Dritten verpachtet.“ 44

Der Wahrheitsgehalt dieser Tatsache ist für die Frage, ob die Lagerei einen Betrieb darstellt, irrelevant. 45

- bb) „Der Pacht- oder Mietgegenstand muss den lebensfähigen Organismus darstellen. Genau dies ist eben vorliegend nicht der Fall, da zum einen Kundenstamm oder auch nur interessierte Kunden nie existiert haben und derartige Kunden auch nicht ohne weiteres, weder seitens der Verpächterin, noch seitens der Pächterin, akquiriert werden könnten.“
- Ob interessierte Kunden existiert haben, spielt keine Rolle. Dass derartige Kunden akquiriert werden könnten, gibt die Klägerin selber zu, wenn sie vorträgt, dass diese nicht „ohne weiteres“ akquiriert werden könnten. 47
- cc) Welche Mitarbeiter in welchem Umfang in der Lagerei eingesetzt waren, spielt keine Rolle. Die Mitarbeiter einer Lagerei stellen (anders als vielleicht der Mitarbeiterstamm einer freiberuflichen Praxis) keine wesentliche Betriebsgrundlage dar, ohne die ein Betrieb nicht vorläge. Ansonsten läge nie eine Betriebsverpachtung vor, wenn lediglich das tote Inventar verpachtet würde, während die Mitarbeiter zum Betrieb des Pächters wechseln. 48
- dd) „Ein eigenständiger Lagereibetrieb mit Außenkontakten wäre daher verkehrs- und sicherheitstechnisch nicht darstellbar.“ 49
- Ob die Zufahrt zu einem Betrieb über eigene Grundstücke oder über von Dritten überlassene Grundstücke führt, ist für die Betriebseigenschaft unerheblich. Es ist gerichtsbekannt, dass in einer Vielzahl von Fällen ein Betrieb auf einem fremden, angemieteten Grundstück betrieben wird, z.B. regelmäßig in Fällen der Betriebsaufspaltung. Hier ist noch nie aus dem von der Klägerin behaupteten Grund die Betriebsqualität der Betriebsgesellschaft bezweifelt worden. 50
- Außerdem widerspricht die Klägerin sich mit dieser Behauptung selber, da sie im Schriftsatz vom 12.12.2012 selber vorträgt, dass die Lagereierlöse „überwiegend“ Innenumsätze darstellten. Damit gibt sie selber zu, dass auch Fremdotsätze und damit Außenkontakte stattfanden. Das Beweisangebot ist damit in sich unschlüssig und unbeachtlich. 51
- ee) Alle Beweisangebote, die sich auf „Containerlogistik“ und „Spedition“ beziehen (vgl. Bl. 11 FG-Akte 10 K 3596/11), sind per se für die Frage, ob die Lagerei einen Betrieb darstellt, unbeachtlich. 52
- b) Im Schriftsatz vom 13.3.2012 stellt die Klägerin die von ihr erzielten Umsatzerlöse unter Beweis. Dem erkennenden Senat erschließt sich nicht, was dies mit dem Streitgegenstand zu tun hat. 53
- Sollte sich der Beweisantritt auch auf den vorhergehenden Absatz beziehen, so ist darauf hinzuweisen, dass die Tatsache, dass die 1993 bzw. 1995 ausgegliederten Geschäftsbereiche nicht Gegenstand des hier streitigen Pachtvertrages sind, offenkundig ist und keines Beweises bedarf. Solches ist vom erkennenden Senat auch nie behauptet worden. 54
- c) Im Schriftsatz vom 12.12.2012 stellt die Klägerin Folgendes unter Beweis: 55
- aa) Die Lagereierlöse stellten überwiegend Innenumsätze dar. 56
- Diese Aussage beinhaltet nicht, dass diese Umsätze nicht auch als Außenumsätze hätten erzielt werden können, sondern nur, dass man sich um Außenumsätze in entsprechender Größenordnung nicht bemüht hat. Wieso damit der „Betriebsbegriff“ widerlegt werden soll, ist schleierhaft. Außerdem wird zugegeben, dass es auch Außenumsätze gegeben hat. 57

bb) Die Beweisangebote auf Bl. 173 10 K 3596/11 betreffen den Bereich „Container-Logistik“ und nicht die Lagerei.	
d) Schriftsatz vom 17.2.2014	59
aa) Die Klägerin stellt erneut unter Beweis, dass der Bereich „Lagerei“ zu keiner Zeit über eigene originäre Kunden verfügt und keine entsprechenden Dienstleistungen nach außen hin, d.h. gegenüber fremden Dritten, angeboten oder vermarktet habe, sondern lediglich für Kunden der Geschäftsbereiche „Container-Logistik“ bzw. „Spedition“ arbeitete.	60
Dies ist, wie bereits mehrfach ausgeführt, für die Auffassung des Senats unerheblich.	61
bb) Unerheblich sind auch die Beweisangebote bezüglich der Mitarbeiter im Bereich „Lagerei“.	62
cc) Schließlich ist auch kein betriebswirtschaftliches Sachverständigengutachten zu der Frage, ob die an die Klägerin vermieteten bzw. verpachteten Wirtschaftsgüter und Rechte einen wirtschaftlich lebensfähigen Organismus darstellen, einzuholen.	63
Zum einen kommt es hierauf nach Auffassung des Senats nicht an, da es keine betriebslosen Einkünfte aus Gewerbebetrieb gibt. Zum anderen ist gerichtsbekannt, dass das Lagereigeschäft, wenn es als einzelnes Geschäft ordnungsgemäß betrieben wird, einen eigenständigen lebensfähigen Organismus darstellt. Hierfür ist insbesondere ein Grundstück erforderlich, aber auch ausreichend. An dieser gerichtsbekannten Tatsache kann auch ein Gutachten nichts ändern.	64
3. Der Senat ist nicht aufgrund der Ausführungen des Bundesfinanzhofs in dem Zurückverweisungsbeschluss gehalten, die angebotenen Beweise zu erheben.	65
a) Die Beweiserhebung muss auf Grundlage der vom Finanzgericht vertretenen Rechtsauffassung erforderlich sein. Ausgehend von der rechtlichen Beurteilung, wie sie unter 1. dargestellt ist, war eine Beweiserhebung nicht erforderlich. Ob das Erzielen gewerblicher Einkünfte denknotwendig einen Betrieb voraussetzt, so der erkennende Senat, ist eine reine Rechtsfrage.	66
b) Nach § 126 Abs. 5 FGO, der auch im Fall des § 116 Abs. 6 FGO gilt (Seer in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 116 FGO, Tz. 76 m.w.N. (Stand: Mai 2009)), hat das Gericht, an das die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, bei seiner Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Bundesfinanzhofs zugrunde zu legen. Die Bindung tritt nur hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung ein. Dies setzt voraus, dass die rechtliche Beurteilung ergibt, dass das Revisionsgericht die Rechtsfrage geprüft und beurteilt hat. Das ist nicht gegeben, wenn das Revisionsgericht auf die Rechtsfrage überhaupt nicht eingegangen ist (Seer, a.a.O., mit Rechtsprechungsnachweisen).	67
Genau das ist hier geschehen. Der Bundesfinanzhof ist auf die Rechtsfrage, so wie sie der Senat gesehen und entschieden hat (keine gewerblichen Einkünfte ohne Betrieb), nicht eingegangen.	68
c) Letztlich tritt keine Bindungswirkung ein, wenn die rechtliche Beurteilung des Bundesfinanzhofs allen allgemein vertretenen Rechtsgrundsätzen und der eigenen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs widerspricht. So verhält es sich hier. Der erkennende Senat ist im ersten Rechtsgang von den allgemein vertretenen Grundsätzen und insbesondere der Rechtsprechung des I. BFH-Senats (wie sie noch einmal ausführlich im	69

Vorlagebeschluss vom 11.12.2013 I R 4/13 dargelegt wird) ausgegangen, wie sie unter 1. dargelegt wurden. Davon ausgehend, wäre eine Erhebung der angebotenen Beweise ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen den Grundsatz gewesen, dass über Tatsachen, die unerheblich sind, kein Beweis erhoben werden darf. Zu einem rechtlich unzulässigen Verhalten kann das Finanzgericht auch nicht über § 126 Abs. 5 FGO verpflichtet werden.

d) Man kann darüber streiten, ob die Auffassung des Senats (grundsätzlich keine gewerblichen Einkünfte ohne Betrieb) richtig ist. Darüber hätte der Bundesfinanzhof in der Nichtzulassungsbeschwerde entscheiden müssen. Nicht streiten kann man darüber, dass ausgehend von dieser Rechtsansicht die angebotenen Beweise bedeutungslos waren. Außerdem kann man darüber streiten, ob der Betriebsbegriff in § 8 Nr. 7 Satz 2 GewStG anders auszulegen ist als ansonsten.

70

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

71

Der Senat lässt gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 FGO die Revision zu. Nach den Ausführungen des Bundesfinanzhofs im Zurückverweisungsbeschluss ist nicht auszuschließen, dass der Senat von dem BFH-Urteil vom 27.8.1997 I R 76/96 (BFH/NV 1998, 742) abweicht.

72