

# Urteil vom 04. Februar 2026, IV R 5/24

## Zur Betriebsvermögenseigenschaft von "verlustgeneigten" Wirtschaftsgütern und zum Beginn der sachlichen Gewerbesteuerpflicht (hier: Betrieb einer Photovoltaik-Anlage)

ECLI:DE:BFH:2026:U.040226.IVR5.24.0

BFH IV. Senat

EStG § 4, EStG § 5, EStG § 15 Abs 2 S 1, EStG § 15 Abs 3 Nr 1 S 1 Alt 1, GewStG § 2 Abs 1, GewStG § 10a, GewStG § 35b Abs 2, AO § 39, EStG VZ 2010, GewStG VZ 2010

vorgehend FG Nürnberg, 12. Dezember 2023, Az: 1 K 1572/20

## Leitsätze

1. NV: Wirtschaftsgüter des Gesellschaftsvermögens gehören nicht zum Betriebsvermögen, wenn ihre Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen nicht betrieblich veranlasst ist. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn beim Erwerb eines Wirtschaftsguts bereits erkennbar war, dass es dem Betrieb der Personengesellschaft keinen Nutzen, sondern nur Verluste bringen wird.
2. NV: Entsprechendes gilt, wenn es bei einer zunächst rein vermögensverwaltenden Personengesellschaft infolge der Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit zu einer "Seitwärtsabfärbung" kommt. Ein Wirtschaftsgut, bei dem bereits im Zeitpunkt der "Seitwärtsabfärbung" erkennbar ist, dass es dem Betrieb der Personengesellschaft keinen Nutzen, sondern nur Verluste bringen wird, wird nicht Betriebsvermögen der Gesellschaft.
3. NV: Maßgebend für den Beginn eines Gewerbebetriebs im Sinne von § 2 Abs. 1 des Gewerbesteuergesetzes ist der Beginn der werbenden Tätigkeit. Im Fall einer "Seitwärtsabfärbung" setzt dies voraus, dass neben der nicht gewerblichen Tätigkeit eine gewerbliche Tätigkeit tatsächlich aufgenommen wird.
4. NV: Eine Personengesellschaft, die eine Photovoltaik-Anlage betreibt, ist erst dann sachlich gewerbesteuerpflichtig, wenn sie die Anlage in Betrieb genommen und mit der regelmäßigen Stromeinspeisung in das Stromnetz begonnen hat.

## Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Finanzgerichts Nürnberg vom 12.12.2023 - 1 K 1572/20 aufgehoben.

Die Sache wird, soweit der Bescheid für 2010 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom 09.12.2016 betroffen ist, an das Finanzgericht Nürnberg zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Soweit der Bescheid über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31.12.2010 vom 09.12.2016 betroffen ist, wird die Klage abgewiesen.

Dem Finanzgericht Nürnberg wird die Entscheidung über die Kosten des gesamten Verfahrens übertragen.

## Tatbestand

A.

- 1 Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) --eine GbR-- ist Eigentümerin von Grundstücken, auf denen sich im Jahr 2010 (Streitjahr) eine Diskothek mit Außenanlagen befand, die sie vermietete.
- 2 Gesellschafter der Klägerin waren im Streitjahr die Brüder I --45,5 %--, K --45,5 %-- und J --9 %--. Ursprünglich waren an der Klägerin I, K und der weitere Bruder L zu je 1/3 beteiligt gewesen. L war aufgrund seiner Kündigung

zum 31.12.2009 aus der Gesellschaft ausgeschieden.

- 3 Die Klägerin erzielte bis einschließlich 2009 als vermögensverwaltende GbR Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sowie im Jahr 2008 auch aus Kapitalvermögen.
- 4 In der Gewinnermittlung, die die Klägerin für das Streitjahr beim Beklagten und Revisionskläger (Finanzamt --FA--) eingereicht hat, wies sie im Umlaufvermögen unter dem Bilanzposten Wertpapiere ein bei der X-Bank (nachfolgend Bank) geführtes Depot aus, das die Bank unter der Bezeichnung "[I, L und K] ..." führte. Nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) war das Depot, das nach Angabe der Klägerin im Jahr 2004 eröffnet worden ist, bereits seit 2008 in der Jahresbilanz der Klägerin enthalten. Dementsprechend habe --so das FG-- der Feststellungsbescheid für 2008 Einkünfte aus Kapitalvermögen (Einnahmen: 3.100 €) ausgewiesen. Zum 31.12.2009 bilanzierte die Klägerin das Depot mit 64.407,25 €, was den historischen Anschaffungskosten (AK) der im Depot geführten Wertpapiere entsprach. Zum 31.12.2009 befanden sich im Depot börsennotierte Aktien und Fondsanteile der M/N (1 000 Stück, AK: 35.080,31 €), der O (200 Stück, AK: 20.800 €) sowie der R (3 300 Stück, AK: 8.526,92 €). Der Depotauszug zum 31.12.2009 vom 10.01.2010 wies den Wert der M/N-Aktien mit 22.000 € sowie der O-Anteile mit 19.290 € aus. Im Streitjahr erfolgten diverse An- und Verkäufe über das Depot. So wurden die R-Aktien am 22.02.2010 verkauft und im Februar 2010 erstmals S-Aktien angeschafft (insgesamt 2 630 Stück zu je 1,58 € beziehungsweise 1,63 €). M/N-Aktien (Bestand am 31.12.2009: 1 000 Stück - Kurs 22 €) wurden am 22.02.2010 (50 Stück zu je 35 €), am 07.06.2010 (500 Stück zu je 24,95 €), am 01.10.2010 (4 050 Stück zu je 11,10 €), am 27.10.2010 (1 000 Stück zu je 5,80 €), am 29.10.2010 (1 000 Stück zu je 6,20 €) und am 03.11.2010 (1 000 Stück zu je 5,40 €) nachgekauft (Depotauszug 31.12.2010: 8 600 Stück zu je 0,75 € = 6.450 €). Zum 31.12.2010 nahm die Klägerin eine Teilwertabschreibung auf die im Depot geführten Wertpapiere in Höhe von 108.440,81 € vor. Diese entfiel zum ganz überwiegenden Teil auf die M/N-Aktien.
- 5 Die Klägerin errichtete im Streitjahr eine Photovoltaikanlage (PV-Anlage). Sie hatte am 16.03.2010 einen Bauantrag für die bauliche Unterkonstruktion der PV-Anlage bei der zuständigen Gemeinde eingereicht. Den Einspeisevertrag mit der T GmbH schloss die Klägerin im Dezember 2010. Einnahmen aus der PV-Anlage erzielte sie im Streitjahr nicht. Eine entgeltliche Stromeinspeisung erfolgte erstmals im Jahr 2011.
- 6 Für das Streitjahr erklärte die Klägerin zunächst (nur) laufende Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von ./. 123.259,64 €. Das FA stellte die Einkünfte der Klägerin mit Bescheid für 2010 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen (Gewinnfeststellungsbescheid) vom 06.11.2012 erklärungsgemäß unter dem Vorbehalt der Nachprüfung fest.
- 7 Im März 2014 reichte die Klägerin korrigierte Steuererklärungen für die Jahre 2010 bis 2012 ein. Sie wies darauf hin, dass sie durch den Betrieb einer PV-Anlage ab 2010 insgesamt Einkünfte aus Gewerbebetrieb erziele und von der Y GmbH ein Darlehen zur Finanzierung der PV-Anlage erhalten habe, dessen Zinsen bisher nicht erfasst gewesen seien. Nunmehr erklärte sie laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von ./. 208.949,23 € und reichte erstmals eine Gewerbesteuererklärung ein. Hierauf erließ das FA am 30.04.2014 unter anderem einen geänderten Gewinnfeststellungsbescheid für das Streitjahr, der sowohl Einkünfte aus Gewerbebetrieb als auch Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung auswies. Ein im Mai 2014 ergangener Gewinnfeststellungsbescheid für das Streitjahr erfasste demgegenüber lediglich Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Dies gilt auch für den Gewinnfeststellungsbescheid für das Streitjahr vom 09.12.2016, der laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von ./. 100.509,23 € ausweist und der den Vorbehalt der Nachprüfung aufhebt. Hintergrund war, dass das FA die von der Klägerin vorgenommene Teilwertabschreibung auf die Wertpapiere in Höhe von 108.440,81 € nicht mehr anerkannte. Dementsprechend erging zugleich ein geänderter Bescheid über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31.12.2010 (Verlustfeststellungsbescheid), der einen vortragsfähigen Gewerbeverlust in Höhe von 100.509 € feststellte.
- 8 Gegen den Gewinnfeststellungsbescheid für 2010 und den Verlustfeststellungsbescheid auf den 31.12.2010 vom 09.12.2016 legte die Klägerin erfolglos Einspruch ein (Einspruchsentscheidung vom 18.11.2020).
- 9 Der nachfolgenden Klage gab das FG mit Urteil vom 19.07.2022 - 1 K 1572/20 weitgehend statt. Wegen eines Verfahrensfehlers hob der Bundesfinanzhof (BFH) das Urteil mit Beschluss vom 16.03.2023 - IV B 61/22 auf und verwies die Sache an das FG zurück.
- 10 Mit Urteil vom 12.12.2023 - 1 K 1572/20 hat das FG der Klage erneut im Wesentlichen stattgegeben. Es war der Auffassung, die Klägerin habe bereits 2010 einen Gewerbebetrieb gegründet und gewerbliche Einkünfte erzielt. Auch wenn die Klägerin im Streitjahr noch keine Einnahmen ("Nettoumsatzerlöse") aus dem originären

Gewerbebetrieb "Stromeinspeisung mit Hilfe einer PV-Anlage" erzielt habe, sei es zu einer "Seitwärtsabfärbung" gekommen, da die von der Rechtsprechung entwickelte "Bagatellgrenze" nicht zulasten der Klägerin anzuwenden sei. Dementsprechend sei es im Streitjahr auch zur Umqualifizierung der von der Klägerin genutzten Wirtschaftsgüter in Betriebsvermögen gekommen. Das der Klägerin zuzurechnende Depot sei in das Betriebsvermögen überführt worden. Die Voraussetzungen für eine Teilwertabschreibung seien gegeben. Diese sei lediglich der Höhe nach zu beanstanden.

- 11** Seine hiergegen gerichtete Revision begründet das FA mit der Verletzung von Bundesrecht. Es rügt zudem Verfahrensmängel. Es meint insbesondere, das FG habe die Anwendung der Bagatellgrenze rechtsfehlerhaft abgelehnt. Es sei nicht zu einer Abfärbung gekommen. Zudem habe das FG verkannt, dass es sich bei den zum 31.12.2010 im Depot befindlichen Wertpapieren --selbst im Fall der gewerblichen Infektion-- nicht zwangsläufig um steuerliches Betriebsvermögen gehandelt habe. Die Folgerung des FG, bei der M/N-Aktie habe es sich nicht um eine "Schrottaktie" gehandelt, stehe im Widerspruch zu den tatbestandlichen Feststellungen, nach denen spätestens bei den Nachkäufen im vierten Quartal des Streitjahres festgestanden habe, dass die Aktien keinen Nutzen, sondern Verluste bringen würden. Das angefochtene Urteil verstoße auch gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG). Das FG habe das einkommensteuerliche Ergebnis vollständig auf die Gewerbesteuer übertragen und insoweit nicht berücksichtigt, dass die Begriffe des gewerblichen Unternehmens im Sinne des § 15 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und des Gewerbebetriebs im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG in zeitlicher Hinsicht Unterschiede aufweisen.
- 12** Das FA beantragt,  
das Urteil des FG Nürnberg vom 12.12.2023 - 1 K 1572/20 aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- 13** Die Klägerin beantragt,  
die Revision als unbegründet zurückzuweisen.
- 14** Sie hält das FG-Urteil für zutreffend.

## Entscheidungsgründe

### B.

- 15** Die Revision des FA ist begründet. Das angefochtene Urteil ist --soweit es den Gewinnfeststellungsbescheid für das Streitjahr betrifft-- aufzuheben. Dies gilt, obwohl das FA mit seinen Einwendungen gegen die Qualifikation der Einkünfte der Klägerin keinen Erfolg haben kann, weil insoweit Bestandskraft eingetreten ist (hierzu unter I.1.). Das FG hat rechtsfehlerhaft angenommen, sämtliche im Depot geführten Wertpapiere seien im Streitjahr Betriebsvermögen der Klägerin gewesen und als solches dem Grunde nach einer Teilwertabschreibung zugänglich (hierzu unter I.2.). Mangels Spruchreife war die Sache insoweit an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--, hierzu unter I.3.). Soweit das angefochtene Urteil den Verlustfeststellungsbescheid für das Streitjahr betrifft, ist es aufzuheben und die Klage abzuweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat rechtsfehlerhaft angenommen, es habe bereits im Streitjahr eine sachliche Gewerbesteuerpflicht der Klägerin bestanden (hierzu unter II.).
- 16** I. Gegenstand des Revisionsverfahrens --wie schon des Klageverfahrens-- ist, soweit der Gewinnfeststellungsbescheid für das Streitjahr betroffen ist, allein die Höhe der von der Klägerin erzielten Gesamthandseinkünfte, nicht hingegen --wie das FG angenommen hat-- auch die Qualifikation der Einkünfte der Klägerin. Die insoweit vorgebrachten Einwendungen des FA gehen daher ins Leere.
- 17** 1. Ein Gewinnfeststellungsbescheid kann nach ständiger Rechtsprechung des BFH eine Vielzahl selbständiger und damit auch selbständig anfechtbarer Feststellungen enthalten, die eigenständig in Bestandskraft erwachsen. Solche selbständigen Feststellungen sind insbesondere die Qualifikation der Einkünfte, das Bestehen einer Mitunternehmerschaft und wer an ihr beteiligt ist, die Höhe des laufenden Gesamthandsgewinns sowie dessen Verteilung auf die Mitunternehmer und die Feststellung eines Sonderbetriebsgewinns --verstanden als Saldo von Sonderbetriebseinnahmen und -ausgaben-- beziehungsweise einer Sondervergütung im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Halbsatz 2 EStG (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 12.06.2025 - IV R 28/22, BStBl II 2025, 910, Rz 20, m.w.N.).
- 18** a) Die Klägerin hat mit ihrer Klage nur die Höhe der im Gewinnfeststellungsbescheid für 2010 vom 09.12.2016

festgestellten Gesamthandseinkünfte angefochten. Ihre Klage zielte allein darauf, diese um die von ihr vorgenommene Teilwertabschreibung auf die im Depot verwahrten Wertpapiere in Höhe von 108.440,82 € zu mindern. Die in diesem Gewinnfeststellungsbescheid erfolgte Qualifikation der Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb hat die Klägerin nicht angegriffen, denn sie selbst war und ist der Meinung, sie habe im Streitjahr infolge einer "Seitwärtsabfärbung" insgesamt gewerbliche Einkünfte erzielt.

- 19** b) Damit steht bestandskräftig fest, dass die Klägerin im Streitjahr gewerbliche Einkünfte erzielt hat. Über die Richtigkeit der Einkünftequalifikation konnte das FG nicht entscheiden. Auch der Senat kann diese im Revisionsverfahren nicht überprüfen. Daher muss die zwischen den Beteiligten streitige Frage, ob die sogenannte Bagatellgrenze im Streitfall "zulasten" der Klägerin Anwendung findet, offenbleiben. Ebenso muss unentschieden bleiben, ob die Klägerin infolge einer "Seitwärtsabfärbung" im gesamten Streitjahr ausschließlich gewerbliche Einkünfte erzielt hat oder ob dies erst ab der Aufnahme der (möglicherweise) abfärbenden Tätigkeit --die nach Auffassung des FG am 16.03.2010 erfolgt ist-- der Fall war.
- 20** 2. Hiervon ausgehend ist das FG zwar im Ergebnis zutreffend von gewerblichen Einkünften der Klägerin ausgegangen. Seine Entscheidung, der laufende Gesamthandsgewinn der Klägerin sei im Streitjahr in Höhe einer Teilwertabschreibung auf die im Depot verwahrten Wertpapiere in Höhe von 87.669,74 € zu mindern, kann gleichwohl keinen Bestand haben.
- 21** a) Zum Betriebsvermögen einer GbR gehören unter anderem die Wirtschaftsgüter, die zivilrechtlich und wirtschaftlich oder nur wirtschaftlich zu ihrem (betrieblichen) Gesamthandsvermögen gehören (vgl. § 39 der Abgabenordnung --AO--). Auch Wertpapiere in Gestalt von Aktien sind (einzeln bewertbare) Wirtschaftsgüter (vgl. BFH-Urteile vom 10.08.2005 - VIII R 26/03, BFHE 210, 402, BStBl II 2006, 22, unter II.1.b bb; vom 11.12.2013 - IX R 45/12, BFHE 244, 296, BStBl II 2014, 578, Rz 19 f.). Einer voraussichtlich dauernden Wertminderung eines Wirtschaftsguts kann (steuerbilanziell) durch den Ansatz des niedrigeren Teilwerts Rechnung getragen werden (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3, Nr. 2 Satz 2 EStG, vgl. auch BFH-Urteile vom 06.03.2003 - IV R 21/01, BFH/NV 2003, 1542, unter II.2.; vom 25.11.2004 - IV R 7/03, BFHE 208, 207, BStBl II 2005, 354, unter 1.a).
- 22** b) Eine entsprechende, den laufenden Gesamthandsgewinn mindernde Teilwertabschreibung der im Depot verwahrten Wertpapiere (vgl. zu den Voraussetzungen einer Teilwertabschreibung wegen voraussichtlich dauernder Wertminderung bei börsennotierten Aktien z.B. BFH-Urteile vom 29.09.2021 - I R 40/17, BFHE 274, 463, BStBl II 2023, 127, Rz 45; vom 21.09.2011 - I R 89/10, BFHE 235, 263, BStBl II 2014, 612; bei Anteilen an offenen Immobilienfonds BFH-Urteil vom 13.02.2019 - XI R 41/17, BFHE 263, 337, BStBl II 2021, 717, m.w.N.) setzte danach zunächst voraus, dass diese im Streitjahr Betriebsvermögen der Klägerin waren. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie zum Gesamthandsvermögen der Klägerin gehört hätten und diese Zugehörigkeit betrieblich veranlasst gewesen wäre. Allerdings hält weder die Würdigung des FG zur zivilrechtlichen Zuordnung der in dem Depot verwahrten Wertpapiere zum Gesamthandsvermögen der Klägerin (hierzu unter aa) noch seine Annahme, die (vermeintliche) Zugehörigkeit zum Gesamthandsvermögen sei betrieblich veranlasst (hierzu unter bb und cc), der revisionsrechtlichen Prüfung stand.
- 23** aa) Die Würdigung des FG, die im Depot verwahrten Wertpapiere stellten Gesamthandsvermögen der Klägerin dar, ist lückenhaft.
- 24** aaa) Die Wertpapiere wären dem Gesamthandsvermögen der Klägerin zuzurechnen, wenn sie Inhaberin des Depots gewesen wäre. Als solche wäre sie zivilrechtliche Eigentümerin der dort verwahrten Wertpapiere gewesen (vgl. § 39 Abs. 1 AO). Inhaber eines (Oder-)Depots ist derjenige, auf dessen Namen das Depot eröffnet und geführt wird. Es gilt der Grundsatz der formalen Kontenwahrheit, das heißt, ein Konto darf nicht auf einen falschen oder erdichteten Namen eröffnet werden (§ 154 AO). Zwar ist auch eine Depoteröffnung auf fremden Namen erlaubt. Voraussetzung ist allerdings, dass der Vertreter seine Legitimation nachweist. Bei Unklarheiten in der Bezeichnung eines Depots bestimmt sich nach dem Willen der an der Depoteröffnung Beteiligten, wem das Guthaben zusteht (vgl. BFH-Urteil vom 13.10.1998 - VIII R 61/96, BFH/NV 1999, 463, unter II.3. [Rz 16]). Wird ein Depot nicht auf den Namen einer GbR, sondern auf den Familiennamen ihrer Gesellschafter geführt, spricht dies dafür, dass es sich um ein Privatdepot der Gesellschafter handelt. Behaupten die Gesellschafter, sie hätten das Depot lediglich als Treuhänder für die GbR eröffnet und geführt, muss dies nach § 159 Abs. 1 AO nachgewiesen werden. Bei der Prüfung ist ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BFH-Urteil vom 13.10.1998 - VIII R 61/96, BFH/NV 1999, 463, unter II.3. [Rz 17]). Die im Depot verwahrten Wertpapiere gehörten ferner auch dann zum Gesamthandsvermögen der Klägerin, wenn sie deren wirtschaftliche Eigentümerin (vgl. § 39 Abs. 2 AO) gewesen wäre.
- 25** bbb) Die Feststellung, ob ein Wirtschaftsgut zum Vermögen einer Personengesellschaft oder eines oder mehrerer

Gesellschafter gehört, ist Gegenstand der Tatsachen- und Beweiswürdigung des FG (BFH-Urteil vom 13.10.1998 - VIII R 61/96, BFH/NV 1999, 463, unter II.2. [Rz 14]; vgl. zur Feststellung wirtschaftlichen Eigentums z.B. BFH-Urteil vom 20.09.2024 - IX R 5/24, BFHE 286, 193, Rz 18), die das Revisionsgericht nur daraufhin zu überprüfen hat, ob das FG von den zutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist, alle maßgeblichen Beweisanzeichen einbezogen und bei seiner Entscheidung nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat. An die Würdigung des FG ist das Revisionsgericht grundsätzlich gebunden, es sei denn, sie ist in sich widersprüchlich, unklar oder lückenhaft, weil beispielsweise die für die Interessenlage der Beteiligten bedeutsamen Begleitumstände nicht erforscht und/oder nicht zutreffend gewürdigt worden sind (z.B. BFH-Urteil vom 01.09.2022 - IV R 25/19, BFHE 278, 142, BStBl II 2023, 695, Rz 25).

- 26** ccc) Dies ist vorliegend der Fall. Die Würdigung des FG, die in dem Depot verwahrten Wertpapiere stellten Gesamthandsvermögen der Klägerin dar, ist jedenfalls lückenhaft. Das FG hat bedeutsame Begleitumstände, die in die Gesamtwürdigung einzubeziehen gewesen wären, weder hinreichend erforscht noch berücksichtigt.
- 27** (1) Nach den tatrichterlichen Feststellungen wurde das Depot unter den Namen der ursprünglichen Gesellschafter der Klägerin --I, K und L--, nicht hingegen unter dem Namen der Klägerin eröffnet. Auch im Streitjahr lautete es --ungeachtet des Gesellschafterwechsels-- weiterhin auf I, K und L. Gleichwohl ist das FG davon ausgegangen, das Depot sei seit seiner Eröffnung und auch noch im Streitjahr der Klägerin zuzurechnen. Die im Depot verwahrten Wertpapiere hätten sich in deren Gesamthandsvermögen befunden.
- 28** Zur Begründung hat das FG auf den engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem Verpachtungsbetrieb und den Wertpapieren verwiesen. Nach den glaubhaften Ausführungen der Klägerin habe das Depot dazu gedient, Überschüsse der Vermietungsgesellschaft "zwischenzuparken". Jedenfalls sollten --so das FG-- die Gelder nicht an die ausgewiesenen Depotinhaber ausgereicht werden. Dies finde seine Bestätigung im notariellen Vertrag vom xx.xx.2010 über den Austritt des L, der keine eigenständige Regelung hinsichtlich des Depots enthalte. Das Depot sei auch nach dem Gesellschafterwechsel unverändert von der Klägerin genutzt und bilanziert worden. Für die Zuordnung des Depots zur Klägerin spreche neben der Mittelherkunft auch, dass es bereits seit 2008 in der Jahresbilanz der Klägerin enthalten sei. Entsprechend weise auch der Feststellungsbescheid für 2008 Einkünfte aus Kapitalvermögen aus. Diesem Umstand komme --so das FG-- hohe Indizwirkung dafür zu, dass die Gesellschafter der Klägerin bereits ab 2008 das Depot dem Unternehmen der Klägerin zugeordnet hätten. Soweit I gegenüber der Bank erklärt habe, das Depot sei dem Privatbereich zugeordnet, stehe dies hierzu nicht im Widerspruch, da ein Gewerbebetrieb --in Abgrenzung zum Privatbereich-- zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestanden habe. Da es sich bei dem Depot ab Eröffnung des Gewerbebetriebs um notwendiges Betriebsvermögen der Klägerin gehandelt habe, sei der Gesellschafterwechsel in Bezug auf die betriebliche Zuordnung des Depots unbeachtlich. Das Depot sei mit I, K und L lediglich falsch bezeichnet; wirtschaftlich sei es ausschließlich der Klägerin als Gesamthandsvermögen zuzuordnen. Auf eine Personenidentität zwischen mehreren Gemeinschaften komme es deshalb nicht an.
- 29** (2) Die Annahme, das auf die Namen der ursprünglichen Gesellschafter der Klägerin lautende Depot sei ein Depot der Klägerin, wird nicht von hinreichenden Feststellungen des FG getragen. Das FG hat sich weder mit den näheren Umständen der Depoteröffnung noch mit dem Willen der daran Beteiligten befasst. Dass I, K und L im Zusammenhang mit der Depoteröffnung als Vertreter der Klägerin beziehungsweise als deren Treuhänder aufgetreten sind, hat das FG ebenfalls nicht festgestellt.
- 30** Die Feststellungen des FG genügen ebenfalls nicht für die Annahme, die Klägerin sei (jedenfalls) wirtschaftliche Eigentümerin der im Depot verwahrten Wertpapiere gewesen. Das FG hat keine tatsächlichen Umstände festgestellt, die belegen könnten, dass die Klägerin eine Rechtsposition innehatte, die ihr die Stellung einer wirtschaftlichen Eigentümerin der im Depot verwahrten Wertpapiere vermittelte. Entsprechendes kann nicht daraus hergeleitet werden, dass die Mittel für die Anschaffung der Wertpapiere von der Klägerin erwirtschaftet wurden, zumal sich das FG mit der naheliegenden Frage, ob I, K und L (beziehungsweise später eventuell auch J) die liquiden Mittel aus der Klägerin entnommen und sodann für die Anschaffung der in "ihrem" Depot verwahrten Wertpapiere verwendet haben (vgl. auch BFH-Urteil vom 13.10.1998 - VIII R 61/96, BFH/NV 1999, 463, unter II.2. [Rz 13]), ebenfalls nicht befasst hat. Auf welcher tatsächlichen Grundlage das FG angenommen hat, die Gelder hätten nicht an die ausgewiesenen Depotinhaber ausgereicht werden sollen, erschließt sich ebenso wenig. Ob eine entsprechende Abrede mit der Bank bestanden hat, hat das FG nicht untersucht.
- 31** Der Verweis des FG auf die fehlende eigenständige Regelung hinsichtlich des Depots im notariellen Vertrag vom xx.xx.2010 kann dessen Zuordnung zur Klägerin nicht begründen. Denn das Fehlen einer solchen Regelung kann auch dadurch veranlasst sein, dass die Beteiligten eine solche nicht treffen mussten, weil das Depot und die dort

verwahrten Wertpapiere nicht zum Gesamthandsvermögen der Klägerin gehört haben. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund der im Notarvertrag enthaltenen Regelung zu dem im Gesamthandsvermögen der Klägerin befindlichen Grundvermögen. Wäre das Depot --wie der Grundbesitz-- Gesamthandsvermögen der Klägerin gewesen, hätte es nahegelegen, auch insoweit eine "Umschreibung" zu veranlassen.

- 32** Schließlich kann auch der Umstand, dass das Depot seit 2008 in der "Jahresbilanz" der Klägerin erfasst war, keine zivilrechtliche oder wirtschaftliche Zuordnung der im Depot verwahrten Wertpapiere zum Gesamthandsvermögen der Klägerin begründen. Dies folgt bereits daraus, dass die buchmäßige Behandlung eine zivilrechtliche beziehungsweise wirtschaftliche Zuordnung des Depots lediglich nachvollziehen, aber nicht ersetzen kann. Zudem ist zu beachten, dass die buchmäßige Behandlung zwar unter Umständen den Willen des Steuerpflichtigen belegen kann, ein (ihm gehörendes) Wirtschaftsgut in das Betriebsvermögen einzulegen. Fehlt es indes an der objektiv sachlichen Voraussetzung für die Zugehörigkeit eines Wirtschaftsguts zum Betriebsvermögen --hier der Zuordnung zum Gesamthandsvermögen der Klägerin-- ist die Buchung fehlerhaft und daher unbeachtlich (vgl. BFH-Urteil vom 13.10.1998 - VIII R 61/96, BFH/NV 1999, 463, unter II.3. [Rz 18]).
- 33** bb) Darüber hinaus hält auch die Annahme des FG, die (vermeintliche) Zugehörigkeit der in dem Depot verwahrten Wertpapiere zum Gesamthandsvermögen sei betrieblich veranlasst gewesen, der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Das FG hat unter zumindest teilweiser Verkennung der Rechtsprechungsgrundsätze zum steuerlich relevanten Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft rechtsfehlerhaft angenommen, sämtliche im Depot verwahrten Wertpapiere seien im Streitjahr dem Betriebsvermögen der Klägerin zuzuordnen. Dies gilt --worauf das FA zutreffend hingewiesen hat-- jedenfalls in Bezug auf die ab Oktober 2010 erworbenen M/N-Aktien. Zudem fehlt es für die Würdigung des FG, nach der der Chartverlauf der M/N-Aktie nicht belege, dass bereits Ende Oktober 2010 absehbar gewesen sei, dass es zu erheblichen Kurseinbrüchen kommen würde, an einer tragfähigen Tatsachengrundlage.
- 34** aaa) Zum Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft gehört das Vermögen der Gesellschaft und das Vermögen der Gesellschafter, soweit es die Voraussetzungen von Sonderbetriebsvermögen erfüllt. Das Gesamthandsvermögen ist grundsätzlich notwendiges Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft.
- 35** bbb) Unter Heranziehung der steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften, insbesondere des § 4 EStG, kommt nur solchen Wirtschaftsgütern die Eigenschaft des Betriebsvermögens zu, die von den Mitunternehmern beziehungsweise der Mitunternehmerschaft dazu eingesetzt werden, dem Betrieb zur Gewinnerzielung im Rahmen der nachhaltigen Betätigung zu dienen. Wirtschaftsgüter des Gesellschaftsvermögens gehören daher nicht (mehr) zum Betriebsvermögen, wenn ihre Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen nicht (mehr) betrieblich veranlasst ist (vgl. BFH-Urteile vom 06.03.2003 - IV R 21/01, BFH/NV 2003, 1542, unter II.2.a; vom 25.11.2004 - IV R 7/03, BFHE 208, 207, BStBl II 2005, 354, unter II.1.b und c; vom 19.07.1984 - IV R 207/83, BFHE 142, 42, BStBl II 1985, 6, unter 1.a [Rz 17]; vom 15.11.1978 - I R 57/76, BFHE 126, 530, BStBl II 1979, 257, unter 1.b; vom 22.05.1975 - IV R 193/71, BFHE 116, 328, BStBl II 1975, 804, unter 1. [Rz 27]; BFH-Beschluss vom 09.01.2009 - IV B 25/08, BFH/NV 2009, 754, unter II.1.a). Eine betriebliche Veranlassung ist zum Beispiel zu verneinen, wenn beim Erwerb eines Wirtschaftsguts bereits erkennbar war, dass es dem Betrieb der Personengesellschaft keinen Nutzen, sondern nur Verluste bringen wird. Die Anschaffung von Wirtschaftsgütern kann aber --je nach den Umständen des Einzelfalls-- auch aus anderen Gründen nicht betrieblich veranlasst sein (BFH-Urteil vom 15.11.1978 - I R 57/76, BFHE 126, 530, BStBl II 1979, 257, unter 1.b). Ist die Zugehörigkeit des Wirtschaftsguts zum Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft nicht betrieblich veranlasst, so gehört es ausnahmsweise zum notwendigen Privatvermögen der Mitunternehmerschaft.
- 36** ccc) Entsprechendes gilt, wenn es bei einer zunächst rein vermögensverwaltenden GbR infolge der Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit zu einer "Seitwärtsabfärbung" gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 1 EStG kommt (zu den Folgen einer "Abfärbung" vgl. z.B. Stapperfend in Herrmann/Heuer/Raupach, § 15 EStG Rz 1455, m.w.N.) und (auch) das Gesellschaftsvermögen der GbR, das der vermögensverwaltenden Tätigkeit dient, zu Betriebsvermögen wird, weil für den Umfang und die Ermittlung der Einkünfte in diesem Fall die gleichen Grundsätze wie für gewerblich tätige Personengesellschaften gelten (vgl. BFH-Urteil vom 19.01.2017 - IV R 10/14, BFHE 256, 507, BStBl II 2017, 466, Rz 21, zu gewerblich geprägten Personengesellschaften). Ein Wirtschaftsgut, bei dem im Zeitpunkt der "Seitwärtsabfärbung" bereits erkennbar ist, dass es dem Betrieb der Personengesellschaft keinen Nutzen, sondern nur Verluste bringen wird, wird nicht zu Betriebsvermögen der Gesellschaft.
- 37** ddd) Ob die Zugehörigkeit des Wirtschaftsguts zum Gesamthandsvermögen betrieblich veranlasst ist, hat das FG als Tatsacheninstanz im Rahmen einer Würdigung des Einzelfalls zu entscheiden (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom

09.01.2009 - IV B 25/08, BFH/NV 2009, 754, unter II.1.a). Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung kann unter Umständen auch der buchtechnischen Behandlung Bedeutung zukommen. Dies gilt insbesondere für Unternehmen, an denen --wie im Streitfall-- nur Familienangehörige beteiligt sind. Werden in einem solchen Fall zum Beispiel Wertpapiergeschäfte über mehrere Jahre hinweg erst bei der Aufstellung der Jahresabschlüsse im Wege der "Berichtigung" buchmäßig erfasst und wird damit die Buchung erst zu einem Zeitpunkt vorgenommen, in dem bereits erkennbar war, dass die Wertpapiergeschäfte keine Überschüsse, sondern nur Verluste erbracht haben, spricht dies gegen eine betriebliche Veranlassung (vgl. BFH-Urteil vom 15.11.1978 - I R 57/76, BFHE 126, 530, BStBl II 1979, 257, unter 2.). Dies gilt entsprechend, wenn ein Depot, über das Wertpapiergeschäfte abgewickelt werden, erst zu einem Zeitpunkt buchmäßig erfasst wird, in dem bereits erkennbar ist, dass jedenfalls einzelne der dort verwahrten Wertpapiere nur noch Verluste erwarten lassen. Die Wertpapiere, die nur noch Verluste erwarten lassen, werden durch die buchmäßige Erfassung des Depots nicht zu Betriebsvermögen der Mitunternehmerschaft. Die übrigen in dem Depot verwahrten Wertpapiere, sind --unabhängig von der buchmäßigen Erfassung-- notwendiges Betriebsvermögen der Mitunternehmerschaft, wenn die allgemeinen Voraussetzungen hierfür vorliegen.

- 38** cc) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann die Entscheidung des FG, bei den im Depot verwahrten Wertpapieren handele es sich um Betriebsvermögen der Klägerin, die (unter anderem) auf die M/N-Aktien eine den Gesamthandsgewinn des Streitjahres mindernde Teilwertabschreibung habe vornehmen können, keinen Bestand haben.
- 39** aaa) Zwar befasst sich das FG (auch) mit der Frage, ob es sich bei den im Depot verwahrten Wertpapieren um Betriebsvermögen der Klägerin handelt. Es gelangt zu dem Ergebnis, das Depot sei ab Eröffnung des Gewerbebetriebs notwendiges Betriebsvermögen der Klägerin gewesen. Die M/N-Aktien seien --so das FG-- keine sogenannten Schrottaktien, die dem Geschäftsbetrieb der Klägerin nicht hätten dienen können. Anhand welcher Rechtsgrundsätze es zu seiner Einschätzung, die in dem Depot verwahrten Wertpapiere seien notwendiges Betriebsvermögen der Klägerin gewesen, gekommen ist, kann den Ausführungen des FG jedoch nicht entnommen werden.
- 40** bbb) Zudem hat das FG --unterstellt, es wäre von den dargelegten Rechtsgrundsätzen ausgegangen-- rechtsfehlerhaft angenommen, auch die M/N-Aktien seien notwendiges Betriebsvermögen der Klägerin gewesen. Seine Würdigung, die M/N-Aktien seien keine sogenannten Schrottaktien, hält in Ermangelung einer tragfähigen Tatsachengrundlage der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Dies stellt einen Fehler in der Rechtsanwendung dar, der ohne besondere Rüge vom Revisionsgericht beanstandet werden kann (z.B. BFH-Urteil vom 17.07.2014 - IV R 32/13, Rz 18).
- 41** (1) Das FG hat angenommen, bei den M/N-Aktien handele es sich nicht um sogenannte Schrottaktien, die dem Geschäftsbetrieb der Klägerin nicht hätten dienen können. Dem Chartverlauf der Aktie lasse sich nicht entnehmen, dass bereits Ende Oktober 2010 absehbar gewesen sei, dass es zu erheblichen Kurseinbrüchen kommen würde. Zwar sei es ab Mitte August 2010 zu Kursenkungen unter 5 € je Aktie gekommen. Der Kurs habe sich allerdings bis Ende Oktober 2010 wieder auf über 10 € je Aktie erholt. Zwischen Mitte Januar 2010 und Mitte August 2010 habe der Kurs nahezu durchgängig bei 20 € je Aktie gelegen.
- 42** (2) Zu den Ankäufen der M/N-Aktien im Streitjahr hat das FG festgestellt, dass am 22.02.2010 50 Stück zu je 35 €, am 07.06.2010 500 Stück zu je 24,95 €, am 01.10.2010 4 050 Stück zu je 11,10 €, am 27.10.2010 1 000 Stück zu je 5,80 €, am 29.10.2010 1 000 Stück zu je 6,20 € und am 03.11.2010 weitere 1 000 Stück zu je 5,40 € nachgekauft wurden. Dementsprechend befanden sich am 31.12.2010 nach den Feststellungen des FG 8 600 Stück M/N-Aktien im Depot. Deren Wert hat zu diesem Zeitpunkt ausweislich des Depotauszugs bei 0,75 € je Aktie (Gesamtwert = 6.450 €) gelegen. Zum 31.12.2009 hatte der Wert der Aktien noch 22 € je Aktie betragen.
- 43** (3) Ausgehend von diesen Feststellungen fehlt es an einer hinreichenden Tatsachengrundlage für die Annahme des FG, dem Chartverlauf der Aktie lasse sich nicht entnehmen, dass bereits Ende Oktober 2010 absehbar gewesen sei, dass es zu erheblichen Kurseinbrüchen kommen würde. Denn der Wert der M/N-Aktie hatte sich im Vergleich zum Jahresbeginn bereits bis Anfang Oktober 2010 mehr als halbiert (von 35 € je Aktie am 22.02.2010 auf 11,10 € je Aktie am 01.10.2010). Im Oktober sank der Kurs nochmals deutlich. Am 29.10.2010 betrug er noch 6,20 € je Aktie. In Anbetracht dieser Kursentwicklung ist nicht nachvollziehbar, warum das FG angenommen hat, Ende Oktober sei nicht absehbar gewesen, dass es zu erheblichen Kurseinbrüchen komme. Denn tatsächliche Umstände, die Anlass zu der Annahme gaben, der im Verlauf der ersten zehn Monate des Jahres eingetretene signifikante Kursverfall sei (zumindest) gestoppt, hat das FG nicht festgestellt.

- 44** 3. Das FG-Urteil war somit aufzuheben, soweit es den Gewinnfeststellungsbescheid für das Streitjahr betrifft. Allerdings kann der Senat mangels hinreichender Feststellungen des FG weder beurteilen, ob das Depot mit den dort verwahrten Wertpapieren dem Gesamthandsvermögen der Klägerin zuzuordnen ist, obwohl es auf den Namen ihrer ursprünglichen Gesellschafter geführt wird, noch kann er darüber entscheiden, ob die M/N-Aktien --wären sie Gesamthandsvermögen der Klägerin-- als deren Betriebsvermögen anzusehen sind. Die Sache war daher an das FG zurückzuverweisen.
- 45** Das FG wird im Zusammenhang mit der Prüfung der zivilrechtlichen Zuordnung des Depots und der darin verwahrten Wertpapiere auch die näheren Umstände der Depotöffnung in den Blick nehmen müssen. Dabei sind einerseits die Abreden mit der depotführenden Bank relevant, aber auch etwaige seinerzeit zwischen den Brüdern getroffene (schriftliche) Abreden, nach denen diese als Treuhänder der Klägerin tätig geworden sind. Das FG wird sich in diesem Zusammenhang auch mit den Umständen des Ausscheidens des L im Streitjahr befassen müssen. Dabei muss es auch der Frage nachgehen, welche Vereinbarungen die Beteiligten in diesem Zusammenhang zu dem Depot getroffen haben. Zu klären ist auch, warum der Notarvertrag keine Regelung zu dem Depot enthält. Zudem wird das FG --unter Berücksichtigung seiner weiteren tatsächlichen Feststellungen-- gegebenenfalls die Frage prüfen müssen, ob die im Depot verwahrten Wertpapiere als wirtschaftliches Eigentum der Klägerin anzusehen waren.
- 46** Gelangt das FG zu der Überzeugung, dass das Depot und die in ihm verwahrten Wertpapiere im Streitjahr Gesamthandsvermögen der Klägerin waren, wird es sich im Rahmen der sodann gebotenen Prüfung der Frage, ob die M/N-Aktien Betriebsvermögen der Klägerin waren, näher damit auseinandersetzen müssen, ab wann absehbar war, dass die M/N-Aktien keinen Nutzen mehr für die Klägerin haben konnten. Dabei wird es zu beachten haben, dass jedenfalls in Bezug auf die ab Oktober 2010 getätigten Nachkäufe der M/N-Aktien der vorliegende Kursverlauf gegen eine betriebliche Veranlassung spricht.
- 47** Ebenso muss das FG der Frage nachgehen, zu welchem Zeitpunkt das Depot und damit die darin verwahrten M/N-Aktien buchtechnisch bei der Klägerin erfasst worden sind. Erfolgte die Erfassung erst zu einem Zeitpunkt, in dem schon absehbar war, dass die M/N-Aktien nur noch Verluste bringen würden, wäre dies als Indiz dafür zu werten, dass kein Betriebsvermögen der Klägerin vorliegt.
- 48** Sollte das FG zu dem Ergebnis gelangen, dass die im Depot verwahrten Wertpapiere Betriebsvermögen der Klägerin waren, wird es auch die auf die O-Anteile vorgenommene Teilwertzuschreibung (von 15.432 € auf 20.984 €) daraufhin überprüfen müssen, ob diese rechtsfehlerhaft über die Bewertungsobergrenze, die regelmäßig durch die Anschaffungskosten beziehungsweise den Einlagewert bestimmt wird (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG), hinausgeht.
- 49** II. Soweit das FG über den Verlustfeststellungsbescheid für das Streitjahr entschieden hat, ist die Revision des FA ebenfalls begründet. Sie führt zur Aufhebung des Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).
- 50** 1. Die Klage der Klägerin gegen den Verlustfeststellungsbescheid für das Streitjahr ist zulässig. Sie richtet sich zwar gegen die Höhe der durch das FA ermittelten Einkünfte aus Gewerbebetrieb und betrifft somit eine Frage, über die grundsätzlich im Gewerbesteuermessbescheid für 2010 zu entscheiden ist. Im Feststellungsverfahren des verbleibenden Verlustvortrags sind die Einkünfte wegen der in § 35b Abs. 2 Satz 2 GewStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 2010 vom 08.12.2010 (BGBl I 2010, 1768, BStBl I 2010, 1394) --JStG 2010-- (zum zeitlichen Anwendungsbereich z.B. BFH-Urteil vom 10.02.2022 - IV R 33/18, Rz 24 ff.) angeordneten Bindungswirkung nicht mehr eigenständig zu ermitteln (z.B. BFH-Urteil vom 17.03.2021 - IV R 7/20, Rz 17). Gleichwohl liegt keine unzulässige Anfechtung eines Folgebescheids vor, da eine Klage gegen einen Folgebescheid selbst dann zulässig ist, wenn diese ausschließlich mit Einwendungen begründet wird, die den Grundlagenbescheid betreffen. Entsprechendes gilt, wenn ein Bescheid --wie im Streitfall der Verlustfeststellungsbescheid-- lediglich wie ein Folgebescheid inhaltlich an einen anderen Bescheid gebunden ist (z.B. BFH-Urteile vom 10.02.2022 - IV R 33/18, Rz 22; vom 17.03.2021 - IV R 7/20, Rz 15; vom 20.03.2025 - IV R 27/22, BStBl II 2025, 697, Rz 67).
- 51** 2. Die Klage ist jedoch unbegründet. Das FG ist bei der Prüfung der sachlichen Gewerbesteuerpflicht der Klägerin, über die im Verlustfeststellungsverfahren gemäß § 10a GewStG zu entscheiden ist (hierzu unter a), von unzutreffenden Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Seine Entscheidung war daher aufzuheben (hierzu unter b). Die Sache ist spruchreif (hierzu unter c). Die Klägerin war im Streitjahr noch nicht sachlich gewerbesteuerpflichtig, so dass kein vortragsfähiger Verlust gemäß § 10a GewStG hätte festgestellt werden dürfen (hierzu unter d). Dies führt --unter Berücksichtigung des Verböserungsverbots-- zur (antragsgemäßen) Abweisung der Klage (hierzu unter e).

- 52** a) Gemäß § 10a Satz 6 GewStG ist die Höhe der vortragsfähigen Fehlbeträge gesondert festzustellen. Vortragsfähige Fehlbeträge sind die nach der Kürzung des maßgebenden Gewerbeertrags nach § 10a Satz 1 und 2 GewStG zum Schluss des Erhebungszeitraums verbleibenden Fehlbeträge (§ 10a Satz 7 GewStG).
- 53** Abzugsfähige und damit vortragsfähige Verluste im Sinne des § 10a GewStG können erst mit dem Beginn der sachlichen Gewerbesteuerpflicht entstehen (z.B. BFH-Urteil vom 01.09.2022 - IV R 13/20, BFHE 277, 423, BStBl II 2024, 121, Rz 18). Über das Merkmal des Beginns der sachlichen Gewerbesteuerpflicht ist selbständig im Verlustfeststellungsverfahren nach § 10a Satz 6 GewStG zu entscheiden. Es besteht keine Bindung an den Gewerbesteuermessbescheid des Erhebungszeitraums, auf dessen Ende der vortragsfähige Gewerbeverlust nach § 10a GewStG gesondert festzustellen ist. Dieser Gewerbesteuermessbescheid ist für den Verlustfeststellungsbescheid dieses Erhebungszeitraums kein Grundlagenbescheid im Sinne des § 171 Abs. 10 AO, soweit das Merkmal der sachlichen Steuerpflicht Bedeutung hat. Der Gewerbesteuermessbescheid entfaltet insoweit keine Bindungswirkung für den Verlustfeststellungsbescheid (vgl. BFH-Urteile vom 01.09.2022 - IV R 13/20, BFHE 277, 423, BStBl II 2024, 121, Rz 20; vom 07.09.2016 - IV R 31/13, BFHE 255, 266, BStBl II 2017, 482, Rz 23, 28 ff.; vom 04.05.2017 - IV R 2/14, BFHE 258, 470, BStBl II 2017, 1138, Rz 28). Dies gilt auch nach der Änderung des § 35b Abs. 2 Satz 2 GewStG durch das JStG 2010 (vgl. BFH-Urteile vom 07.09.2016 - IV R 31/13, BFHE 255, 266, BStBl II 2017, 482, Rz 30; vom 01.09.2022 - IV R 13/20, BFHE 277, 423, BStBl II 2024, 121, Rz 20).
- 54** b) Das FG ist bei der Prüfung der sachlichen Gewerbesteuerpflicht der Klägerin von unzutreffenden rechtlichen Grundsätzen ausgegangen. Seine Entscheidung war daher aufzuheben.
- 55** aa) Das FG hat --ohne dies näher zu begründen-- den im Verlustfeststellungsbescheid vom 09.12.2016 festgestellten vortragsfähigen Gewerbeverlust in Höhe von 100.509 € --entsprechend der aus seiner Sicht zutreffenden einkommensteuerrechtlichen Berücksichtigung der Teilwertabschreibung auf die im Depot verwahrten Wertpapiere in Höhe von 87.669,74 €-- auf 188.179 € erhöht. Dies beruht ersichtlich auf der Annahme, die Klägerin habe mit der Einreichung des Bauantrags für die bauliche Unterkonstruktion der PV-Anlage am 16.03.2010 nicht nur einkommensteuerrechtlich eine (abfärbende) gewerbliche Tätigkeit aufgenommen, sondern sie sei ab diesem Zeitpunkt auch sachlich gewerbesteuerpflichtig gewesen.
- 56** bb) Zwar wäre eine (etwaige) Teilwertabschreibung auf die im Depot verwahrten Wertpapiere in derselben Höhe, in der sie bei der einkommensteuerlichen Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 1 EStG zu erfassen wäre, auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags gemäß § 7 GewStG zu berücksichtigen. Sie würde deshalb in den Gewerbeverlust im Sinne des § 10a GewStG eingehen. Gemäß § 10a GewStG ist der maßgebende Gewerbeertrag (§ 10 Abs. 1 GewStG) um die Fehlbeträge zu kürzen, die sich bei der Ermittlung des maßgebenden Gewerbeertrags für die vorangegangenen Erhebungszeiträume nach den Vorschriften der §§ 7 bis 10 GewStG ergeben haben, soweit die Fehlbeträge nicht bei der Ermittlung des Gewerbeertrags für die vorangegangenen Erhebungszeiträume berücksichtigt worden sind (§ 10a Satz 1 GewStG). Fehlbetrag im Sinne dieser Vorschrift ist der Gewerbeverlust, das heißt der negative Ertrag des Gewerbebetriebs.
- 57** cc) Allerdings können abzugsfähige und damit vortragsfähige Verluste erst mit dem Beginn der sachlichen Gewerbesteuerpflicht entstehen. Besteht --gewerbesteuerrechtlich-- (noch) kein Gewerbebetrieb, kann sich kein (abzugsfähiger) Gewerbeverlust ergeben (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 01.09.2022 - IV R 13/20, BFHE 277, 423, BStBl II 2024, 121, Rz 18; vom 14.04.2011 - IV R 52/09, BFHE 233, 257, BStBl II 2011, 929, Rz 32). Dabei ist zu beachten, dass die Begriffe des gewerblichen Unternehmens im Sinne des § 15 EStG und des Gewerbebetriebs in § 2 GewStG in zeitlicher Hinsicht Unterschiede aufweisen (z.B. BFH-Urteile vom 05.09.2023 - IV R 24/20, BFHE 281, 374, BStBl II 2025, 778, Rz 120; vom 31.08.2022 - X R 17/21, BFHE 278, 327, BStBl II 2023, 396, Rz 18).
- 58** dd) Dies hat das FG verkannt. Es hat lediglich den sich aus seiner Sicht nach der einkommensteuerlichen Gewinnermittlung ergebenden Verlust als abzugs- und vortragsfähigen Gewerbeverlust übernommen. Dabei hat es --hiervon muss der Senat mangels Begründung des FG ausgehen-- rechtsfehlerhaft angenommen, der Beginn der gewerblichen Tätigkeit der Klägerin im Sinne des § 15 EStG am 16.03.2010 stelle zugleich den Beginn der sachlichen Gewerbesteuerpflicht im Sinne des § 2 GewStG dar. Seine Entscheidung, den vortragsfähigen Gewerbeverlust des Streitjahres um 87.669,74 € zu erhöhen, kann somit keinen Bestand haben.
- 59** c) Die Sache ist spruchreif. Der Senat kann selbst entscheiden, auch wenn er auf der Grundlage der vom FG getroffenen Feststellungen nicht überprüfen kann, ob das FG bei seiner Entscheidung die in § 35b Abs. 2 Satz 2 GewStG i.d.F. des JStG 2010 angeordnete Bindungswirkung beachtet hat. Eine Zurückverweisung der Sache an das FG war gleichwohl entbehrlich, da die Klage gegen den Verlustfeststellungsbescheid --unabhängig von dieser Frage-- unbegründet ist.

- 60 d) Ausgehend von den Feststellungen des FG war die Klägerin im Streitjahr noch nicht sachlich gewerbsteuerpflichtig. Sie hat im Streitjahr lediglich Vorbereitungshandlungen zur Eröffnung des Betriebs der PV-Anlage vorgenommen, so dass kein gewerbsteuerlicher Verlust entstanden sein kann und kein vortragsfähiger Verlust gemäß § 10a GewStG hätte festgestellt werden dürfen.
- 61 aa) Nach § 2 Abs. 1 GewStG unterliegt ein stehender Gewerbebetrieb der Gewerbesteuer. Bei natürlichen Personen und Personengesellschaften unterwirft das Gesetz die konkret ausgeübte werbende Tätigkeit der Gewerbesteuer. Deshalb beginnt die sachliche Gewerbsteuerpflicht der unter § 2 Abs. 1 GewStG fallenden Gewerbebetriebe erst, wenn alle tatbestandlichen Voraussetzungen eines (originären oder fiktiven) Gewerbebetriebs erfüllt sind und der Gewerbebetrieb in Gang gesetzt worden ist (z.B. BFH-Urteile vom 13.04.2017 - IV R 49/15, BFHE 257, 441, BStBl II 2022, 674; vom 01.09.2022 - IV R 13/20, BFHE 277, 423, BStBl II 2024, 121, Rz 22; vom 14.04.2011 - IV R 52/09, BFHE 233, 257, BStBl II 2011, 929, Rz 33).
- 62 aaa) Ein Gewerbebetrieb nach § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG, § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG ist eine selbständige und nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird, sich als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und nicht als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft oder als selbständige Arbeit anzusehen ist; darüber hinaus darf es sich bei der Tätigkeit nicht um private Vermögensverwaltung handeln (z.B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 - GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, unter C. [Rz 24]). Auch der mit Gewinnerzielungsabsicht unternommene Betrieb einer PV-Anlage stellt eine gewerbliche Betätigung im Sinne des § 2 Abs. 1 GewStG dar. Das gewerbliche Unternehmen ist darauf gerichtet, Strom mit Hilfe einer PV-Anlage zu produzieren und entgeltlich in das Stromnetz einzuspeisen (vgl. BFH-Urteile vom 24.10.2012 - X R 36/10, Rz 20, 30; vom 30.06.2022 - IV R 42/19, BFHE 278, 42, BStBl II 2023, 118, Rz 35).
- 63 bbb) Maßgebend für den Beginn eines Gewerbebetriebs im Sinne von § 2 Abs. 1 GewStG ist der Beginn der werbenden Tätigkeit. Dieser hängt davon ab, wann die Voraussetzungen für die erforderliche Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr tatsächlich erfüllt sind, so dass das Unternehmen sich daran mit eigenen gewerblichen Leistungen beteiligen kann. Davon abzugrenzen sind bloße Vorbereitungshandlungen, die gewerbsteuerrechtlich noch unbeachtlich sind. Der Zeitpunkt des Beginns der werbenden Tätigkeit ist unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu ermitteln und kann für die verschiedenen Betriebsarten unterschiedlich zu bestimmen sein. Was als werbende Tätigkeit anzusehen ist, richtet sich nach dem von der Gesellschaft verfolgten Gegenstand ihrer Tätigkeit. Dabei kann auch auf den im Gesellschaftsvertrag beschriebenen Gegenstand des Unternehmens zurückgegriffen werden. Allerdings handelt es sich insoweit lediglich um ein Indiz; letztlich maßgebend ist die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit (z.B. BFH-Urteile vom 13.10.2016 - IV R 21/13, BFHE 256, 156, BStBl II 2017, 475, Rz 39 ff.; vom 12.05.2016 - IV R 1/13, BFHE 255, 65, BStBl II 2017, 489, Rz 26 ff.; vom 01.09.2022 - IV R 13/20, BFHE 277, 423, BStBl II 2024, 121, Rz 23; vom 15.06.2023 - IV R 30/19, BFHE 281, 90, BStBl II 2023, 1050, Rz 47).
- 64 (1) Bei einem auf Handel gerichteten Unternehmen liegt eine werbende Tätigkeit regelmäßig erst dann vor, wenn der Unternehmer seine Leistung am Markt anbietet (vgl. hierzu näher z.B. BFH-Urteil vom 20.02.2025 - IV R 23/22, Rz 36 ff., zum Grundstückshändler). Dementsprechend hat der BFH entschieden, dass bei einem Handelsunternehmen der Gewerbebetrieb erst mit der Eröffnung des Ladenlokals beginnt (vgl. BFH-Urteil vom 31.08.2022 - X R 17/21, BFHE 278, 327, BStBl II 2023, 396, Rz 19, unter Verweis auf BFH-Urteile vom 19.08.1977 - IV R 107/74, BFHE 123, 352, BStBl II 1978, 23, unter 2. [Rz 16], und vom 30.08.2012 - IV R 54/10, BFHE 238, 198, BStBl II 2012, 927, Rz 21). Bei einem Herstellungsunternehmen kommt es auf den Beginn der Produktion an (BFH-Urteil vom 31.08.2022 - X R 17/21, BFHE 278, 327, BStBl II 2023, 396, Rz 19, unter Verweis auf BFH-Urteile vom 10.01.1964 - III 282/61, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 1964, 233, und vom 22.11.1994 - VIII R 44/92, BFHE 176, 138, BStBl II 1995, 900, unter II.1.a). Beim Betreiber eines Windparks hat der BFH auf die Fertigstellung und Inbetriebnahme der Windkraftanlagen abgestellt (vgl. BFH-Urteil vom 14.04.2011 - IV R 52/09, BFHE 233, 257, BStBl II 2011, 929, Rz 34).
- 65 (2) Entsprechendes gilt für den Betrieb einer PV-Anlage. Die werbende Tätigkeit eines PV-Betriebs beginnt ebenfalls mit der Inbetriebnahme der Anlage und der damit verbundenen regelmäßigen Stromspeisung in das Stromnetz (vgl. Verfügung des Landesamts für Steuern Niedersachsen vom 07.11.2022, Zeitschrift für Kommunal Finanzen 2023, 12, unter IV.2.; vgl. auch Franke in Wendt/Suchanek/Möllmann/Heinemann, GewStG, 3. Aufl., § 2 Rz 56). Das bloße Ingangsetzen der PV-Anlage im Rahmen eines Probebetriebs reicht demgegenüber grundsätzlich für die Annahme einer werbenden Tätigkeit noch nicht aus. Dies gilt selbst dann, wenn es in diesem Zusammenhang bereits zur Einspeisung geringer, noch nicht vergüteter Strommengen kommt (offengelassen, ob der Probebetrieb ausreicht, wenn eine Windkraftanlage vor der offiziellen Übergabe bereits erhebliche Mengen an Strom produziert

und einspeist und die daraus erzielten Erlöse der dortigen Klägerin zugerechnet wurden, im BFH-Urteil vom 14.04.2011 - IV R 52/09, BFHE 233, 257, BStBl II 2011, 929, Rz 34).

- 66** bb) Auch die Tätigkeit einer GbR, die zum einen einer vermögensverwaltenden Tätigkeit und zum anderen einer originär gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG nachgeht, so dass deren gesamte Tätigkeit infolge einer "Seitwärtsabfärbung" gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 1 EStG als gewerbliche zu qualifizieren ist, führt zu einem stehenden Gewerbebetrieb im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG (vgl. BFH-Urteil vom 30.08.2001 - IV R 43/00, BFHE 196, 511, BStBl II 2002, 152, unter 1.). In den Fällen des § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG i.V.m. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 1 EStG setzt der Beginn des Gewerbebetriebs voraus, dass neben der nicht gewerblichen Tätigkeit eine gewerbliche Tätigkeit tatsächlich aufgenommen wird (vgl. BFH-Urteil vom 20.12.2000 - XI R 8/00, BFHE 194, 206, BStBl II 2002, 478, unter II.3.; Keß in Lenski/Steinberg, Gewerbesteuergesetz, § 2 Rz 4550). Solange die GbR (gewerbesteuerrechtlich) nur nicht gewerbliche Einkünfte (zum Beispiel aus Vermietung und Verpachtung) erzielt, ist sie nicht sachlich gewerbesteuerpflichtig.
- 67** cc) Bei Anwendung dieser Grundsätze und ausgehend von den Feststellungen des FG war die Klägerin im Streitjahr noch nicht sachlich gewerbesteuerpflichtig. Sie hatte ihren auf die Erzeugung und Einspeisung von Strom gerichteten PV-Betrieb im Streitjahr noch nicht aufgenommen. Zwar hatte sie die Anlage errichtet und Ende Dezember 2010 einen Einspeisevertrag mit der T GmbH geschlossen. Eine entgeltliche Stromeinspeisung erfolgte jedoch nach den Feststellungen des FG erstmals im Jahr 2011.
- 68** dd) Da die Klägerin im Streitjahr noch nicht sachlich gewerbesteuerpflichtig war, konnte ein gewerbesteuerlicher Verlust noch nicht entstehen. Somit hätte auch kein vortragsfähiger Verlust gemäß § 10a GewStG festgestellt werden dürfen.
- 69** e) Dies führt --bei Beachtung des auch im Revisionsverfahren geltenden Verböserungsverbots (§ 121 Satz 1 i.V.m. § 96 Abs. 1 Satz 2 FGO)-- zur antragsgemäßen Abweisung der Klage. Die eigentlich --wie dargelegt-- gebotene Aufhebung des streitgegenständlichen Verlustfeststellungsbescheids kommt demgegenüber nicht in Betracht. Diese würde die Klägerin --über die Abweisung ihrer Klage hinaus-- schlechterstellen, als dies nach dem angefochtenen Verlustfeststellungsbescheid der Fall ist (vgl. BFH-Urteil vom 18.12.1970 - VI R 313/68, BFHE 102, 202, BStBl II 1971, 591 [Rz 15]). Eine Aufhebung des streitgegenständlichen Verlustfeststellungsbescheids würde zudem über den Antrag des FA hinausgehen.
- 70** III. Da die Revision insgesamt zur Urteilsaufhebung und zur Zurückverweisung an das FG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung beziehungsweise zur Klageabweisung führt, ist über die vom FA erhobenen Verfahrensrügen nicht mehr zu entscheiden (vgl. BFH-Urteil vom 28.11.2023 - X R 3/22, BFHE 283, 66, BStBl II 2024, 329, Rz 92).
- 71** IV. Die Übertragung der Kostenentscheidung folgt aus § 143 Abs. 2 FGO. Auch bei nur teilweiser Zurückverweisung der Sache muss dem FG die Entscheidung über die gesamten Kosten des Verfahrens übertragen werden (Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung, z.B. BFH-Urteile vom 20.02.2025 - IV R 23/22, Rz 62; vom 08.05.2025 - IV R 9/23, BFHE 287, 190, BStBl II 2025, 610, Rz 69).

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