

C. Systemische Aspekte: das französische Modell – ein gangbarer Weg für Deutschland?

Die Verlustverrechnung stellt einen integralen Bestandteil des jeweiligen Besteuerungssystems dar und entfaltet ihre Wirkungen im Zusammenspiel mit anderen Normen des jeweiligen Besteuerungssystems. Daher soll nunmehr mit Blick auf die Verlustverrechnung ein Vergleich der unterschiedlichen Unternehmensbesteuerungssysteme erfolgen. Dieser verdeutlicht, warum Frankreich, anders als die USA und Deutschland, in den 60er Jahren nicht mit dem Aufkommen sogenannter Verlustzuweisungsgesellschaften zu kämpfen hatte und sich in Frankreich das Problem der Verlustverrechnung trotz lediglich beschränkter Haftung nicht in der gleichen Weise stellt. Eventuell liegt in der Rezeption des französischen Modells die Lösung diverser Verlustverrechnungsprobleme.

I. Länderberichte

Nachfolgend soll die Herangehensweise an die Besteuerung von Personengesellschaften respektive transparent besteuerten Kapitalgesellschaften sowie der Umgang mit Verlusten im Zusammenhang mit einer beschränkten Haftung in den Ländern Deutschland, USA und Frankreich näher dargestellt und sodann wertend gegenübergestellt werden. Neben der sowohl in den USA als auch in Frankreich eingeräumten Möglichkeit, Kapitalgesellschaften unter Umständen der transparenten Besteuerung zuzuordnen, ist das französische Modell mit seiner systematischen hybriden Besteuerung einzelner Gesellschaften als eine dem deutschen Steuerrecht nicht gänzlich unbekannte, aber doch entfernte Herangehensweise besonders interessant.

Um einen Rechtsvergleich sinnvoll durchführen und für eine Reform des deutschen Steuerrechts fruchtbar machen zu können, soll nach einer kurzen Einführung in das jeweilige Einkommensteuerrecht zunächst die Wirkungsweise und der Anwendungsbereich der transparenten Besteuerung, der Begriff der Verlustverrechnung, Parallelen und Unterschiede der Verlustverrechnung im Rahmen des Transparenz- respektive Trennungsprinzips sowie ein etwaiges Zusammenspiel von Verlustverrechnung und Haftung erörtert werden.

1. Bundesrepublik Deutschland

Zum besseren Verständnis und zur besseren Verortung der in dieser Arbeit behandelten Thematik soll nach einer kurzen Einführung in das deutsche Einkommensteuerrecht eine Darstellung des Anwendungsbereichs und der Wirkungsweise der transparenten Besteuerung erfolgen. Die formellen Besonderheiten, etwa die Adressierung, Einspruchsbefugnis oder steuerliche Haftung, werden dabei weitestgehend außer Acht gelassen, da sie ohne Bedeutung für das materielle Steuerrecht und damit die Verlustverrechnung sind. Einzig auf die gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung wird kurz einzugehen sein. Anschließend erfolgt eine Darstellung der Verlustverrechnung im System der transparenten Besteuerung, bevor abschließend auf Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung im Rahmen des Trennungsprinzips sowie auf einen etwaigen Zusammenhang von Verlustverrechnung und Haftung eingegangen wird. Eine vertiefte Erörterung der Verlustverrechnungsbeschränkung im Rahmen der transparenten Besteuerung erfolgt im Rahmen des Detailvergleichs.¹¹⁷

a. Einführung in das deutsche Einkommensteuerrecht

Natürliche Personen, die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, sind in Deutschland unbeschränkt einkommensteuerpflichtig.¹¹⁸ Natürliche Personen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sind grundsätzlich mit ihren inländischen Einkünften beschränkt einkommensteuerpflichtig.¹¹⁹ Der Einkommensteuer unterliegen Einnahmen, sofern sie unter eine der sieben in § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG genannten Einkunftsarten zu subsumieren sind. Unterschieden wird dabei zwischen den Gewinn- (Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit) und den Überschusseinkunftsarten (Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, Kapitalvermögen, Vermietung und Verpachtung, sonstige Einkünfte).¹²⁰ Grundlegendes Prinzip ist die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit.¹²¹ Dem liegt notwendigerweise das Netto-

117 S.u. D.I.1 Bundesrepublik Deutschland: Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15a EStG.

118 § 1 Abs. 1 Satz 1 EStG.

119 Dies gilt vorbehaltlich § 1 Abs. 2 und 3 EStG und § 1a EStG; § 1 Abs. 4 EStG.

120 § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG.

121 S.u. E.I.2.b Leistungsfähigkeitsprinzip.

prinzip zugrunde.¹²² Die Einkommensteuer bezieht sich als Jahressteuer auf die Einnahmen, die innerhalb eines Kalenderjahres erwirtschaftet wurden (Abschnittsbesteuerung).¹²³ In Grenzen ist jedoch ein periodenübergreifender Verlustvor- sowie -rücktrag möglich.¹²⁴ Für Ehegatten und eingetragene Lebenspartnerschaften ist zudem eine Zusammenveranlagung und damit einhergehend ein Ehegattensplitting möglich.¹²⁵ Ein „Familien-splitting“¹²⁶ findet dagegen nicht statt.

b. Unternehmensbesteuerung: Anwendungsbereich sowie Wirkungsweise der transparenten Besteuerung

Nachfolgend sollen der Anwendungsbereich sowie die Wirkungsweise der transparenten Besteuerung näher dargestellt werden. Im Rahmen des Anwendungsbereichs soll auch auf das in Deutschland dominierende Abgrenzungskriterium zwischen dem Transparenz- und dem Trennungsprinzip, nämlich der zivilrechtlichen Einordnung als Körperschaft oder aber als Personengesellschaft eingegangen werden.

i. Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip

Das Transparenzprinzip findet insbesondere Anwendung auf Einkünfte, die mittels einer Personengesellschaft gemeinschaftlich erzielt werden. Erweitert wird der persönliche Anwendungsbereich auf der Personengesellschaft „wirtschaftlich vergleichbare Gemeinschaftsverhältnisse“¹²⁷. Erfasst

122 S.u. E.I.2.b Leistungsfähigkeitsprinzip.

123 § 1 Abs. 7 Sätze 1 und 2 EStG.

124 § 10d EStG.

125 Zur Möglichkeit der Zusammenveranlagung: § 26 EStG, für eingetragene Lebenspartnerschaften i.V.m. § 2 Abs. 8 EStG; zum Splittingtarif: § 32a Abs. 5 EStG (i.V.m. § 2 Abs. 8 EStG).

126 Der Begriff des „Familienplitting“ ist im deutschen Recht nicht definiert und kann in unterschiedlicher Weise ausgestaltet werden. Dies betrifft neben der Höhe des Grundfreibetrages für Kinder auch die Frage, ob zusätzlich ein Kindergeld gezahlt wird. Zu einer möglichen Ausgestaltung eines „Familienplitting“ im deutschen Steuerrecht: *Merkt*, DStR 2009, 2221, 2225, sowie *Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer (1988), S. 650 ff.

127 BFH, Beschluss v. 25.06.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 (Tz. 203); Urteil v. 16.12.1997 – VIII R 32/90, BStBl. II 1998, 480 (Tz. 33); *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 90 f.

werden mithin nicht nur Personengesellschaften in all ihren Ausprägungen, das heißt auch Innengesellschaften sowie faktische/fehlerhafte Personengesellschaften, sondern über die Ausweitung auf „wirtschaftlich vergleichbare Gemeinschaftsverhältnisse“ auch Gesamthandsgemeinschaften wie etwa Erben-, Bruchteils- und Gütergemeinschaften.¹²⁸ Aufgrund der Parallelität von Personengesellschaften und wirtschaftlich vergleichbaren Gemeinschaftsverhältnissen gelten die folgenden Ausführungen zu den Personengesellschaften entsprechend für die wirtschaftlich vergleichbaren Gemeinschaftsverhältnisse.

Ausschlaggebend für die transparente Besteuerung ist das Negieren der Personengesellschaft als eigenständiges Steuerrechtssubjekt für Ertragsteuerzwecke (ausgenommen der Gewerbesteuer).¹²⁹ Zwar ist die Personengesellschaft mittlerweile zivilrechtlich im Hinblick auf die Rechtssubjektsqualität der Kapitalgesellschaft weitestgehend gleichgestellt, dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt mit Blick auf das Steuerrecht. Im Unterschied zu den Personengesellschaften stellt die Kapitalgesellschaft ein eigenständiges Steuerrechtssubjekt dar.¹³⁰ Als solches unterliegt sie der Besteuerung und erzeugt eine Abschirmwirkung gegenüber ihren Gesellschaftern (sogenanntes Trennungsprinzip).¹³¹ In Deutschland erfolgt die Einordnung in das Transparenz- und Trennungsprinzip anhand der

128 Zu den Innengesellschaften: *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 173; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 169; zur Innen-GbR: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 324, 361; *Bode*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG [Stand 12/2018] Rz. 311; zur faktischen Personengesellschaft: BFH, Urteil v. 01.07.2010 – IV R 100/06, BFH/NV 2010, 2056 (Tz. 31, 33); *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 173; zu den wirtschaftlich vergleichbaren Gemeinschaftsverhältnissen: BFH, Beschluss v. 25.06.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 (Tz. 203); v. 03.07.1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617 (Tz. 49 mit Verweis auf BFH, Beschluss v. 25.06.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 und unter Tz. 53 f. explizit zur Bruchteilsgemeinschaft); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 171; *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 90 f.

129 *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 1133, 1136; *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 162; *Rätke*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 90; für die Gewerbesteuer qualifiziert die Personengesellschaft als eigenständiges Steuersubjekt, § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG.

130 § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG.

131 *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 10 Rz. 10; *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 163; *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 83, 88; *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 13.

Rechtsform.¹³² Dabei spielt die zivilrechtliche Qualifikation als juristische Person grundsätzlich eine entscheidende Rolle.¹³³ Eine Ausnahme findet sich in § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG (etwa nichtrechtsfähige Vereine). Diese stellt auf die freie Handelbarkeit der Anteile ab.¹³⁴ Seit dem 1. Januar 2022 steht es zudem Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften offen, auf Antrag für Zwecke der Besteuerung nach dem Einkommen wie eine Kapitalgesellschaft und ihre Gesellschafter wie die nicht persönlich haftenden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft behandelt zu werden.¹³⁵

Einen Sonderfall stellt die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) dar. Diese charakterisiert zivilrechtlich als Kapitalgesellschaft (§ 278 AktG) und unterliegt als solcher der Körperschaftsteuer.¹³⁶ Dennoch gilt das Trennungsprinzip nur in Bezug auf die beteiligten Kommanditaktionäre. Hinsichtlich der persönlich haftenden Gesellschafter erfolgt die Besteuerung nach dem Transparenzprinzip.¹³⁷ Die ertragsteuerliche Behandlung als hybride Gesellschaftsform ist ein Alleinstellungsmerkmal und dem deutschen Steuerrecht ansonsten fremd. Sie erfordert eine getrennte Einkommensermittlung, zum einen für die persönlich haftenden Gesellschafter zum anderen für die Kommanditaktionäre.¹³⁸ Die hybride Besteuerung wird mit der damit intendierten Gleichstellung mit den Mitunternehmern einer Personengesellschaft gerechtfertigt.¹³⁹ Für diese Gesellschaft sieht das Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) vom

132 Prinz, FR 2010, 736, 739; Klein, in: H/H/R, EStG/KStG, § 1 KStG [Stand 02/2020] Rz. 30.

133 Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 17, 22; Martini, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 279, 283; so auch schon RFH, Urteil v. 12.02.1930 – VI A 899/27, RFHE 27, 73, 77.

134 Martini, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 279, 283.

135 § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG.

136 § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG; Heinhold et al., Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 228, 239.

137 § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG; BFH, Urteil v. 21.06.1989 – X R 14/88, BStBl. II 1989, 881 (Tz. 26); Heinhold et al., Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 240; Witt, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 926 mit einer Darstellung des Streitstandes zu der Frage, ob § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG eine Zurechnungsnorm darstellt.

138 Bode, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG [Stand 12/2018] Rz. 561; Witt, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 905.

139 Krumm, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 401; Rätke, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 108.

25.06.2021¹⁴⁰ in § 1a KStG kein Optionsrecht vor; damit bleibt es auch künftig zwingend bei der hybriden Besteuerung.

Eine weitere Besonderheit gilt es bei Treuhandmodellen zu beachten. Diese zeichnen sich durch eine zivilrechtliche Gesellschaftsstruktur mit mehreren – meist zwei – Gesellschaftern aus, bei der aus steuerlicher Sicht nur ein Gesellschafter vorliegt.¹⁴¹ Der Gesellschaftsanteil des Treuhand-Gesellschafters wird dem Treugeber-Gesellschafter über § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zugerechnet. Daraus folgend wird die Gesellschaft für Steuerzwecke als nicht existent angesehen und sämtliche Einkünfte werden unmittelbar bei dem verbleibenden (Treugeber-)Gesellschafter qualifiziert, ermittelt und besteuert; die Prinzipien der transparenten Besteuerung kommen nicht zur Anwendung.¹⁴²

Eine Beschränkung der transparenten Besteuerung auf inländische Personengesellschaften erfolgt nicht.¹⁴³ Auch bei ausländischen Personengesellschaften findet im Inland eine transparente Besteuerung statt, vorausgesetzt an dieser ist mindestens ein im Inland steuerpflichtiger Gesellschafter beteiligt.¹⁴⁴ Für die Qualifizierung der ausländischen Gesellschaft als Personen- oder Kapitalgesellschaft erfolgt im Inland ein Rechtstypenvergleich.¹⁴⁵ Dieser verläuft zweistufig.¹⁴⁶ Basierend auf dem ausländischen

140 KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

141 § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO.

142 BFH, Urteil v. 01.10.1992 – IV R 130/90, BStBl. II 1993, 574 (Tz. 12); *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 166; *Prinz*, FR 2010, 736, 737; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 170; für die Gewerbesteuer: BFH, Urteil v. 03.02.2010 – IV R 26/07, BStBl. II 2010, 751 (Tz. 22 f., 32).

143 BFH, Urteil v. 27.02.1991 – I R 15/89, BStBl. II 1991, 444 (Tz. 20); v. 31.05.1995 – I R 74/93, BStBl. II 1995, 683 (Tz. 17).

144 BFH, Urteil v. 31.05.1995 – I R 74/93, BStBl. II 1995, 683 (Tz. 17); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 173; ist jedoch nur ein Gesellschafter im Inland ansässig, unterbleibt nach § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AO verfahrensrechtlich eine gesonderte Feststellung; vgl. auch BFH, Urteil v. 31.05.1995 – I R 74/93, BStBl. II 1995, 683 (Tz. 18); zu beachten ist auch hier die seit dem 01.01.2022 bestehende Optionsmöglichkeit nach § 1a KStG.

145 BFH, Urteil v. 23.06.1992 – IX R 182/87, BStBl. II 1992, 972 (Tz. 14 ff.); BMF, Schreiben v. 26.09.2014 – IV B 5-S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258 (Tz. 1.2.); BMF, Schreiben v. 19.03.2004 – IV B 4-S 1301 USA-22/04, BStBl. I 2004, 411, unter IV.; für Zwecke des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG: *Haep*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 414; *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 173; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 173, mit weiteren Einzelheiten.

146 FG Münster, Urteil v. 27.08.2009 – 8 K 4552/04 F, EFG 2009, 1951 (Tz. 22); FG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 14.10.2008 – 6 K 3331/03 B, EFG 2009, 201 (Tz. 48); BMF, Schreiben v. 19.03.2004 – IV B 4 - S 1301 USA-22/04, BStBl. I

Recht und den vertraglichen Absprachen sind zunächst die Struktur sowie Organisation der ausländischen Gesellschaft zu bestimmen.¹⁴⁷ Anschließend sind diese mit den „wesentlichen Strukturmerkmale[n] einer [deutschen] Körperschaft“¹⁴⁸ zu vergleichen.¹⁴⁹ Zur Bewertung der innerstaatlichen Vergleichbarkeit verweist der BFH in einem Urteil vom 20. August 2009 unter Bezugnahme auf ein BMF-Schreiben vom 19. März 2004 auf acht wesentliche Kriterien und ergänzt damit die 1930 vom RFH genannten typischen Merkmale einer Personen- respektive Kapitalgesellschaft.¹⁵⁰ Diese sind demnach (i) eine zentralisierte Geschäftsführung und Vertretung, (ii) eine beschränkte Haftung, (iii) die freie Übertragbarkeit der Anteile, (iv) Gewinnzuteilung (durch Gesellschafterbeschluss), (v) die Kapitalaufbringung, (vi) eine unbegrenzte Lebensdauer der Gesellschaft, (vii) die Gewinnverteilung sowie (viii) formale Gründungsvoraussetzungen.¹⁵¹ Irrelevant sollen hingegen die Gesellschafteranzahl sowie die Rechtsfähigkeit im Ausland sein.¹⁵² Aufgrund der selbständigen Beurteilung durch die jeweiligen Jurisdiktionen kann es im Zusammenhang mit ausländischen Gesellschaften zu hybrid besteuerten Gesellschaftsformen kommen.

Mit Blick auf die Gewerbesteuer¹⁵³, Umsatzsteuer¹⁵⁴, Erbschaftsteuer¹⁵⁵ sowie die Grunderwerbsteuer¹⁵⁶ stellen auch die Personengesellschaften

2004, 411, unter IV.; Witt, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2 KStG [Stand 09/2020] Rz. 42; Reichl/Wiedmann, ISR 2020, 45, 46.

147 Reichl/Wiedmann, ISR 2020, 45, 46 f.

148 BMF, Schreiben v. 19.03.2004 – IV B 4 - S 1301 USA-22/04, BStBl. I 2004, 411, unter IV.

149 Reichl/Wiedmann, ISR 2020, 45, 47.

150 BFH, Urteil v. 20.08.2009 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263 (Tz. 20 ff.), mit Verweis auf BMF, Schreiben v. 19.03.2004 – IV B 4 - S 1301 USA-22/04, BStBl. I 2004, 411, unter IV.; RFH, Urteil v. 12.02.1930 – VI A 899/27, RFHE 27, 73, 80.

151 BFH, Urteil v. 20.08.2009 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263 (Tz. 21 ff.); BMF, Schreiben v. 19.03.2004 – IV B 4 - S 1301 USA-22/04, BStBl. I 2004, 411, unter IV.

152 BMF, Schreiben v. 19.03.2004 – IV B 4 - S 1301 USA-22/04, BStBl. I 2004, 411, unter IV.

153 § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG; Montag, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 12 Rz. 15.

154 § 2 Abs. 1 UStG; Englisch, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 17 Rz. 35.

155 BFH, Urteil v. 07.12.1988 – II R 150/85, BStBl. II 1989, 237 (Tz. 17).

156 BFH, Beschluss v. 28.05.1998 – II B 3/98, BFH/NV 1998, 1366 (Tz. 15); Englisch, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 18 Rz. 53.

ein eigenständiges Steuersubjekt dar.¹⁵⁷ Die Besteuerung erfolgt auf Ebene der Gesellschaft ohne unmittelbare Zurechnung an ihre Gesellschafter. Mangels transparenter Besteuerung sind diese Steuerarten nicht Gegenstand dieser Arbeit.

ii. Folgen einer Optionsausübung

Für die Folgen der Optionsausübung durch eine Personenhandels- oder Partnerschaftsgesellschaft verweist der mit dem KöMoG neu eingeführte § 1a KStG in seinem Absatz 2 auf das Umwandlungssteuergesetz.¹⁵⁸ So gilt der Übergang zur Körperschaftbesteuerung als Formwechsel im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 3 UmwStG, mit der Konsequenz der entsprechenden Anwendung der §§ 1 und 25 UmwStG.¹⁵⁹ Damit fingiert die Option einen Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang.¹⁶⁰ Sofern der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist, sind auch die §§ 20 ff. UmwStG, insbesondere die optionale Buchwertfortführung nach § 20 UmwStG, entsprechend anwendbar.¹⁶¹ Die entsprechende Anwendung des Umwandlungssteuerrechts bewirkt auch, dass die darin enthaltenen Sperrfristen Gültigkeit beanspruchen.¹⁶² Die Beendigung der Besteuerung nach dem Körperschaftsteuergesetz innerhalb von sieben Jahren, ganz gleich ob aufgrund Rückoption oder kraft Gesetzes, führt damit zu einer Sperrfristverletzung.¹⁶³ Eine solche führt grundsätzlich zu einer rückwirkenden Einbringungs-gewinnbesteuerung.¹⁶⁴

157 *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 1136; *Rätke*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 90; *Zimmermann et al.*, Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2017), S. 1435.

158 Entsprechendes gilt für die Rückoption: § 1a Abs. 4 Satz 2 KStG.

159 Für die Rückoption normiert § 1a Abs. 4 Satz 2 KStG die entsprechende Anwendung von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwStG mit der Maßgabe, dass § 9 Satz 3 UmwStG keine Anwendung findet.

160 BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 24).

161 BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 29).

162 BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 45 f., 98).

163 BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 98).

164 §§ 22 Abs. 1 bzw. Abs. 2, 23 Abs. 2 UmwStG; BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 98); eine Ausnahme

Die an der optierenden Gesellschaft beteiligten Gesellschafter werden fortan als Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft behandelt.¹⁶⁵ Der Gesellschafter erzielt mithin etwa mit seiner Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft keine Einkünfte nach § 15 EStG, sondern fortan nach § 19 EStG.¹⁶⁶

Ein nach § 15a Abs. 4 EStG festgestellter vortragsfähiger Verlust geht durch die Option ebenso unter wie ein etwaiger Verlustvortrag nach § 15b EStG, ein Zinsvortrag (§ 4h Abs. 1 Satz 5 EStG) oder ein EBITDA-Vortrag (§ 4h Abs. 1 Satz 5 EStG).¹⁶⁷

Die Option nach § 1a KStG zeitigt keine zivil- insbesondere gesellschaftsrechtlichen Folgen.¹⁶⁸ Auch andere Steuerarten bleiben grundsätzlich unberührt. So ist die Gesellschaft für Zwecke des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts nach wie vor als Personengesellschaft zu behandeln; eine Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie scheidet aus.¹⁶⁹

iii. Wirkungsweise der transparenten Besteuerung

Abweichend von den natürlichen Personen (§ 1 Abs. 1 EStG) und den in § 1 Abs. 1 KStG genannten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, sind die Personengesellschaften weder Steuersubjekt der Einkommen- noch der Körperschaftsteuer.¹⁷⁰ Sie werden vielmehr transparent besteuert. Das heißt, die auf Ebene der Personengesellschaft erwirtschafteten Einkünfte (auch die negativen Einkünfte) werden unmit-

ist nach Rn. 22.23 UmwStE aus Billigkeitsgründen bei einer Umwandlung zu Buchwerten unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

165 § 1a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 KStG.

166 § 1a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG.

167 Für den Zinsvortrag und EBITDA-Vortrag explizit geregelt in § 20 Abs. 9 UmwStG; BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 47).

168 Vgl. BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 49).

169 Zur Nichtanwendbarkeit der Mutter-Tochter-Richtlinie: BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 52) unter Verweis auf Art. 2 Bstb. a (iii) der Mutter-Tochter-Richtlinie.

170 *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 1133; *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 162; bezogen auf die Einkommensteuer auch: *Rätke*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 90; *Zimmermann et al.*, Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2017), S. 107; etwas anderes gilt seit dem 01.01.2022 sofern eine Personenhandels- oder Partnerschaftsgesellschaft nach § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG zur Besteuerung nach dem Trennungsprinzip optiert.

telbar den hinter der Personengesellschaft als Gesellschafter stehenden natürlichen Personen respektive den in § 1 Abs. 1 KStG genannten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögenmassen anteilig zugerechnet und von diesen als originär eigene Einkünfte, entweder im Rahmen der Einkommensteuer (natürliche Person als Gesellschafter) oder der Körperschaftsteuer (Körperschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 KStG als Gesellschafter), versteuert (sogenanntes Transparenzprinzip).¹⁷¹ Dies gilt unabhängig von einer tatsächlichen Entnahme durch oder Ausschüttung an die Gesellschafter.¹⁷² Parallel dazu erfolgt die Zurechnung von Verlusten. Die unmittelbare Verlustzurechnung an die Gesellschafter birgt den Vorteil des horizontalen sowie vertikalen Verlustausgleichs und – bei verbleibendem Verlust – des Verlustabzugs auf Gesellschafterebene.¹⁷³ Die Gesellschafter können mithin die Verluste aus ihrer Gesellschaftsbeteiligung – unter Berücksichtigung etwaiger Verlustverrechnungsbeschränkungen – mit anderen positiven Einkünften verrechnen und so ihre Steuerlast mindern. Darin liegt die steuerliche Attraktivität der Personengesellschaft gegenüber der als eigenständiges Steuersubjekt besteuerten Kapitalgesellschaft und einer der Gründe, warum die Personengesellschaft sich im deutschen Steuerrecht anhaltender Beliebtheit erfreut.¹⁷⁴

Ein Kardinalproblem der transparenten Besteuerung ist das Nebeneinander von Vielheit der Gesellschafter und Einheit der Gesellschaft.¹⁷⁵ Trotz der unterschiedlichen Regelungsregime (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO versus § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) ist den überschuss- und gewinnerzielenden Personengesellschaften gemein, dass sie zumindest in Bezug auf die laufen-

171 BFH, Beschluss v. 03.07.1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617 (Tz. 55); *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 10 Rz. 10; *Birk/Desens/Tappe*, *Steuerrecht* (2020), Rz. 1135; *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 162; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 160, 163; *Grobshäuser et al.*, *Besteuerung der Gesellschaften* (2020), S. 83; *Zimmermann et al.*, *Die Personengesellschaft im Steuerrecht* (2017), S. 108; *Heinhold et al.*, *Besteuerung der Gesellschaften* (2015), S. 13; zur Möglichkeit einer disquotalen Zurechnung siehe: *Abel*, *Der steuerliche Gewinnanteil des Personengesellschafters* [im Erscheinen].

172 Statt vieler: BFH, Urteil v. 15.11.2011 – VIII R 12/09, BStBl. II 2012, 207 (Tz. 11); *Zimmermann et al.*, *Die Personengesellschaft im Steuerrecht* (2017), S. 108; *Engel*, *Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht* (2015), S. 170.

173 *Heinhold et al.*, *Besteuerung der Gesellschaften* (2015), S. 86 f.

174 *Birk/Desens/Tappe*, *Steuerrecht* (2020), Rz. 1176.

175 *Kempermann*, GmbHR 2002, 200, 200; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 163 ff.; *Grobshäuser et al.*, *Besteuerung der Gesellschaften* (2020), S. 86 f.

den Einkünfte insoweit als Steuerrechtssubjekt anerkannt werden, als es um die Einkünftequalifikation und -ermittlung geht.¹⁷⁶ Der Gesellschaft wird mithin eine „partielle Steuerrechtsfähigkeit“ zuerkannt.¹⁷⁷ Damit wurde eine bewusste Abkehr von der Bilanzbündeltheorie vollzogen.¹⁷⁸ Nach der Bilanzbündeltheorie wurden die Gesellschafter so behandelt, als würden sie den Betrieb anteilig selbständig führen, während die Gesellschaft für Zwecke der Einkommensteuer als nicht vorhanden angesehen wurde und ihre Bilanz lediglich ein Bündel der einzelnen Gesellschafterbilanzen darstellen sollte.¹⁷⁹

Wie bereits erwähnt, kommt bei den gewinnerzielenden Personengesellschaften § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zur Anwendung. Daraus ergibt

-
- 176 Statt vieler: BFH, Beschluss v. 25.06.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 (Tz. 138); v. 03.07.1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617 (Tz. 53); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 164; zur gewerblich tätigen Personengesellschaft als Gewinnermittlungssubjekt: *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 19; zur vermögensverwaltenden Personengesellschaft: *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 34; in Bezug auf die Einkünftequalifikation auf Ebene einer vermögensverwaltenden Gesellschaft: BFH, Beschluss v. 11.04.2005 – GrS 2/02, BStBl. II 2005, 679 (Tz. 29, 33); *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 103; in Bezug auf die Einkünfteermittlung einer vermögensverwaltenden Gesellschaft: *Tulloch/Wellisch*, DStR 1999, 1093, 1094; *Kreft*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 9 EStG [Stand 10/2020] Rz. 50; *Kulosa*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 21 Rz. 65. Bei den Veräußerungsgewinnen/-verlusten ist danach zu differenzieren, ob der hierdurch ausgelöste Einkünftebestand gemeinschaftlich verwirklicht werden kann. Ist dies nicht der Fall, ist insoweit allein auf die Verhältnisse bei dem einzelnen Steuerpflichtigen abzustellen, ohne dass eine Einbeziehung der Gesellschaftsebene erfolgt. Hierzu: *Wacker*, DStR 2005, 2014, 2015; *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 129 f.
- 177 *Milatz/Sax*, DStR 2017, 141, 141; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 10 Rz. 12; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 1135; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 164; zur vermögensverwaltenden Personengesellschaft: *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 65 m.w.N.
- 178 BFH, Urteil v. 08.12.1982 – I R 9/79, BStBl. II 1983, 570 (Tz. 9); Beschluss v. 25.06.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 (Tz. 159); *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 164; zum Wandel von der Bilanzbündeltheorie hin zum vermehrten Abstellen auf die Einheit der Gesellschaft: *Weber-Grellet*, DStR 1982, 699 ff.
- 179 RFH v. 14.07.1937 – VI A 422/37, RStBl. 1937, 937; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 1134; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 162; *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 85; *Preißer/Missal*, in: Preißer/Pung (Hrsg.), Die Besteuerung der Personen- und Kapitalgesellschaften (2012), S. 426.

sich eine zweistufige, sogenannte additive,¹⁸⁰ Gewinnermittlung, die sowohl die Einheit der Gesellschaft als auch die Vielheit der Gesellschafter berücksichtigt (sogenanntes duales System).¹⁸¹ Auf der ersten Stufe sind die Einkünfte auf Gesellschaftsebene zu qualifizieren und zu ermitteln.¹⁸² Hierbei ist das Ergebnis der Steuerbilanz maßgebend.¹⁸³ Dabei ist bereits auf dieser Stufe ein Mehr- oder Minderergebnis aus einer etwaigen Ergänzungsbilanz zu berücksichtigen.¹⁸⁴ Die Ergänzungsbilanz enthält Wertkorrekturen eines einzelnen Gesellschafters in Bezug auf die Wirtschaftsgüter in der Gesamthand der Personengesellschaft.¹⁸⁵ Diese können sich exempli causa in Folge eines Anteilerwerbs ergeben, bei dem der Kaufpreis über dem Buchwert liegt.¹⁸⁶ Das so ermittelte Ergebnis ist den Gesellschaftern auf der zweiten Stufe anteilig zuzurechnen.¹⁸⁷ Auf Gesellschafterebene wird der zugerechnete Gewinn- respektive Verlustanteil sodann um etwaige Sonderbetriebseinnahmen und -ausgaben modifiziert.¹⁸⁸ Bei den Sonderbetriebseinnahmen/-ausgaben handelt es sich um Posten, die dem einzelnen Gesellschafter im Zusammenhang mit seiner Beteiligung erwach-

180 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 403; Hennrichs, FR 2010, 721, 722.

181 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 163 ff.; Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht (2020), Rz. 1135.

182 In Bezug auf die Mitunternehmerschaft nach § 15a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG: Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 86 f; die Einkünfterzielungsabsicht ist zweistufig festzustellen, sowohl auf Gesellschafts- als auch auf Gesellschafterebene. Hierzu: Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 164, 401; Wacker, DStR 2005, 2014, 2015; Engel, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 88 ff.; zur vermögensverwaltenden Personengesellschaft: Kemcke/Schäffer, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 54, 65.

183 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 401; Heinhold et al., Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 20.

184 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 401; Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 134; Zimmermann et al., Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2017), S. 177.

185 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 401, 460; Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 134; Zimmermann et al., Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2017), S. 177.

186 Vgl. Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 401; Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 134.

187 Zur Möglichkeit einer disquotalen Zurechnung siehe: Abel, Der steuerliche Gewinnanteil des Personengesellschafters [im Erscheinen].

188 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 401; Heinhold et al., Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 21 ff.

sen.¹⁸⁹ Auf die Differenzierung zwischen Sonderbetriebsvermögen I und Sonderbetriebsvermögen II soll nicht weiter eingegangen werden,¹⁹⁰ da die Unterscheidung ohne Auswirkung für die Verlustverrechnung ist. Das in der zweiten Stufe modifizierte Ergebnis ist nunmehr von den Gesellschaftern im Rahmen ihrer persönlichen Steuer als originär eigene Einkünfte zu erklären und zu versteuern.¹⁹¹ Durch die additive Gewinnermittlung, das heißt insbesondere die Hinzurechnung von Sonderbetriebseinnahmen und die Versteuerung der Einkünfte mit dem persönlichen Steuersatz, werden die Steuerpflichtigen, die im Rahmen einer Personenvereinigung gemeinschaftlich Einkünfte erzielen, den Einzelunternehmern weitestgehend gleichgestellt.¹⁹²

Anknüpfend an das bereits im Rahmen des Anwendungsbereichs der transparenten Besteuerung Gesagte, soll auch auf die Wirkungsweise der hybriden Besteuerung der KGaA eingegangen werden. Während die an der KGaA beteiligten Kommanditaktionäre über die Ausschüttungen als Dividenden entweder Einkünfte aus Kapitalvermögen (sofern die Anteile dem Privatvermögen zugerechnet werden; § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) oder Einkünfte aus Gewerbebetrieb (sofern die Anteile im Betriebsvermögen gehalten werden; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG oder § 8 Abs. 2 KStG) erzielen,¹⁹³ erzielen die beteiligten persönlich haftenden Gesellschafter gemäß

189 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 640; Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 131; Heinhold et al., Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 24 f.; Sonderbetriebsausgaben können zum Beispiel Zinsaufwendungen für ein Darlehen sein, mit welchem der Gesellschafter seinen Anteil finanziert hat. Sonderbetriebseinnahmen können Mieteinnahmen aus einem Mietobjekt sein, welches der Gesellschafter der Personengesellschaft zur entgeltlichen Nutzung überlassen hat.

190 Zu der Unterscheidung vgl.: Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 506, 509, 513 ff.; Heinhold et al., Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 22 f.

191 BFH, Beschluss v. 03.07.1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617 (Tz. 55); Hennrichs, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 10 Rz. 10; Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht (2020), Rz. 1135; Krumm, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 162; Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 160, 163.

192 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 161 m.w.N.; Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 83; zum Sinn des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Halbsatz 2 EStG: Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht (2020), Rz. 1138; Zimmermann et al., Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2017), S. 111.

193 Heinhold et al., Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 256 f.; im Falle von gewerblichen Einkünften ist entweder das Teileinkünfteverfahren nach §§ 3 Nr. 40

§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG stets Einkünfte aus Gewerbebetrieb.¹⁹⁴ Die Gewinne werden ihnen – wie einem Einzel- oder Mitunternehmer – in Höhe ihres Anteils unmittelbar zugerechnet, unabhängig von einer Entnahme beziehungsweise einem tatsächlichen Zufluss.¹⁹⁵ Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung wird der zugerechnete Gewinnanteil bei der Gesellschaft als Betriebsausgabe behandelt.¹⁹⁶

Verfahrensrechtlich wird die transparente Besteuerung mittels einer einheitlichen (§ 179 Abs. 2 Satz 2 AO) und gesonderten (§ 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Bstb. a AO) Gewinnfeststellung umgesetzt.¹⁹⁷ In dieser werden die Einkünfte der Gesellschafter aus ihrer Beteiligung an der Personengesellschaft, die sie sodann im Rahmen ihrer eigenen Einkommen- oder Körperschaftsteuer zu versteuern haben, bindend festgestellt.¹⁹⁸ Einheitlich erfolgt die Feststellung, da sie gegenüber allen Gesellschaftern in einem einheitlichen Verfahren durchgeführt wird.¹⁹⁹ Gesondert ist sie, da sie in einem von dem eigentlichen Einkommen- oder Körperschaftsteuerbescheid eigenständigen Steuerverwaltungsakt erfolgt und sie als solcher

Bstb. d, 3c Abs. 2 EStG oder die Steuerfreiheit nach dem Regelungsregime des § 8b KStG und hier insbesondere § 8b Abs. 1, 5 und Abs. 4 KStG zu beachten.

194 Um eine Doppelbelastung mit Ertragsteuer zu vermeiden, sieht § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG in dieser Höhe abziehbare Aufwendungen bei der KGaA vor.

195 BFH, Urteil v. 21.06.1989 – X R 14/88, BStBl. II 1989, 881 (Tz. 26); H 15.8 (4) EStH „Allgemeines“; *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 252; ob insoweit die Grundsätze der transparenten Besteuerung Anwendungen finden bzw. wie die „Wurzeltheorie“ des BFH genau zu verstehen ist, ist im Einzelnen umstritten. Zu dem diesbezüglichen Meinungsstand wird auf die Darstellung bei: *Witt*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 901, verwiesen; zur unmittelbaren Zurechnung unabhängig eines tatsächlichen Zuflusses: *Witt*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 905; *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 252; der KGaA sowie ihren beteiligten persönlich haftenden Gesellschaftern steht auch nach dem KöMoG vom 25.06.2021 kein Optionsrecht nach § 1a KStG zu.

196 § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG; *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 401; *Bode*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG [Stand 12/2018] Rz. 562; *Witt*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 901.

197 *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 410; zur gewerblich tätigen Personengesellschaft: *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 25; zur vermögensverwaltenden Personengesellschaft: *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 73.

198 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 160; zur Bindungswirkung der gesonderten Feststellung: § 182 Abs. 1 Satz 1 EStG.

199 *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 410; *Zimmermann et al.*, Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2017), S. 1436.

selbständig anfechtbar und zur Bestandskraft fähig ist.²⁰⁰ Etwas anderes gilt nach § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AO, wenn nur ein Gesellschafter im Inland ansässig ist. Zwar gelangen für diesen materiell-rechtlich die Grundsätze der transparenten Besteuerung zur Anwendung, doch unterbleibt verfahrensrechtlich eine gesonderte Feststellung.

c. „Verlustverrechnung“ – Begriffsbestimmung und Wirkung im System der transparenten Besteuerung

Nachfolgend soll der Begriff der Verlustverrechnung sowie die Wirkung im Zusammenhang mit dem Transparenzprinzip erörtert werden. Dabei werden zunächst allgemein die relevanten Begrifflichkeiten im Rahmen der Verlustverrechnung erörtert, bevor jeweils auf die Besonderheiten der Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung eingegangen wird. Hierdurch soll sogleich eine Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes dieser Arbeit erfolgen.

i. Verlust

Der Verlust ist negativer Faktor der Leistungsfähigkeit und als solcher grundsätzlich steuerlich zu berücksichtigen.²⁰¹ Während der Duden den „Verlust“ als „1. das Verlieren [...] 2. das Verlieren [...] 3. das Verlieren (3a); Einbuße [...] 4. fehlender finanzieller, materieller Ertrag [eines Unternehmens]; Defizit“²⁰² definiert, fehlt im deutschen Steuerrecht eine diesbezügliche Legaldefinition;²⁰³ dies gilt sowohl für die Spezialgesetze als auch die Abgabenordnung. Vielmehr verwendet das Einkommensteuergesetz neben dem Begriff „Verlust“ an verschiedenen Stellen auch den Begriff der „negativen Einkünfte“.²⁰⁴ Eine Unterscheidung dieser Begriffe wird nicht

200 Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 410; Zimmermann et al., Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2017), S. 1435.

201 Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 8 Rz. 60 f.

202 Dudenredaktion (Hrsg.), Duden Deutsches Universalwörterbuch (2019), „Verlust“.

203 Mönikes, Die Verlustverrechnungsbeschränkungen des Einkommensteuergesetzes im Lichte der Verfassung (2006), S. 6; Nebe, Steuerliche Verlustberücksichtigung, S. 5.

204 Teilweise verwendet das Gesetz die beiden Begriffe auch innerhalb derselben Norm (etwa § 10d EStG); Thiemann, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 20.

vorgenommen. In diesem Sinne stellte auch der Bundesfinanzhof fest, dass „der Gesamtbetrag der Einkünfte auch durch die negativen Einkünfte = Verluste mitbestimmt sein solle“.²⁰⁵ In der steuerlichen Literatur wird teilweise – angelehnt an § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG – begrifflich zwischen „Verlust“ und „Werbungskostenüberschuss“ unterschieden.²⁰⁶ Danach solle „Verlust“ als Gegenbegriff zu „Gewinn“ den Gewinneinkunftsarten (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) vorbehalten sein, wohingegen der „Werbungskostenüberschuss“ bei den Überschusseinkunftsarten (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG) zur Anwendung komme.²⁰⁷ Ob dies zwingend ist, bleibt an dieser Stelle dahingestellt; so spricht beispielsweise auch das Gesetz in § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG – und damit im Rahmen einer Überschusseinkunftsart – von „Verlust“. Da das Gesetz in diesem Zusammenhang allerdings auch von „Gewinn“ statt „Überschuss“ spricht (§ 23 Abs. 3 Satz 1 EStG), kann es sich hierbei auch um eine rein sprachliche Ungenauigkeit im System des Einkünfte-Dualismus handeln.

Der Begriff „Verlust“ wird im Rahmen dieser Arbeit mit der Bundesfinanzhofsrechtsprechung, als Synonym für „negative Einkünfte“ verwendet.²⁰⁸ Er inkludiert mithin sowohl die Gewinn- als auch die Überschusseinkünfte.

(1) Verlust – Gegenstand

Auch wenn die Steuergesetze eine Legaldefinition schuldig bleiben, hat sich eine in wesentlichen Punkten einheitliche Begriffsbestimmung herausgebildet. Nach dieser stellt der Verlust eine Saldogröße dar.²⁰⁹ Er ergibt sich aus dem Saldo zwischen Einnahmen und der Summe der hierdurch veranlassten Aufwendungen.²¹⁰ Der steuerliche Verlustbegriff ist damit en-

205 BFH, Urteil v. 11.03.1970 – I B 50/68, BStBl. II 1970, 569 (Tz. 14).

206 *Ratschow*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 2 EStG [Stand 11/2019] Rz. 62; *Musil*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2 EStG [Stand 01/2019] Rz. 504.

207 *Musil*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2 [Stand 01/2019] EStG Rz. 504, der unter „negative Einkünfte“ den Oberbegriff für „Verlust“ und „Werbungskostenüberschuss“ versteht.

208 Nach *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 20, verwendet auch das Einkommensteuergesetz die Begriffe als Synonyme.

209 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 5.

210 Statt vieler: BFH, Vorlagebeschluss v. 28.07.2004 – XI R 54/9, BStBl. II 2005, 262 (Tz. 39); *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 608; *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 8 Rz. 60.

ger als die im Duden enthaltene Definition. Im Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch deckt der steuerliche Verlust nicht das Verlieren als einzelnen Vorgang ab. Das Verlieren kann sich jedoch als Betriebsausgabe oder Werbungskosten, mithin als Teilbetrag des Saldos „Verlust“ auf dessen Höhe auswirken. Ein „Verlust“ kann sich im Einkommensteuerrecht auf unterschiedlichen Ebenen ergeben. So wird er teils als Saldo einer Einkunftsquelle (§ 15a Abs. 1 Satz 1 EStG), einer Einkunftsart (§ 20 Abs. 6 Satz 1 EStG) oder gar als Saldo der Summe der Einkünfte (§ 10d EStG) gebraucht. Dasselbe gilt für den Begriff der „negativen Einkünfte“.²¹¹

(2) Echter/unechter Verlust

Häufig erfolgt eine Kategorisierung des steuerlichen Verlustes in einen „echten“ und „unechten“ Verlust.²¹² Synonym dazu findet man die Begriffspaare „Substanzverlust“²¹³ und „Buchverlust“²¹⁴ oder „echten“ und „künstlichen“²¹⁵ respektive „fiktiven“²¹⁶ Verlust. Die Bezeichnung „unechter“ Verlust ist insoweit irreführend, als es sich auch dabei um einen steuerlich relevanten Verlust handelt.²¹⁷ Der „unechte“ Verlust unterscheidet sich lediglich insoweit von einem „echten“ Verlust, als im Zeitpunkt seiner Geltendmachung noch keine effektive Vermögenseinbuße, das heißt, noch keine tatsächliche Beeinträchtigung durch einen „Abfluss von Mit-

211 Dieser wird in § 2a EStG für die Bezeichnung des Saldos einer Einkunftsquelle, in § 39a Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Bstb. b EStG für den Saldo einer Einkunftsart und in § 10d EStG für den Saldo der Summe der Einkünfte herangezogen. Eine weitergehende Aufzählung zur Verwendung des Begriffs „negative Einkünfte“ enthält *Ratschow*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 2 EStG [Stand 11/2019] Rz. 62.

212 *Kirchhof*, in: von Groll (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2005), 1, 7; *Röder*, *Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht* (2010), S. 9.

213 *Nebe*, *Steuerliche Verlustberücksichtigung* (1999), S. 12.

214 Satt vieler: *Nebe*, *Steuerliche Verlustberücksichtigung* (1999), S. 13; *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2010), S. 54; *von Beckerath* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a EStG Rn. 4.

215 *Verfürth*, *Verlustrückstellungenverbote im Einkommensteuerrecht* (2002), S. 9 f.; *Röder*, *Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht* (2010), S. 9.

216 *Röder*, *Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht* (2010), S. 9.

217 Um diese Unklarheit zu beseitigen, werden für diese Verluste auch die Begriffe „fiktiv“ und „künstlich“ vorgeschlagen.

teln oder durch einen tatsächlichen Wertverzehr²¹⁸ beim Steuerpflichtigen eingetreten ist.²¹⁹ Wie der insoweit verständlichere Begriff „Buchverlust“ bereits indiziert, ist dies etwa der Fall, wenn durch eine Absetzung für Abnutzung mehr Aufwand generiert wird als die Höhe des tatsächlichen Wertverlustes.

(3) Steuerlich relevante Verluste

Gegenstand dieser Arbeit sind ausschließlich steuerlich relevante Verluste. Von vornherein nicht erfasst werden daher Verluste im nicht steuerbaren Bereich,²²⁰ sei es aufgrund fehlender objektiver (etwa Lotterie oder Schenkung)²²¹ oder subjektiver (etwa Liebhaberei)²²² Steuerbarkeit.²²³ Auch steuerliche Abzugsverbote führen im Ergebnis zu steuerlich nicht relevanten Verlusten. Dennoch sind sie relevant, soweit sie für die Verlustverrechnung und hier insbesondere für die Ermittlung des Verlustausgleichspotentials sowie des relevanten laufenden Verlusts respektive Gewinns eine Rolle spielen.²²⁴

(4) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung

Für die Frage, ob ein steuerlich relevanter Verlust vorliegt, ist infolge der partiellen Steuerrechtsfähigkeit der Personengesellschaft grundsätzlich auf die Gesellschaftsebene abzustellen.²²⁵ Ausnahmsweise kann sich trotz entsprechender Qualifikation als steuerlich relevanter Verlust für den einzelnen Gesellschafter Abweichendes ergeben. Dies ist der Fall, wenn für den einzelnen Gesellschafter die Einkünfteerzielungsabsicht abzulehnen

218 *Lehner*, in: *Lehner* (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 1, 9.

219 *Lehner*, in: *Lehner* (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 1, 9.

220 *Eckhoff*, in: von Groll (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2005), 11, 21.

221 Hier mangelt es bereits an einer Einkunftsart nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 7 EStG.

222 Hier fehlt die Einkünfteerzielungsabsicht; statt vieler: *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 8 Rz. 133.

223 *Thiemann*, *Verluste im Steuerrecht* (2020), S. 21.

224 S.u. D.II.7.a Deutschland.

225 S.o. C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

ist, da er etwa bewusst auf Gewinnchancen aus der Beteiligung verzichtet oder nur befristet beteiligt ist.²²⁶

Die Höhe des steuerlich relevanten Verlustes ergibt sich aus der Zusammenschau beider Stufen der Gewinnermittlung.²²⁷ Besonderheiten gelten bei den Verlustverrechnungsbeschränkungsnormen des § 15 Abs. 4 Sätze 6 bis 8 EStG sowie § 15a EStG. Diese knüpfen allein an den Verlust auf Ebene der Gesamthand an, ohne Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens.²²⁸

ii. Verlustverrechnung

Die Verlustverrechnung erfasst sowohl den Verlustausgleich als auch den Verlustabzug. Unter Verlustausgleich wird die *intra*periodische Verlustverrechnung verstanden, während der Verlustabzug die *inter*periodische Verlustverrechnung bezeichnet.²²⁹ Gemein ist ihnen, dass sie jeweils einen Saldo zwischen positiven und negativen Einkünften bilden, wobei der Verlustausgleich vor dem Verlustabzug erfolgt.²³⁰ Irrelevant sind dabei der negative Gesamtbetrag der Einkünfte sowie das negative Einkommen. Zwar stellen auch diese eine Saldogröße dar und können als solche ne-

226 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 183; zur zweistufigen Prüfung: Engel, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 88 ff.

227 Riegler/Riegler, DStR 2014, 1031, 1033; vgl. zur Gewinnermittlung bei transparenter Besteuerung: C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

228 Intemann, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 [Stand 08/2017] EStG Rz. 1592; Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 910; Riegler/Riegler, DStR 2014, 1031, 1033 f.; Rödder/Schumacher, DStR 2003, 805, 811; Götz/Bindl, GmbHHR 2009, 584, 585, die darüber hinaus auch Verluste aus der Ergänzungsbilanz von der Abzugsbeschränkung ausnehmen wollen; anders hingegen ein kleiner Teil der Literatur: Krumm, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 432, der sich bzgl. § 15 Abs. 4 Sätze 6 bis 8 EStG ausdrücklich gegen die h.M. ausspricht; sowie wohl die Finanzverwaltung in BMF, Schreiben v. 19.11.2008 – IV C 6-S 2119/07/10001, BStBl. I 2008, 970 (Tz. 2), wonach der Verlust „nach den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften“ ermittelt wird. Götz/Bindl, GmbHHR 2009, 584, 585 verstehen darunter, dass auch das Sonderbetriebsvermögen einzubeziehen sei. Zur vertieften Darstellung der Problematik wird auf die weitere Darstellung unter: D.I.1.b.i(1) Anteil am Verlust, verwiesen.

229 Statt vieler: Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 8 Rz. 61 f.

230 § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG; statt vieler: BFH, Urteil v. 18.12.1975 – IV R 188/71, BStBl. II 1976, 248 (Tz. 8); Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 8 Rz. 62; Lüdemann, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 63.

gativ werden,²³¹ sie unterliegen jedoch keiner Verlustverrechnung. Eine intraperiodische Verlustverrechnung scheidet schon systematisch aus, da es jeweils nur einen Gesamtbetrag der Einkünfte respektive ein Einkommen je Veranlagungszeitraum gibt. Eine interperiodische Verlustverrechnung scheidet aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 10d Abs. 1 und 2 EStG, der von „negativen Einkünften“ spricht, aus.²³²

(1) Verlustausgleich/intraperiodische Verlustverrechnung

Unter Verlustausgleich wird die intraperiodische Verrechnung von Verlusten begriffen.²³³ Dieser erfolgt in der Höhe grundsätzlich unbeschränkt und gliedert sich in einen horizontalen und einen vertikalen Verlustausgleich.²³⁴ Synonym ist auch von einem internen und externen Verlustausgleich die Rede.²³⁵ Der horizontale Verlustausgleich erfasst den Ausgleich negativer und positiver Einkünfte innerhalb einer Einkunftsart,²³⁶ während der vertikale Verlustausgleich den Ausgleich zwischen unterschiedlichen Einkunftsarten beschreibt.²³⁷ Der horizontale Verlustausgleich lässt

231 Etwa durch den Entlastungsbetrag für Alleinerziehende (§ 2 Abs. 3 EStG) bzw. einen Sonderausgabenabzug sowie durch außergewöhnliche Belastungen.

232 Eine Ausnahme besteht für Spenden, die nach § 10b Abs. 1 Satz 9 EStG unter Umständen in den folgenden Veranlagungszeiträumen als Sonderausgaben abzugsfähig sind.

233 Statt vieler: Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 8 Rz. 61; *Bühr*, *Verlustverrechnungsbeschränkungen im Einkommensteuerrecht* (1993), S. 12; *Schuch*, in: Lehner (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 63, 64.

234 Zum betragsmäßig unbeschränkten Verlustausgleich: *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2010), S. 60; zum horizontalen wie vertikalen Verlustausgleich statt vieler: Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 8 Rz. 61; *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2010), S. 59.

235 *Birk/Desens/Tappe*, *Steuerrecht* (2020), Rz. 610; *Thiemann*, *Verluste im Steuerrecht* (2020), S. 217.

236 Statt vieler: Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 8 Rz. 61; *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2010), S. 59; *Schuch*, in: Lehner (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 63, 64.

237 Statt vieler: Hey, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 8 Rz. 61; *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2010), S. 59 und BT-Drs. 7/1470, S. 238, wonach die Summe der Einkünfte „sowohl die Addition von positiven Ergebnissen der einzelnen Einkunftsquellen als auch das Ergebnis des innerhalb einer Einkunftsart [= horizontaler Verlustausgleich] oder zwischen

sich aus § 2 Abs. 2 EStG,²³⁸ der vertikale Verlustausgleich aus § 2 Abs. 3 EStG und der Bildung der „Summe der Einkünfte“ ableiten.²³⁹

Wie bereits im Verhältnis Verlustausgleich zu Verlustabzug herrscht auch hier ein Vorrangverhältnis. Hierbei genießt der horizontale Verlustausgleich den Vorrang,²⁴⁰ es sei denn, es sind tarifbegünstigte positive Einkünfte – etwa ein Veräußerungserlös gemäß §§ 16, 34 EStG – vorhanden.²⁴¹ Um die Begünstigung nicht zu konterkarieren, erfolgt in einem solchen Fall zunächst ein – horizontaler sowie vertikaler – Verlustausgleich der laufenden, nicht begünstigten Einkünfte. Erst im Anschluss erfolgt ein obligatorischer Ausgleich eines etwaig noch vorhandenen Verlustes mit den tarifbegünstigten Gewinnen.²⁴² Der Steuerpflichtige hat nicht die Möglichkeit, den tarifbegünstigten Gewinn zu versteuern und den verbleibenden Verlust gemäß § 10d EStG in einen anderen Veranlagungszeitraum zu übertragen.²⁴³ In diesem Zusammenhang gilt es zweierlei zu beachten. Zunächst genießt die Ausgleichsbeschränkung (zum Beispiel nach § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG oder § 15a EStG) bei laufenden Verlusten gegenüber dem eben Gesagten Vorrang.²⁴⁴ „Der laufende Verlust wird dann vorrangig zum Ausgleich mit den positiven Einkünften herangezogen, mit denen der Ausgleich nach der besonderen Regelung noch möglich ist“²⁴⁵. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei diesen positiven Einkünften um

verschiedenen Einkunftsarten [= vertikaler Verlustausgleich] vorzunehmenden Verlustausgleich“ umfasst.

238 Vgl. *Musil*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2 EStG [Stand 01/2019] Rz. 505: „Einkünfte“ einer Einkunftsart, erfasst das Gesamtergebnis aus dieser Einkunftsart, auch wenn es aus mehreren Einkunftsquellen stammt.

239 *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 610; anders: *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 217, der sowohl den vertikalen als auch den horizontalen Verlustausgleich der „Summe der Einkünfte“ in § 2 Abs. 3 EStG zuschreibt.

240 *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 60.

241 BFH, Urteil v. 14.07.2010 – X R 61/08, BStBl. II 2010, 1011 (Tz. 19); v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 21 ff.); v. 29.07.1966 – IV 299/65, BStBl. III 1966, 544 (Tz. 7); *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 60.

242 BFH, Urteil v. 13.08.2003 – XI R 27/03, BStBl. II 2004, 547 (Tz. 18); *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 60; *Musil*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2 EStG [Stand 01/2019] Rz. 567; *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2 Rz. 58.

243 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 22); *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 60.

244 BFH, Urteil v. 25.11.2014 – I R 84/13, BFH/NV 2015, 664 (Tz. 11); v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 21 ff.).

245 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 22).

tarifbegünstigte handelt.²⁴⁶ Mithin trifft hier wieder der Grundsatz zu: horizontaler vor vertikalem Verlustausgleich. Grund ist das Erfordernis eines nach allgemeinen Grundsätzen ausgleichsfähigen Verlusts im Rahmen eines vertikalen Verlustausgleichs gemäß § 2 Abs. 3 EStG.²⁴⁷ Unterliegt der Verlust einer Ausgleichsbeschränkung, erfüllt er diese Voraussetzung nicht. Etwas anderes gilt bei im Ergebnis steuerfreigestellten Einnahmen (zum Beispiel über einen Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG).²⁴⁸ Hier findet weder ein horizontaler noch ein vertikaler Verlustausgleich statt.²⁴⁹

(2) Verlustabzug/interperiodische Verlustverrechnung

Die Einkommensteuer ist eine Jahressteuer und wird als solche nach dem Prinzip der Abschnittsbesteuerung jährlich nach den in dem jeweiligen Jahr relevanten Steuermerkmalen neu veranlagt.²⁵⁰ Der Verlustabzug als interperiodische Verlustverrechnung²⁵¹ wurde 1975 erstmals für alle Einkunftsarten eingeführt und stellt in seinen beiden Ausprägungen des Verlustrücktrages (§ 10d Abs. 1 EStG) und des Verlustvortrages (§ 10d Abs. 2 EStG) eine Durchbrechung dieses Grundsatzes dar.²⁵² Diese Durchbrechung ist nach der herrschenden Meinung durch das Leistungsfähigkeitsprinzips geboten, da hierdurch Schwankungen zwischen den einzelnen Besteuerungsabschnitten bezogen auf die Einkünfte ausgeglichen werden.²⁵³

246 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 22).

247 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 22).

248 Weitere Beispiele bei: *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2 Rz. 58.

249 BFH, Urteil v. 16.12.1975 – VIII R 147/71, BStBl. II 1976, 360 (Tz. 11); *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2 Rz. 58.

250 §§ 2 Abs. 7 Satz 1, 25 Abs. 1, 36 Abs. 1 EStG; *von Groll*, in: Lehner (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 23, 25.

251 Statt vieler: *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 8 Rz. 62; *Birk/Desens/Tappe*, *Steuerrecht* (2020), Rz. 612; *Bühr*, *Verlustverrechnungsbeschränkungen im Einkommensteuerrecht* (1993), S. 12.

252 Statt vieler: *Holst*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2010), S. 59; *von Groll*, in: Lehner (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 23, 25; zur erstmaligen Einführung im Jahr 1975: *Ritter*, FR 1978, 397, 398.

253 *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), *Steuerrecht* (2018), § 8 Rz. 62; *Bühr*, *Verlustverrechnungsbeschränkungen im Einkommensteuerrecht* (1993), S. 11; *Lüdemann*, *Verluste bei beschränkter Haftung* (1998), S. 62; *von Groll*, in: Lehner (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 23, 26; *Herzig*, in: Lehner (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht*

Der Verlustabzug ist als notwendiges Gegengewicht zum Periodenprinzip zu sehen.²⁵⁴ Er trägt der Idealvorstellung einer Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit über die Totalperiode gemessen an dem Lebenseinkommen Rechnung.²⁵⁵

Im Unterschied zum Verlustausgleich erfolgt der Verlustabzug der Höhe nach beschränkt. Das soll vor allem zu einer Verstetigung des Steueraufkommens führen.²⁵⁶ Der Verlustvortrag ist gemäß § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG bis zu einem Gesamtbetrag der Einkünfte von 1 Million Euro (bei Zusammenveranlagung 2 Millionen Euro)²⁵⁷ unbeschränkt, darüber hinaus bis zu 60 Prozent des 1 Million Euro (beziehungsweise 2 Millionen Euro bei Zusammenveranlagung) übersteigenden Gesamtbetrags der Einkünfte abzugsfähig.²⁵⁸ Der verbleibende Verlust ist zeitlich unbeschränkt vortragsfähig.²⁵⁹ Der Verlustrücktrag hingegen unterliegt neben einer betragsmäßigen (1 Million Euro; bei Zusammenveranlagung 2 Millionen Euro) auch einer zeitlichen (§ 10d Abs. 1 Satz 1 EStG) Beschränkung.²⁶⁰ Ein Verlustrücktrag ist demgemäß nur in den unmittelbar vorangegangenen Veranlagungszeitraum möglich. Im Verhältnis Verlustrücktrag zu Verlustvortrag

(2004), 37, 51; BVerfG, Beschluss v. 30.09.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 (Tz. 39), sieht ein Erfordernis zumindest für die gleiche Einkunftsquelle; BFH, Urteil v. 28.04.2016 – IV R 20/13, BStBl. II 2016, 739 (Tz. 18) m.w.N., erweitert das Erfordernis auf die gleiche Einkunftsart; zum Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Abschnittsbesteuerung und dem Grundsatz des abschnittsübergreifenden Nettoprinzips: BVerfG, Kammerbeschluss v. 22.07.1991 – 1 BvR 313/88, DStR 1991, 1278 (Tz. 4). Nach a.A. handelt es sich bei dem Verlustabzug lediglich um eine Billigkeitsmaßnahme: *Söffing*, Steuerberaterkongress-Report 1977, 131 zitiert nach *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 614; kein Verfassungsgebot für einen Verlustrücktrag sieht *Thieman*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 315 ff.

254 BFH, Urteil v. 28.07.1961 – VI 25/61 U, BStBl. III 1961, 436 (Tz. 7); *Thieman*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 320; Letzterer stellt dabei fest, dass zwar in irgendeiner Form ein Mechanismus eines periodenübergreifenden Verlustausgleiches erforderlich ist, dass aber keine konkrete Ausgestaltung vorgegeben ist.

255 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band II (2003), S. 756; *Hey*, in: *Tipke/Lang* (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 8 Rz. 44; *Wertz*, Verlustverrechnungsbeschränkungen im Lichte der Verfassung (2003), S. 19; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 62; *Lang/Englisch*, StuW 2005, 3, 6 f. m.w.N.; Zweifel an dieser „Idealvorstellung“ äußert *Thieman*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 318, 326.

256 BT-Drs. 15/1518, S. 13; *Orth*, Fr 2005, 515, 516.

257 § 10d Abs. 2 Satz 2 EStG.

258 *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 612.

259 Statt vieler: *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 10d Rz. 31.

260 *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 612.

genießt der Verlustrücktrag von Amts wegen Vorrang.²⁶¹ Der Steuerpflichtige kann jedoch mittels Antrags auf einen Verlustrücktrag verzichten oder diesen der Höhe nach beschränken;²⁶² für den Verlustvortrag sieht das Gesetz diese Möglichkeit nicht vor.

Besonderheiten gelten in Folge der COVID-19 Pandemie für die Jahre 2020 und 2021. Um die Wirtschaft anzukurbeln und den Unternehmen dringend benötigte Liquidität zu verschaffen, werden für diese Jahre die Höchstbeträge des Verlustrücktrags auf 5 Millionen Euro respektive 10 Millionen Euro (bei Zusammenveranlagung) erhöht.²⁶³ Anpassungen für den Verlustvortrag wurden nicht vorgenommen. Allerdings wurden in §§ 110 und 111 EStG Regelungen kodifiziert, um einen vorläufigen (vermuteten) Verlustrücktrag für 2020 bereits unterjährig zu berücksichtigen. Ziel ist eine sofortige Liquiditätserleichterung. Dazu wurden Anpassungen sowohl für die Vorauszahlungen für den Veranlagungszeitraum 2019 (§ 110 EStG) als auch für die Veranlagung 2019 (§ 111 EStG) vorgenommen. Diese sehen eine Verlustvermutung pauschal in Höhe von 30 % des Gesamtbetrages der Einkünfte (ausgenommen Einkünfte aus nicht-selbstständiger Arbeit) des Jahres 2019 vor.²⁶⁴ Dem Steuerpflichtigen steht es frei, einen voraussichtlich höheren Verlustrücktrag für das Jahr 2020 nachzuweisen.²⁶⁵ Allerdings sind sowohl der vermutete als auch der voraussichtlich erwartete Verlustrücktrag maximal in Höhe von 5 Millionen Euro beziehungsweise 10 Millionen Euro (bei Zusammenveranlagung) zu berücksichtigen.²⁶⁶ Einzige Voraussetzung der Verlustvermutung im Rahmen der Anpassung der Vorauszahlungen ist die vorherige Herabsetzung der Vorauszahlungen für das Jahr 2020 auf null.²⁶⁷ Für die Berücksichtigung im Rahmen der Steuerfestsetzung für das Jahr 2019 muss die Abgabe einer Steuererklärung für das Jahr 2020 hinzukommen.²⁶⁸ Ferner darf hier die Veranlagung für das Jahr 2020 nicht vor der Veranlagung für das Jahr

261 § 10d Abs. 1 EStG.

262 § 10d Abs. 1 Sätze 5 und 6 EStG; eine betragsmäßige Beschränkung des Verlustrücktrages macht etwa Sinn, um tarifbegünstigte Gewinne, Sonderausgaben, außergewöhnliche Belastungen, sonstige Abzugsbeträge sowie den Grundfreibetrag zu nutzen. Es steht auch nicht § 42 AO entgegen, da das Gesetz eine betragsmäßige Beschränkung auf Antrag ausdrücklich vorsieht.

263 §§ 10d Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 18b EStG; BT-Drs. 19/20058, S. 1.

264 §§ 110 Abs. 1 Sätze 1 und 2, 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 EStG.

265 §§ 110 Abs. 2, 111 Abs. 2 EStG.

266 §§ 110 Abs. 3, 111 Abs. 3 EStG.

267 § 110 Abs. 1 Satz 3 EStG.

268 § 111 Abs. 5 EStG.

2019 durchgeführt werden.²⁶⁹ Mit der Veranlagung für das Jahr 2020 ist die Steuerfestsetzung für das Jahr 2019 entsprechend zu ändern.²⁷⁰

Auf die Frage, ob die betragsmäßige Beschränkung des Verlustrück- sowie -vortrages vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips durch das Ziel der Verstetigung der Staatseinnahmen gerechtfertigt ist, soll in dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Hierzu sei auf die beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfassungsbeschwerde zur Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Mindestbesteuerung sowie das vorgehende BFH-Urteil verwiesen.²⁷¹

(3) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung

Besonderheiten gilt es zunächst im Rahmen des Verlustausgleichs zu beachten. Zuerst findet auf Gesellschaftsebene ein Verlustausgleich statt, sofern diese Einkünfte aus verschiedenen Einkunftsquellen erwirtschaftet wurden.²⁷² Ein verbleibender ausgleichsfähiger Verlust wird sodann unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet. Auf Gesellschafterebene erfolgt unter Umständen ein weiterer Verlustausgleich, soweit der Gesellschafter neben seiner Gesellschaftsbeteiligung über weitere positive Einkünfte verfügt.²⁷³

Ein etwaiger Verlustabzug nach § 10d EStG wird allein auf Gesellschafterebene relevant, da nur dieser einen Gesamtbetrag der Einkünfte bildet.²⁷⁴ Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber den obigen Ausführungen.²⁷⁵

²⁶⁹ § 111 Abs. 7 EStG.

²⁷⁰ § 111 Abs. 6 EStG.

²⁷¹ BFH, Urteil v. 22.08.2012 – I R 9/11, BStBl. II 2013, 512; BVerfG, anhängiges Verfahren, 2 BvR 2998/12.

²⁷² S.o. C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

²⁷³ Vorausgesetzt, der Verlustausgleich wird nicht aufgrund einer Verlustverrechnungsbeschränkung ausgeschlossen. Siehe hierzu: C.I.1.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkungen.

²⁷⁴ Heinicke, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 10d Rz. 12.

²⁷⁵ S.o. C.I.1.c.ii(2) Verlustabzug/interperiodische Verlustverrechnung.

iii. Verlustverrechnungsbeschränkungen

Aus dem objektiven Nettoprinzip folgt grundsätzlich eine zeitlich und betragsmäßig unbeschränkte Verlustverrechnung.²⁷⁶ Ungeachtet der Frage, ob das objektive Nettoprinzip ein Prinzip von Verfassungsrang darstellt, handelt es sich bei einer Verlustverrechnungsbeschränkung um eine hiervon abweichende, rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.²⁷⁷ Soweit keine Definitiveffekte eintreten und damit nicht „die Abzugsfähigkeit von Verlusten [...] in ihrem Kernbereich betroffen und gänzlich ausgeschlossen“²⁷⁸ ist, genügt neben der Missbrauchsverhinderung unter anderem die Lenkungsfunction zur Rechtfertigung.²⁷⁹ Von wenigen Ausnahmen abgesehen ist den Verlustverrechnungsbeschränkungen im Einkommensteuergesetz gemein, dass sie lediglich zu einer zeitlichen Verlagerung und gerade nicht zu einem endgültigen Untergang von Verlustverrechnungspotential führen.²⁸⁰

276 *Herzig*, in: *Lehner* (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 37, 51.

277 BVerfG, Beschluss v. 06.07.2010 – 2 BvL 13/09, BStBl. II 2011, 318 (Tz. 40).

278 BFH, Urteil v. 22.08.2012 – I R 9/11, BStBl. II 2013, 512 (Tz. 21), in den folgenden Textziffern mit dem Hinweis, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, solange kein Definitiveffekt eintritt; BVerfG, anhängiges Verfahren, 2 BvR 2998/12.

279 Zur Rechtfertigung einer Verlustverrechnungsbeschränkung aus Gründen der Missbrauchsverhinderung: BT-Drs. 16/107, S. 4, zu § 15b EStG; zur Lenkungsfunction als Rechtfertigungsgrund: BT-Drs. VI/1934, S. 2; BT-Drs. VI/2350 neu, Vorblatt, jeweils zu der mittlerweile in § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG geregelten Verlustverrechnungsbeschränkung bei gewerblicher Tierzucht und Tierhaltung.

280 Zu Definitiveffekten kann es etwa bei § 10d EStG mit dem Tod des Steuerpflichtigen oder auch bei § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG kommen. Zu Zweifeln der Verfassungsmäßigkeit von Definitiveffekten bei § 10d EStG: BFH, Beschluss v. 26.08.2010 – I B 49/10, BStBl. II 2011, 826 (Tz. 16 ff.); sowie zur Verfassungsmäßigkeit des § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG aus Gründen der Missbrauchsverhinderung: BFH, Urteil v. 14.06.2005 – VIII R 20/04, BFH/NV 2005, 2202 (Tz. 33 ff.); *Röder*, *Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht* (2010), S. 335 f.

(1) Kategorisierung der Verlustverrechnungsbeschränkungen

Ein in sich geschlossenes System der Verlustverrechnungsbeschränkungen ist dem Einkommensteuerrecht fremd.²⁸¹ Vielmehr wurden die Beschränkungsnormen nach und nach zur Vermeidung von als missbräuchlich (§ 15b EStG), als misslich (§ 15a EStG) oder als ungerecht (§ 15 Abs. 4 Satz 1 EStG) empfundenen Steuergestaltungen fortentwickelt.²⁸² Die Vorschriften wurden damit nicht proaktiv, sondern reaktiv eingeführt.²⁸³ Im Folgenden soll dennoch eine Kategorisierung der einzelnen Verlustverrechnungsbeschränkungen des Einkommensteuergesetzes anhand des Anknüpfungspunktes der Verlustverrechnungsbeschränkung versucht werden.

Einkunftsquellenbezogene Verlustverrechnungsbeschränkung

Einige Verlustverrechnungsbeschränkungen knüpfen an die engstmögliche Verlustkategorie, nämlich die Einkunftsquelle, an.²⁸⁴ Hierzu zählt etwa § 15a EStG.²⁸⁵ Dieser beinhaltet für Kommanditisten und vergleichbar beschränkt haftende Unternehmer eine Beschränkung, soweit ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht und keine erweiterte Verlustverrechnung vorliegt. Diese Verluste sind ausschließlich mit künftigen Gewinnen aus derselben Beteiligung verrechenbar. Vergleichbares gilt im Rahmen des § 15 Abs. 4 Sätze 6 bis 8 EStG. Stammen Verluste aus einer Innengesellschaft an einer Kapitalgesellschaft, bei der der Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist, sind diese ausschließlich mit Gewinnen des Vorjahres oder mit künftigen Gewinnen aus derselben Beteiligung

281 Heintzen, in: von Groll (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2005), 163, 167; Herzig, in: Lehner (Hrsg.), *Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht* (2004), 37, 51.

282 Zu § 15b EStG: BT-Drs. 16/107, S. 4; zu § 15a EStG: BT-Drs. 8/3648, S. 16; § 15a wurde zur Einschränkung der Betätigungsmöglichkeiten von Verlustzuweisungsgesellschaften eingeführt; zu § 15 Abs. 4 Satz 1 EStG: BT-Drs. VI/1934, Vorblatt: mithilfe des § 15 Abs. 4 Satz 1 EStG soll die Wettbewerbsfähigkeit der echten landwirtschaftlichen Veredelungsbetriebe erhalten werden.

283 Heintzen, in: von Groll (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht* (2005), 163, 166 f.; Raupach/Böckstiegel, FR 1999, 617, 617.

284 Musil, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2 EStG [Stand 01/2019] Rz. 76; Lüdemann, *Verluste bei beschränkter Haftung* (1998), S. 70.

285 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18).

nach Maßgabe des § 10d EStG zu verrechnen.²⁸⁶ Für jede Beteiligung ist mithin ein eigener Verrechnungskreis zu führen.²⁸⁷

Ferner fällt § 15b EStG unter diese Kategorie der einkunftsquellenbezogenen Verlustverrechnungsbeschränkungen. § 15b EStG schränkt die Verlustverrechnung im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell ein. § 15b Abs. 1 EStG nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf das nämliche Steuerstundungsmodell als Einkunftsquelle. Außerhalb dieser Einkunftsquelle ist eine Verlustverrechnung ausgeschlossen.²⁸⁸

Eine weitere einkunftsquellenbezogene Verlustverrechnungsbeschränkung ist § 15 Abs. 4 Sätze 6 und 7 EStG.²⁸⁹ Diese Vorschrift beschränkt die Verrechnung von Verlusten aus mitunternehmerischen Innengesellschaften zwischen Kapitalgesellschaften nach Maßgabe des § 10d EStG auf Gewinne aus derselben Innengesellschaft.²⁹⁰

Tätigkeitsbezogene Verlustverrechnungsbeschränkung

Einen etwas weiteren Anwendungsbereich hat § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG. Danach dürfen Verluste aus gewerblicher Tierzucht oder gewerblicher Tierhaltung weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Anders als es auf den ersten Blick scheinen mag, handelt es sich hierbei nicht um eine einkunftsquellenbezogene Beschränkung; vielmehr bildet § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG einen weiteren Verrechnungskreis als etwa § 15a EStG. Denn § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG ermöglicht eine Verrechnung mit anderen Einkunftsquellen, mit denen ebenfalls Einkünfte aus gewerblicher Tierzucht oder gewerblicher Tierhaltung erzielt werden.²⁹¹ So kann ein Steuerpflichtiger über mehrere Beteiligungen an unterschiedlichen Personengesellschaften, mithin aus unterschiedlichen Einkunftsquellen, Einkünfte dieser Art erzielen. Ist ihm aus einer oder mehrerer dieser Beteiligungen ein Verlust zuzurechnen, kann er diesen mit Gewinnen

286 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 910, wonach die gleichen Grundsätze wie bei § 15a Abs. 2 EStG gelten sollen; Intemann, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 1598, mit weitergehenden Ausführungen.

287 Intemann, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 1595.

288 § 15b Abs. 1 Sätze 1 und 2 EStG.

289 BMF, Schreiben v. 19.11.2008 – IV C 6-S 2119/07/10001, BStBl. I 2008, 970 (Tz. 1); Riegler/Riegler, DStR 2014, 1031, 1034; Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 910; Intemann, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 1596.

290 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 910.

291 Werz, Verlustverrechnungsbeschränkungen im Lichte der Verfassung (2003), S. 33; Lüdemann, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 70, Fn. 156.

aus den anderen Beteiligungen verrechnen.²⁹² Entsprechendes gilt für die Beschränkungsnorm des § 15 Abs. 4 Sätze 3 bis 5 EStG. Dieser schränkt die Verlustverrechnung bezogen auf Termingeschäfte ein.²⁹³

Ebenfalls unter die Gruppe der tätigkeitsbezogenen Verlustverrechnungsnormen fällt § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG. Demnach können Verluste im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, die aus der Veräußerung von Aktien resultieren, lediglich mit Gewinnen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, die aus der Veräußerung von Aktien entstehen, ausgeglichen werden.

Ferner gehören die Beschränkungen nach § 22 Nr. 3 Sätze 3 und 4 EStG sowie § 23 Abs. 3 Sätze 7 und 8 EStG zu den tätigkeitsbezogenen Verlustverrechnungsbeschränkungen. § 22 Nr. 3 Sätze 3 und 4 EStG enthält über eine vertikale Verlustausgleichsbeschränkung hinaus auch eine Beschränkung innerhalb der Einkunftsart des § 22 EStG auf eine ganz bestimmte Art von sonstigen Einkünften. Eine vergleichbare Regelung beinhaltet § 23 Abs. 3 Sätze 7 und 8 EStG. Auch hier wird die Verlustverrechnung auf eine bestimmte Art der sonstigen Einkünfte, namentlich die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften (§§ 22 Nr. 2, 23 EStG), beschränkt. Im Rahmen der privaten Veräußerungsgeschäfte erfolgt keine weitere Differenzierung. Hier können Gewinne und Verluste der unterschiedlichen Tatbestände des § 23 EStG miteinander verrechnet werden.²⁹⁴ Eine Verlustverrechnung mit anderen sonstigen Einkünften im Sinne des § 22 EStG scheidet dagegen ebenso aus wie mit anderen Einkunftsarten.²⁹⁵

Auch § 2a EStG ist unter diese Kategorie zu fassen.²⁹⁶ Diese Vorschrift enthält insofern eine weitere Beschränkung, als sie nicht allein an die Tätigkeit, sondern auch an den jeweiligen Staat anknüpft. Es können mithin lediglich Verluste mit positiven Einkünften derselben Art (beziehungsweise in Fällen des § 2a Abs. 1 Nr. 7 EStG „mit positiven Einkünften [...] auf

292 R 15.10 EStR; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 896.

293 § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG verweist für eine entsprechende Anwendbarkeit auf § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG.

294 *Leister*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 23 EStG [Stand 12/2019] Rz. 210; *Musil*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 23 EStG [Stand 05/2017] Rz. 320.

295 § 23 Abs. 3 Sätze 7 und 8 EStG, *Musil*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 23 EStG [Stand 05/2017] Rz. 320; *Glenk/Ratschow*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 23 EStG [Stand 06/2018] Rz. 233.

296 BFH, Urteil v. 13.05.1993 – IV R 69/92, BFH/NV 1994, 100 (Tz. 16); *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2a Rz. 6; *Herkenroth/Striegel*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2a EStG [Stand 01/2014] Rz. 77; *Wagner*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 2a EStG [Stand 12/2018] Rz. 139.

Grund von Tatbeständen der jeweils selben Art“) und aus demselben Staat verrechnet werden.²⁹⁷

Einkunftsartenbezogene Verlustverrechnungsbeschränkung

Einen noch weiteren Verrechnungskreis haben die einkunftsartbezogenen Beschränkungsnormen. Diese schließen lediglich eine Verlustverrechnung mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten aus. Hierunter zählt § 20 Abs. 6 EStG, der für Verluste aus Kapitalvermögen regelt, dass diese nicht mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden dürfen; nicht erfasst werden jedoch Verluste im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, die aus der Veräußerung von Aktien resultieren. Für diese greift der speziellere § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG.

Einkunftsartenübergreifende Verlustverrechnungsbeschränkung

Daneben gibt es mit § 10d EStG eine einkunftsartenübergreifende Verlustverrechnungsbeschränkung. Dieser begrenzt die interperiodische Verlustverrechnung in betragsmäßiger wie auch – bezogen auf den Verlustrücktrag – in zeitlicher Hinsicht, ohne zwischen unterschiedlichen Einkunftsarten zu differenzieren. Die Beschränkung knüpft vielmehr nach Vornahme des horizontalen und vertikalen Verlustausgleichs an die Einkünfte an, die bei der Ermittlung des Gesamtbetrags der Einkünfte nicht ausgeglichen wurden.²⁹⁸

In diesem Zusammenhang ist auch § 34a Abs. 8 EStG zu nennen. Dieser verbietet sowohl einen Verlustausgleich wie auch einen Verlustabzug mit ermäßigt besteuerten Gewinnen. Da die Norm an das zu versteuernde Einkommen anknüpft und somit einen Verlustausgleich sowie Verlustabzug voraussetzt, kommt ihr ein eigener Anwendungsbereich etwa bei einer Änderungsveranlagung zu.²⁹⁹ Wurde der Bescheid zunächst unter

297 § 2a Abs. 1 Satz 1 EStG. Eine Ausnahme besteht jedoch für § 2a Abs. 1 Satz 6 Bstb. b EStG; für die Verrechnung dieser Verluste ist es nicht erforderlich, dass die positiven Einkünfte aus demselben Staat stammen.

298 § 10d Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 EStG.

299 BFH, Urteil v. 20.03.2017 – X R 65/14, BStBl. II 2017, 958 (Tz. 44 ff.); Reddig, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 34a Rz. 18, 82; Bodden, FR 2012, 68, 70; Ratschow, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 34a EStG [Stand 10/2018] Rz. 85; Niehus/Wilke, in: H/H/R, EStG/KStG, § 34a EStG [Stand 10/2017] Rz. 115; a.A.: Bäumer, DStR 2007, 2089, 2091; Crezelius, in: Kirchhof/Nieskens (Hrsg.), FS für Wolfram Reiß (2008), 399, 410, die beide die begünstigten Gewinne bereits auf Ebene der Einkommensermittlung von einem Verlustausgleich sowie -abzug ausnehmen möchten; Wacker, FR 2008, 605, 607, wonach § 34a Abs. 8 EStG gar kein Anwendungsbereich zukommen soll, er mithin gegenstandslos sei.

der Prämisse eines positiven zu versteuernden Einkommens und unter Berücksichtigung eines ermäßigt zu versteuernden Gewinnes nach § 34a EStG erlassen und stellt sich hinterher heraus, dass zunächst nicht berücksichtigte Verluste vorliegen, dürfen diese nicht mit dem bereits ermäßigt besteuerten Gewinn verrechnet werden.³⁰⁰ Dies gilt gleichermaßen für den Verlustausgleich wie auch für den Verlustabzug.³⁰¹ Der Steuerpflichtige kann jedoch unter den Voraussetzungen des § 34a Abs. 1 Satz 4 EStG seinen ursprünglichen Antrag ganz oder teilweise zurücknehmen, um doch eine Verlustverrechnung zu erreichen.³⁰²

Verlustverrechnungsverbot

Nicht einwandfrei in die obigen Kategorien der Verlustverrechnungsbeschränkungen einsortieren lässt sich § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG. Diese Vorschrift zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass sie bei Vorliegen der Voraussetzungen im Grundsatz nicht lediglich zu einer zeitlichen Streckung der Verlustgeltendmachung führt, sondern von vornherein auf einen endgültigen Untergang der Verluste abzielt. Sie könnte daher auch gänzlich nicht als eine Verlustverrechnungsbeschränkung, sondern vielmehr als ein Verlustverrechnungsverbot qualifiziert werden. Auch wenn die Regelung gezielt zu einem endgültigen Untergang von Verlusten führt, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da sie zielgenau, wenn auch typisierend, Missbrauchsfälle erfasst.³⁰³

(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung

Für die Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung gilt das zur Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung Gesagte entsprechend.³⁰⁴ Soweit ein Verlustausgleich und ein Verlustabzug sowohl auf Gesellschaftsebene als auch auf Gesellschafterebene durchzuführen sind, sind hier jeweils die einschlägigen Ver-

300 BFH, Urteil v. 20.03.2017 – X R 65/14, BStBl. II 2017, 958 (Tz. 46).

301 Reddig, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 34a Rz. 18 f.

302 Wacker, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 34a Rz. 37; Reddig, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 34a Rz. 19; Niebus/Wilke, in: H/H/R, EStG/KStG, § 34a EStG [Stand 10/2017] Rz. 115.

303 BFH, Urteil v. 14.06. 2005 – VIII R 20/04, BFH/NV 2005, 2202 (Tz. 42 ff.); Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 335 f.

304 S.o. C.I.1.c.ii(3) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung.

lustverrechnungsbeschränkungen zu beachten. So ist § 15a EStG bereits auf Gesellschaftsebene anzuwenden, sofern diese Kommanditistin einer anderen Personengesellschaft ist.³⁰⁵ Erst der danach ausgleichsfähige Verlust wird den Gesellschaftern zugerechnet. Dieser Verlust kann bei dem einzelnen Gesellschafter wiederum der Ausgleichsbeschränkung des § 15a EStG unterliegen. Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 10d EStG findet dagegen nach der Systematik des Einkommensteuergesetzes nur auf Ebene der Gesellschafter Anwendung.³⁰⁶

§ 15a EStG kommt im Rahmen der transparenten Besteuerung eine signifikante Rolle zu. Zweck der Vorschrift ist es, die Verlustverrechnung des einzelnen Gesellschafters an dessen Haftungsrisiko zu koppeln.³⁰⁷ Hierzu begrenzt die Vorschrift den Verlustausgleich der beschränkt haftenden Gesellschafter grundsätzlich auf die Höhe ihres Kapitalkontos.³⁰⁸ Daneben sieht die Norm in § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG einen erweiterten Verlustausgleich speziell für die Haftung des Gesellschafters nach § 171 Abs. 1 HGB vor.³⁰⁹

Eine weitere, ausschließlich im Rahmen der transparenten Besteuerung anwendbare Verlustverrechnungsbeschränkung stellt § 34a Abs. 8 EStG dar. Danach dürfen „negative Einkünfte [...] nicht mit ermäßigt besteuerten Gewinnen im Sinne von Absatz 1 Satz 1 ausgeglichen werden; sie dürfen insoweit auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden“³¹⁰.

d. Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips

Um die Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung systemisch einordnen zu können, sollen nachfolgend Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung im Rahmen des Trennungsprinzips thematisiert werden. Dies erfolgt mittels Bezugnahme auf die Besteuerung von Kapitalgesellschaften und deren Anteilseignern.³¹¹

305 Grobshäuser et al., Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 307.

306 S.o. C.I.1.c.ii(3) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung.

307 S.u. D.I.1.a Hintergrund.

308 § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG; im Übrigen s.u.: D.I.1.b Regelung im Einzelnen.

309 Zur detaillierten Darstellung des § 15a EStG s.u.: D.I.1 Bundesrepublik Deutschland: Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15a EStG.

310 S.o. C.I.1.c.iii(1) Kategorisierung der Verlustverrechnungsbeschränkungen.

311 Seit dem 01.01.2022 steht Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften die Option offen, für Zwecke der Besteuerung nach dem Einkommen wie eine

Parallel zur transparenten Besteuerung ermittelt sich der Verlust auch bei den Kapitalgesellschaften als Saldogröße zwischen den Einnahmen und den hierdurch veranlassten Aufwendungen. Es ergeben sich insoweit keine Abweichungen zu den obigen Ausführungen.³¹² Ebenso nimmt die Kapitalgesellschaft einen einkunftsquellenübergreifenden Verlustausgleich vor. Allerdings stellt sich auf Kapitalgesellschaftsebene nicht die Frage eines vertikalen Verlustausgleichs.³¹³ Diese erzielen nach § 8 Abs. 2 KStG ausschließlich gewerbliche Einkünfte.³¹⁴ Bei ihnen stellt sich lediglich die Frage nach einem horizontalen Verlustausgleich, wobei über § 8 Abs. 1 KStG auch hier die für gewerbliche Einkünfte einschlägigen Verlustverrechnungsnormen des Einkommensteuergesetzes (§§ 2a, 15 Abs. 4, 15a und 15b EStG) zu beachten sind.³¹⁵ So kann eine Kapitalgesellschaft Einkünfte aus einer gewerblichen Tierzucht/Tierhaltung oder aus einer Beteiligung als Kommanditistin an einer Kommanditgesellschaft erzielen. Bei den nicht unter § 8 Abs. 2 KStG fallenden Körperschaften sind ergänzend auch der vertikale Verlustausgleich³¹⁶ sowie die einkunftsartbezogenen Verlustverrechnungsbeschränkungen nach §§ 17 Abs. 2 Satz 6, 20 Abs. 6,

Kapitalgesellschaft und ihre Gesellschafter wie die nicht persönlich haftenden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft behandelt zu werden. Üben sie diese Option aus, gelten die nachfolgenden Erläuterungen zum Trennungsprinzip für sie entsprechend. Eine Ausnahme gilt für die Ausführungen zur Organschaft, da die optierende Gesellschaft nach Ansicht des BMF nicht Organgesellschaft sein kann, BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 56).

312 S.o. C.I.1.c.i(1) Verlust – Gegenstand.

313 *Intemann*, in: Rödter/Herlinghaus/Neumann, KStG, 1. Auflage 2015, § 8 Rz. 65; *Schallmoser*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 8 KStG [Stand 03/2017] Rz. 57; *Staats*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 8 KStG [Stand 09/2012] Rz. 558; a.A.: *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 87, wonach auch ein horizontaler Verlustausgleich bei Kapitalgesellschaften nicht stattfinden soll, da lediglich ein einziger Gewerbebetrieb vorliege, wobei insoweit nicht auf die Differenzierung in und Verrechnung zwischen den einzelnen Einkunftsquellen, wie dies etwa bei § 15a EStG der Fall ist, eingegangen wird.

314 *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 87.

315 R 8.1. Abs. 1 Nr. 1 KStR; *Rengers*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 8 KStG [Stand 08/2017] Rz. 45, 47; *Pung*, in: Preißer/Pung (Hrsg.), Die Besteuerung der Personen- und Kapitalgesellschaften (2012), S. 1029; zur Anwendbarkeit des § 15 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EStG auf Kapitalgesellschaften auch: BFH, Urteil v. 08.11.2000 – I R 10/98, BStBl. II 2001, 349 (Tz. 37 ff.).

316 *Intemann*, in: Rödter/Herlinghaus/Neumann, KStG, 1. Auflage 2015, § 8 Rz. 30, 65; *Staats*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 8 KStG [Stand 09/2012] Rz. 558.

22 Nr. 3, 23 Abs. 3 EStG zu berücksichtigen.³¹⁷ Unabhängig von der Art der Körperschaft findet zudem der Verlustabzug nach § 10d EStG über § 8 Abs. 1 KStG für einen etwaig verbleibenden negativen Gesamtbetrag der Einkünfte Anwendung.³¹⁸ Während bei Verlusten einer Personengesellschaft der Verlustabzug und damit auch die Grenzen des § 10d EStG für jeden Gesellschafter gesondert anzuwenden sind (mithin eine Vervielfältigung stattfinden kann), kann im Rahmen der Verluste einer Körperschaft nur diese selbst, unabhängig von der Anzahl ihrer Gesellschafter, die Grenzen nach § 10d EStG in Verbindung mit § 8 Abs. 1 KStG ausschöpfen.³¹⁹

Das Trennungsprinzip wird durch die Verlustabzugsregeln in §§ 8c, 8d KStG insoweit durchbrochen, als eine Veränderung der Anteilseignerverhältnisse (schädlicher Beteiligungserwerb) Auswirkungen auf die Verluste der Körperschaft in Form eines (ganz oder teilweisen) Verlustunterganges zeitigen kann.³²⁰ § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG wurde in seiner Fassung bis zur Einführung des § 8d KStG teilweise für verfassungswidrig erklärt, da unter anderem Verluste der Kapitalgesellschaft bei einem qualifizierten Gesellschafterwechsel untergingen.³²¹

Ein grundlegender Unterschied im Rahmen der Verlustverrechnung gegenüber der transparenten Besteuerung existiert auf Gesellschafterebene. Während im Rahmen der transparenten Besteuerung die Gesellschaftsverluste unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet und durch diese, unter Berücksichtigung etwaiger Beschränkungsnormen, geltend gemacht werden,³²² werden die Verluste der Kapitalgesellschaft aufgrund des Trennungsprinzips durch die Kapitalgesellschaft „abgeschottet“ (sogenannter

317 *Rengers*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 8 KStG [Stand 08/2017] Rz. 47; *Gosch*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 17 Rz. 6; *Schmidt*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 17 EStG [Stand 08/2018] Rz. 21, wobei § 8b KStG i.d.R. *lex specialis* gegenüber § 17 EStG ist.

318 *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 87; *Pung*, in: Preißer/Pung (Hrsg.), Die Besteuerung der Personen- und Kapitalgesellschaften (2012), S. 1028.

319 *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 87; *Pung*, in: Preißer/Pung (Hrsg.), Die Besteuerung der Personen- und Kapitalgesellschaften (2012), S. 1028.

320 *Brandis*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 8c KStG [Stand 05/2020] Rz. 22; *Schirmer*, StStud 2012, 139, 143.

321 BVerfG, Beschluss v. 29.03.2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106 (Tz. 115 ff.).

322 S.o. C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung, sowie C.I.1.c.iii(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung.

Lock-In-Effekt).³²³ Eine unmittelbare Zurechnung an die Anteilseigner unterbleibt. Die Verluste verbleiben auf Ebene der Kapitalgesellschaft und wirken sich ausschließlich bei dieser unter Berücksichtigung etwaiger Beschränkungsnormen auf deren Körperschaftsteuerschuld aus. Bei den Gesellschaftern wirken sich diese Verluste allenfalls mittelbar aus, etwa in Form eines aufgrund der in der Gesellschaft angefallenen Verluste reduzierten Veräußerungserlöses bei einer späteren steuerbaren Veräußerung oder in Form einer Teilwertberichtigung.³²⁴ Letzteres kommt in Betracht, wenn der Gesellschafter seinen Kapitalgesellschaftsanteil in seinem Betriebsvermögen hält. Hier kommt ihm gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2 und 3, Nr. 1 Sätze 3 und 4 EStG unter Umständen die Möglichkeit einer Teilwertabschreibung auf seinen Anteil zu, unter Berücksichtigung des Teileinkünfteverfahrens gem. §§ 3 Nr. 40 Bstb. a, 3c Abs. 2 EStG.³²⁵

Bei der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen im Privatvermögen hat eine Differenzierung in eine wesentliche oder nicht wesentliche Beteiligung nach § 17 EStG zu erfolgen.³²⁶ Mangelt es an einer wesentlichen Beteiligung, führt die Veräußerung zu Kapitaleinkünften nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG mit der Folge, dass ein Verlustausgleich und Verlustabzug mit anderen Einkünften nach § 20 Abs. 6 EStG ausgeschlossen ist. Bei einem etwaigen Veräußerungsverlust aus Aktien kann dieser nach § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG sogar nur mit Gewinnen derselben Art ausgeglichen und von solchen in den folgenden Veranlagungszeiträumen abgezogen werden. Darüber hinaus findet über § 20 Abs. 7 EStG auch § 15b EStG (Verlustverrechnungsbeschränkung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen) auf Verluste aus Kapitalvermögen Anwendung. Handelt es sich dagegen um eine wesentliche Beteiligung nach § 17 EStG, führt die Veräußerung zu gewerblichen Einkünften. Statt des § 20 Abs. 6 EStG ist § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG zu berücksichtigen.³²⁷ Zudem finden

323 *Balmes*, in: Pelka (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform (2001), 25, 27; *Hennrichs*, FR 2010, 721, 721; *Herzig/Bohn*, DB 2006, 1, 6; *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 87.

324 *Kulosa*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 6 Rz. 281 f.; *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 88; eine mittelbare Auswirkung im Rahmen einer steuerbaren Anteilsveräußerung ergibt sich etwa unter den Voraussetzungen des § 17 EStG oder des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, oder wenn die Anteile im Betriebsvermögen gehalten werden.

325 *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 88.

326 *Heinhold et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2015), S. 87.

327 Siehe Ausführungen unter: C.I.1.c.iii(1) Kategorisierung der Verlustverrechnungsbeschränkungen.

auch hier die Verluste nach dem Teileinkünfteverfahren gem. §§ 3 Nr. 40 Bstb. c, 3c Abs. 2 EStG nur zu 60 % Berücksichtigung.³²⁸ Abweichendes gilt, wenn es sich auch bei dem Anteilseigner um eine Körperschaft handelt. In diesem Fall scheidet eine Gewinnminderung durch Teilwertabschreibung ebenso aus (§ 8b Abs. 3 Satz 3 KStG) wie die Berücksichtigung eines Veräußerungsverlustes infolge einer Minderung des Verkaufspreises (§ 8b Abs. 2, Abs. 3 Satz 3 KStG).

Eine Ausnahme vom Trennungsprinzip bestand ferner bei Verlusten aus neu erworbenen Auslandsbeteiligungen nach § 3 AuslInvG für Wirtschaftsjahre, die vor dem 1. Januar 1990 endeten³²⁹ sowie aktuell bei den bereits angesprochenen persönlich haftenden Gesellschaftern einer KGaA.³³⁰ Im erstgenannten Fall wirkten sich die Verluste der ausländischen Kapitalgesellschaft bei dem Anteilseigner durch die Möglichkeit, eine gewinnmindernde Rücklage zu bilden, unmittelbar aus,³³¹ wohingegen im letztgenannten Fall eine generelle Abkehr vom Trennungsprinzip hin zum Transparenzprinzip erfolgt.³³²

Eine weitere signifikante Durchbrechung des Trennungsprinzips stellt die körperschaftsteuerliche Organschaft dar. Diese bewirkt die unmittelbare Zurechnung von Gewinnen und Verlusten der Organgesellschaft an den Organträger.³³³ Neben gewissen Voraussetzungen an die Person der Organgesellschaft sowie des Organträgers und einer finanziellen Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger ist das Herzstück ein zivilrechtlich wirksam geschlossener Ergebnisabführungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG.³³⁴ Die unmittelbare Ergebnis- und insbesondere Verlustzurechnung an den Organträger ist gerechtfertigt, da dieser über den Ergebnisabführungsvertrag die Verluste der Organgesellschaft auch

328 *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 17 EStG [Stand 05/2019] Rz. 774.

329 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 63 f. in Fn. 125; zum zeitlichen Anwendungsbereich: § 8 Abs. 4 AuslInvG; § 3 AuslInvG ermöglichte unter bestimmten Voraussetzungen steuerlich die Bildung einer gewinnmindernden Rücklage für Verluste aus Kapitalgesellschaftsbeteiligungen.

330 Hier findet das Transparenzprinzip Anwendung, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG.

331 § 3 AuslInvG.

332 § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG.

333 *Desens*, in: H/H/R, EStG/KStG, Einführung zum KStG [Stand 02/2020] Rz. 110.

334 § 14 Abs. 1 KStG; zum Erfordernis eines zivilrechtlich wirksamen Ergebnisabführungsvertrages: R 14.5 Abs. 1 KStR; *Kolbe*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 14 KStG [Stand 06/2019] Rz. 65.

tatsächlich trägt.³³⁵ Mithin wird die Abschirmwirkung der Organgesellschaft auch zivilrechtlich durchbrochen.³³⁶

e. Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung

Im Nachfolgenden soll unter Einbeziehung der bisher gewonnenen Erkenntnisse der Frage nachgegangen werden, ob es im deutschen Steuerrecht eine Grundentscheidung des Gesetzgebers gibt, die Möglichkeit und den Umfang der steuerlichen Verlustverrechnung entsprechend der zivilrechtlichen Haftung des Gesellschafters zu regeln.

Vorab ist zu konstatieren, dass keine obligatorische Bindung des Steuerrechts an das Zivilrecht existiert.³³⁷ Vielmehr sind das „Zivilrecht und Steuerrecht nebengeordnete, gleichrangige Rechtsgebiete“³³⁸. Eine zivilrechtliche Grundentscheidung muss folglich nicht zwingend im Steuerrecht nachvollzogen werden. Zur Bestimmung eines Konnexes zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung sind mithin die einzelnen gesetzlichen Regelungen isoliert zu untersuchen. Hierzu müssen zunächst zwei Ebenen unterschieden werden. Auf der ersten Ebene erfolgt eine Differenzierung anhand der Gesellschaftsform (Kapitalgesellschaft versus Personengesellschaft). Im Kern geht es um die Frage, ob der Gesetzgeber eine dualistische oder eine einheitliche Unternehmensbesteuerung verfolgt und ob sich daraus bereits eine Grundentscheidung des Gesetzgebers zum Verhältnis der zivilrechtlichen Haftung zur steuerlichen Verlustverrechnung ableiten lässt.

Nimmt man auf der ersten Ebene jeweils die Grundform der Körperschaften (eingetragener Verein)³³⁹ und der Personengesellschaften (GbR)³⁴⁰ in den Blick, unterscheiden sich deren Haftungssysteme grundlegend. Während für die Verbindlichkeiten des eingetragenen Vereins grundsätzlich nur dessen Vereinsvermögen haftet,³⁴¹ haften bei der GbR

335 *Desens*, in: H/H/R, EStG/KStG, Einführung zum KStG [Stand 02/2020] Rz. 110.

336 *Desens*, in: H/H/R, EStG/KStG, Einführung zum KStG [Stand 02/2020] Rz. 110.

337 *Hennrichs/Lehmann*, StuW 2007, 16, 20.

338 BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90, BStBl. II 1992, 212 (Tz. 9).

339 §§ 21, 55 ff. BGB; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht (2018), S. 6.

340 § 705 BGB.

341 § 21 BGB; gleiches gilt für die GmbH (§ 13 Abs. 2 GmbHG) sowie die AG (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AktG); abweichendes gilt für die KGaA (§ 278 Abs. 1 AktG);

auch deren Gesellschafter persönlich, unmittelbar, primär, auf das Ganze und unbeschränkt.³⁴²

Die zweite Ebene nimmt die verschiedenen Gesellschafter innerhalb der unterschiedlichen Gesellschaftsformen in den Blick. Dort wird ersichtlich, dass die Qualifikation als Kapital- oder Personengesellschaft zwar grundsätzlich, aber nicht zwingend etwas über die Haftung der hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter aussagt. Denn nicht nur bei der Personengesellschaft, sondern auch bei der Kapitalgesellschaft sind sowohl unbeschränkt als auch beschränkt haftende Gesellschafter denkbar. So setzt eine KGaA – als Kapitalgesellschaft³⁴³ – mindestens einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter voraus.³⁴⁴ Demgegenüber liegt eine Personengesellschaft in Form einer Kommanditgesellschaft vor, wenn bei mindestens einem Gesellschafter die Haftung beschränkt ist.³⁴⁵

Das deutsche Steuerrecht differenziert de lege lata bereits auf der ersten Ebene, indem es die Kapital- und die Personengesellschaften aufgrund ihrer Rechtsform unterschiedlichen Besteuerungsregimen zuführt.³⁴⁶ Allerdings gilt es zu beachten, dass diese Differenzierung seit dem KöMoG nicht mehr absolut gilt.³⁴⁷ Seit dem 1. Januar 2022 steht Personenhandels- sowie Partnerschaftsgesellschaften auf Antrag der Weg zur Besteuerung nach dem Trennungsprinzip offen.³⁴⁸ Ein darüber hinausgehendes

zudem kann ausnahmsweise eine persönliche Haftung der Gesellschafter etwa bei Vermögensvermischung (§§ 105, 128 HGB entsprechend) oder Missbrauch der Rechtsform vorliegen; vgl. zur Durchgriffshaftung statt vieler: *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Auflage 2019, § 13 Rz. 131-151, bzw. zum Verein: *Westermann*, in: Erman, BGB, 16. Auflage 2020, Vorbemerkung vor § 21 Rz. 5; *Lergon*, RNotZ 2003, 214, 235 ff.

342 (Außen-)GbR: analog § 128 HGB; BGH, Urteil v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (Tz. 39); v. 27.09.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315 (Tz. 17); für die Innen-GbR ergibt sich die Gesellschafterhaftung bereits aus ihrer mangelnden Rechtsfähigkeit. Die Innen-GbR kann keine Gesellschaftsverbindlichkeit begründen und ist nicht Haftungssubjekt: *Schäfer*, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, § 714 Rz. 8 ff.; zur Gesellschafterhaftung bei einer OHG: § 128 HGB, bzw. einer KG: § 128 HGB i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB; zur inhaltlichen Haftung der Gesellschafter statt vieler: *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Auflage 2020, § 128 Rz. 1; *Schöne*, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, § 714 [Stand 05/2020] Rz. 16.

343 § 278 Abs. 1 AktG.

344 § 278 Abs. 1 AktG.

345 § 161 Abs. 1 HGB.

346 S.o. C.I.1.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

347 KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

348 § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG.

Optionsrecht, etwa für andere Personengesellschaften oder gar für Kapitalgesellschaften hin zur Besteuerung nach dem Transparenzprinzip ist hierin jedoch nicht enthalten. Aus dieser Differenzierung folgt für die Kapitalgesellschaften, dass Verluste entsprechend des Trennungsprinzips grundsätzlich auf Gesellschaftsebene verhaftet bleiben und von deren Anteilseignern nicht mit anderen positiven Einkünften verrechnet werden können.³⁴⁹ Dagegen erfolgt bei den Personengesellschaften nach dem Transparenzprinzip (sofern keine Option nach § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG erfolgte) eine unmittelbare Verlustzurechnung zu deren Gesellschaftern und bei diesen ein grundsätzlicher Verlustausgleich mit anderen positiven Einkünften.³⁵⁰ Allerdings gilt es, die allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen zu beachten.³⁵¹ Da die Gesellschaftsform zwar ein Indiz für den Haftungsumfang der Gesellschafter liefert, aufgrund diverser Ausnahmen aber keinen zwingenden Schluss dahingehend zulässt, kann aus der – durch das KöMoG³⁵² aufgeweichten – Differenzierung auf der ersten Ebene kein zwingend gewollter Gleichlauf zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung abgeleitet werden. So hat auch das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1962 festgestellt, dass die Körperschaftsteuer „nicht als Sonderabgabe für den Vorteil beschränkter Haftung der Gesellschafter zu verstehen ist“³⁵³. Mithin handelt es sich bei der damit implizierten mangelnden Verlustzurechnung nicht um eine Sanktion für die grundsätzlich nur beschränkte Haftung. Dieses Ergebnis bezieht sich gleichwohl nur auf die Einteilung auf der ersten Ebene und greift damit zu kurz. Auch wenn sich die grundlegende Frage stellen lässt, welches Unterscheidungskriterium den Dualismus der Unternehmensbesteuerung (überhaupt noch) rechtfertigt, und dieser durch das im KöMoG enthaltene Optionsrecht für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften jedenfalls in eine Richtung nunmehr ohnehin aufgeweicht wurde und durch immer neue Gesellschaftsformen anhand der Haftung keine trennscharfe Linie mehr zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften gezogen werden kann, so kommt der Wille des Gesetzgebers, die Verlustverrechnung an

349 S.o. C.I.1.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips; *Hennrichs*, *StuW* 2002, 201, 203; es gilt jedoch die Ausnahme des § 15 Abs. 1 Satz. 1 Nr. 3 EStG für den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA zu beachten.

350 S.o. C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung; *Hennrichs*, *StuW* 2002, 201, 203.

351 S.o. C.I.1.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkungen.

352 BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

353 BVerfG, Urteil v. 24.01.1962 – 1 BvR 845/58, BVerfGE 13, 331 (Tz. 53).

die zivilrechtliche Haftung zu knüpfen, speziell durch die flankierenden Regelungen des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG sowie § 15a EStG auf der zweiten Ebene zum Ausdruck. Der Gesetzgeber hat bereits bei Einführung des § 15a EStG im Jahre 1980 betont, dass „Verluste nur ausgeglichen oder abgezogen werden dürfen, soweit die Haftung reicht“³⁵⁴. Denn Verluste, die den Haftungsrahmen überschreiten, „belasten den Steuerpflichtigen im Jahr der Entstehung des Verlusts im Regelfall weder rechtlich noch wirtschaftlich“³⁵⁵. Die zivilrechtliche Haftung wird dabei als Ausdruck der wirtschaftlichen Belastung gesehen.³⁵⁶ § 15a EStG beschränkt mithin die Verlustverrechnung des beschränkt haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft und vergleichbar haftender Unternehmer. Andererseits ermöglicht § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG eine unmittelbare Verlustzurechnung und -verrechnung an und durch den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA gleich einem Mitunternehmer. Die beiden Vorschriften stellen mithin das Ergebnis her, das auf der ersten Ebene weder beabsichtigt war noch aufgrund diverser und immer neuer Gesellschaftsformen eine Unterscheidung anhand der Rechtsform herzustellen vermag. Diese grundsätzliche Kongruenz von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung hat auch der BFH in einer Grundsatzentscheidung zu § 15a EStG im Jahr 1991 festgestellt und seither mehrfach wiederholt.³⁵⁷ Diese Grundentscheidung wird auch nicht dadurch konterkariert, dass der Gesetzgeber diesen Konnex im Rahmen des § 15a EStG nicht konsequent für alle Haftungstatbestände umsetzt.³⁵⁸ So sieht er in § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG einen erweiterten Verlustausgleich allein für eine Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB vor, nicht jedoch für eine Haftung nach §§ 160, 172

354 BT-Drs. 8/3648, S. 15; vgl. auch BFH, Beschluss v. 19.05.1987 – VIII B 104/85, BStBl. II 1988, 5 (Tz. 31); Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14); *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 12.

355 BT-Drs. 8/3648, S. 16.

356 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18); v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14).

357 Grundsatzentscheidung: BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167; seither ständige Rechtsprechung: BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 31); v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 31); v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 15); v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18); zur durch das Grundsatzzurteil des BFH hergestellten Kongruenz auch: *Haas*, DStZ 1992, 655, 657.

358 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 31); v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 31); v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14); v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18).

Abs. 2, 176 HGB, die Übernahme einer Bürgschaft, die Haftungsübernahme im Innenverhältnis oder andere.³⁵⁹ Zudem führen nach der letzten Änderung des § 15a EStG nachträgliche Einlagen, die zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos getätigt werden, nicht zu einer Umqualifizierung von festgestellten verrechenbaren Verlusten in ausgleichsfähige, obgleich der Gesellschafter insoweit tatsächlich wirtschaftlich belastet ist.³⁶⁰ Dies alles stellt dennoch keinen Paradigmenwechsel dar, sondern ist vielmehr der Vereinfachung und Typisierung geschuldet.³⁶¹ Es ist schlicht nicht Wille des Gesetzgebers, „in allen denkbaren Fällen eine Kongruenz von Haftungsumfang und steuerrechtlicher Verlustausgleichsmöglichkeit zu gewährleisten“³⁶² und damit eine abermalige Bestärkung des Credo „kein Grundsatz ohne Ausnahme“. Auch das zum 1. Januar 2022 neu eingeführte Optionsrecht für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften ändert nichts an dem vom Gesetzgeber grundsätzlich angestrebten Gleichlauf von Haftung und Verlustverrechnung.³⁶³ Dies gilt umso mehr als die Ausübung des Optionsrecht lediglich dazu führt, dass neben dem ohnehin schon nach § 15a EStG beschränkten Verlustausgleich der beschränkt haftenden Gesellschafter hierdurch auch der Verlustausgleich der unbeschränkt haftenden Gesellschafter nach den Grundsätzen des Trennungsprinzips ausgeschlossen wird. Auch nach den Neuerungen des KöMoG können Haftung und Verlustverrechnung nicht dergestalt auseinanderfallen, dass eine beschränkte Haftung durch eine Option einen unbeschränkten Verlustausgleich nach sich ziehen würde.³⁶⁴

359 Statt vieler: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 78; BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 15), sowie unten D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.

360 S.u. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a, sowie D.II.5.c Wertung.

361 BT-Drs. 8/3648, S. 17; BT-Drs. 8/4157, S. 2; BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14); v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18); a.A.: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 9; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 87.

362 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 15); ebenso BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 31); v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 31).

363 § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG i.d.F. des KöMoG vom 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

364 Eine solche Konsequenz könnte etwa eintreten, wenn Kapitalgesellschaften der Weg zur transparenten Besteuerung eröffnet würde; wobei auch hier i.d.R. § 15a EStG zu beachten wäre.

In dieses Bild fügt sich auch die Durchbrechung des Trennungsprinzips und die Verlustzurechnung im Rahmen einer körperschaftsteuerlichen Organschaft ein.³⁶⁵ Die Verlustzurechnung an den Organträger erfolgt in Konnex zu seiner zivilrechtlichen Einstandspflicht infolge des Ergebnisabführungsvertrages.³⁶⁶

Damit gilt in Deutschland die Maxime einer unbeschränkten Verlustnutzung bei unbeschränkter Haftung³⁶⁷ sowie einer beschränkten Verlustnutzung bei beschränkter Haftung respektive einer lediglich mittelbaren Verlustauswirkung bei gänzlicher Abschirmwirkung durch eine Kapitalgesellschaft.³⁶⁸ Der deutsche Gesetzgeber trägt mit diesem Konnex von Haftung und Verlustverrechnung dem Leistungsfähigkeitsprinzip Rechnung.³⁶⁹ Als Indikator der Leistungsfähigkeit dient hierbei der gesellschaftsrechtliche Haftungsrahmen, da ein Gesellschafter nur insoweit in seiner Leistungsfähigkeit wirtschaftlich beeinträchtigt ist, als er die Verluste der Gesellschaft auch wirtschaftlich zu tragen hat.³⁷⁰ Ob die Leistungsfähigkeit dabei schon bei einem bloßen Haftungsrisiko (abstrakt) oder erst bei einer tatsächlichen Inanspruchnahme (konkret) gemindert ist, ist strittig.³⁷¹ Auch der Gesetzgeber scheint hier keine einheitliche

365 S.o. C.I.1.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

366 S.o. C.I.1.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

367 Auch hier sind die Verlustverrechnungsbeschränkungen der §§ 10d, 15 Abs. 4, 15b EStG u.ä. zu beachten; etwas anderes gilt nunmehr, sofern die Gesellschaft nach § 1a Abs. 1 KStG zur Besteuerung nach dem KStG optiert. Eine solche Besteuerung nach dem Trennungsprinzip und dem damit verbundenen Ausschluss einer unbeschränkten Verlustnutzung durch die Gesellschafter trotz unbeschränkter Haftung erfolgt jedoch ausschließlich auf Antrag der Gesellschaft.

368 Mittelbare Verlustauswirkungen bei den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft ergeben sich durch eine etwaige Teilwertabschreibung oder einen verminderten Veräußerungserlös; s.o. C.I.1.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

369 Zu § 15a EStG: BT-Drs. 8/3648, S. 16; BT-Drs. 8/4157, S. 3; BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14); Beschluss v. 19.05.1987 – VIII B 104/85, BStBl. II 1988, 5 (Tz. 31); Wacker, DStR 2009, 403, 403.

370 BT-Drs. 8/3648, S. 16; BFH, Beschluss v. 19.05.1987 – VIII B 104/85, BStBl. II 1988, 5 (Tz. 31); Wacker, DStR 2009, 403, 403; Herzig, in: Lehner (Hrsg.), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht (2004), 37, 40; van Lishaut, FR 1994, 273, 273.

371 Zur Minderung der Leistungsfähigkeit bei einem abstrakten Haftungsrisiko: Hüttemann, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), 123, 140; Drüen, GmbHHR 2008, 393, 398; Hey, in: Ebling (Hrsg.), Be-

Linie zu verfolgen. Einerseits gesteht er einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter eine unbeschränkte Verlustzurechnung und -nutzung zu, obgleich diesem gegenüber der Gesellschaft ein Regressanspruch für getragene Gesellschaftsverbindlichkeiten zukommt und ihn bei Fortbestand der Gesellschaft keine Nachschusspflicht trifft.³⁷² Eine tatsächliche Verlusttragung des unbeschränkt haftenden Gesellschafters liegt mithin erst zu dem Zeitpunkt vor, zu dem das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr zur Deckung der Regressverbindlichkeit genügt.³⁷³ Andererseits lässt der Gesetzgeber etwa bei einem Gesellschafter-Bürgen ein bloß abstraktes Haftungsrisiko nicht genügen.³⁷⁴ Vor diesem Hintergrund erfährt die Vorgehensweise des Gesetzgebers Kritik.³⁷⁵ Insoweit wird moniert, dass die Haftung eines persönlich haftenden Gesellschafters durch den Regressanspruch nach § 110 HGB der eines Gesellschafter-Bürgen gleiche, so dass bei ihm das Abstellen auf das abstrakte Risiko nicht ohne weiteres nachvollziehbar sei.³⁷⁶ Hierauf wird im Rahmen der rechtsvergleichenden Analyse noch einmal einzugehen sein.³⁷⁷

steuerung von Einkommen (2001), 155, 193; zur Minderung der Leistungsfähigkeit bei tatsächlicher Inanspruchnahme: *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727; *Schulze-Osterloh*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 178; *Kraus*, Körperschaftsteuerliche Integration von Personenunternehmen (2009), S. 322 f.

372 Zum Regressanspruch: § 110 HGB; zur fehlenden Nachschusspflicht: § 707 BGB.

373 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727.

374 BT-Drs. 8/3648, S. 17; *Haas*, DStZ 1992, 655, 661.

375 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727; *Kraus*, Körperschaftsteuerliche Integration von Personenunternehmen (2009), S. 322 f.

376 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727; *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 211; *Palm*, in: Kube et al. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts (2013), 1697, 1704; a.A.: *Schmitt*, FR 2010, 750, 750, der die Situation zwischen einem nach § 128 HGB haftenden Personengesellschafter und einem GmbH-Gesellschafter-Bürgen als völlig anders einordnet. Dies begründet er mit dem Erfordernis eines zusätzlichen zivilrechtlichen Vertrages des GmbH-Gesellschafter-Bürgen, während sich die Haftung des Personengesellschafters bereits aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe.

377 S.u. D.II.2.c Wertung.

2. USA

Wie bereits erwähnt, spielt die transparente Besteuerung auch in den USA eine wichtige Rolle.³⁷⁸ Insbesondere die unmittelbare Ausgaben- und Verlustzurechnung an die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter, woraus bei diesen ein unmittelbarer Steuervorteil – unter Beachtung etwaiger Beschränkungsnormen³⁷⁹ – resultiert, sind mitverantwortlich für die Attraktivität der *Partnership* beziehungsweise derjenigen Kapitalgesellschaften, die für steuerliche Zwecke wie eine *Partnership* behandelt werden.³⁸⁰

Nach einem kurzen einführenden Teil in das US-amerikanische Einkommensteuerrecht soll auf die Unternehmensbesteuerung, Verlustverrechnung sowie einen etwaigen Zusammenhang zwischen steuerlicher Verlustverrechnung und zivilrechtlicher Haftung eingegangen werden.

a. Einführung in das US-amerikanische Einkommensteuerrecht

In den USA besteht die Besonderheit, dass sowohl dem Bund als auch den einzelnen Bundesstaaten eine Gesetzgebungshoheit für Einkommensteuern zukommt.³⁸¹ Von dieser haben sowohl der Bund als auch die Einzelstaaten Gebrauch gemacht.³⁸² Im Rahmen dieser Arbeit wird ausschließlich auf die Bundeseinkommensteuer eingegangen. Diese wurde in ihrer heutigen Form erstmals im *Internal Revenue Code* (IRC) im Jahr 1954 kodifiziert.³⁸³ Neben dem *Internal Revenue Code* gilt es, die *Treasury Regulations* (Treas. Regs.) zu beachten. Dabei handelt es sich um Steuerrichtlinien, für die dem Finanzministerium eine grundsätzliche Kompetenz eingeräumt

378 S.o. B.I Entwicklung und Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung.

379 S.u. C.I.2.c.iii(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung.

380 S.o. B.I Entwicklung und Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung.

381 Art. I § 8 US Constitution; *Bittker/McMahon/Zelenak*, *Federal Income Taxation of Individuals* (2002), ¶ 1.01[1]; *Thiele*, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 25 f.

382 *Repetti/Ring*, in: Ault/Arnold/Cooper (Hrsg.), *Comparative Income Taxation* (2020), S. 248; *Thiele*, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 25 f.

383 *Repetti/Ring*, in: Ault/Arnold/Cooper (Hrsg.), *Comparative Income Taxation* (2020), S. 243; *Thiele*, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 21.

wird.³⁸⁴ Diesen kommt Gesetzeskraft zu, soweit der Minister innerhalb seiner gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen bleibt.³⁸⁵

Der US-amerikanischen Einkommensteuer unterliegen mit ihrem Welteinkommen neben US-Staatsbürgern auch andere natürliche Personen, wenn sie in den USA ansässig sind oder über eine *Green Card* verfügen.³⁸⁶ Ausgangspunkt zur Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage ist das Bruttoeinkommen.³⁸⁷ Dieses definiert das Gesetz als die Summe der Einkünfte, ganz gleich aus welcher Quelle.³⁸⁸ Allerdings sind einige Ausnahmen kodifiziert.³⁸⁹ Eine Unterscheidung verschiedener Einkunftsarten ist dem US-amerikanischen Steuerrecht fremd.³⁹⁰ Vielmehr wird zwischen unterschiedlichen Aufwands- und Ertragspositionen differenziert, an die verschiedene Steuerfolgen geknüpft sind.³⁹¹ Von dem Bruttoeinkommen werden Abzüge nach § 62 IRC (*adjusted gross income*) und sonstige Abzüge (*taxable income*) abgezogen, um die steuerliche Bemessungsgrundlage zu erhalten.³⁹² Zu den Abzügen nach § 62 IRC zählen insbesondere solche, die durch die Ausübung und zur Erlangung von Einkommen aus Handel

384 § 7805(a) IRC; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 28.

385 Zschiegner, in: Kramer (Hrsg.), Grundzüge des US-amerikanischen Steuerrechts (1990), S. 63; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 28.

386 Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 31.

387 Bittker/McMahon/Zelenak, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 2.01[1]; Repetti/Ring, in: Ault/Arnold/Cooper (Hrsg.), Comparative Income Taxation (2020), S. 249; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 36.

388 § 61(a) IRC: „all income from whatever source derived“.

389 §§ 101 ff. IRC; Ausnahmen sind etwa für Schenkungen und Vermächtnisse vorgesehen.

390 Möbus, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 64; Kesselmeier, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 41.

391 Möbus, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 64; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 99.

392 §§ 61-63 IRC; Bittker/McMahon/Zelenak, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 2.01[1]; Repetti/Ring, in: Ault/Arnold/Cooper (Hrsg.), Comparative Income Taxation (2020), S. 251; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 36.

und Gewerbe (*trade and business*) entstanden sind.³⁹³ Die sonstigen Abzüge umfassen etwa medizinische Ausgaben.³⁹⁴

In den USA kommen unterschiedliche Steuertabellen etwa für zusammenveranlagte Ehegatten, für einzelveranlagte Ehegatten sowie für unverheiratete Steuerpflichtige zur Anwendung.³⁹⁵ Zwar sind für alle die gleichen Steuersätze festgelegt, doch variieren die maßgebenden Einkommensgrenzen.³⁹⁶ Ehegatten steht es grundsätzlich frei, eine gemeinsame oder zwei separate Steuererklärungen abzugeben.³⁹⁷ Allerdings bestehen einige gesetzliche Ausnahmen, in denen eine gemeinsame Erklärung ausgeschlossen ist.³⁹⁸

Ein Familiensplitting findet in den USA nicht statt.³⁹⁹ Kinder haben eigenes Einkommen grundsätzlich selbständig zu versteuern.⁴⁰⁰ Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass das Kind ausschließlich Kapitalerträge in einer gewissen Höhe erzielt.⁴⁰¹ Auf Option der Eltern können diese die Kapitaleinkünfte ihres Kindes als eigenes Einkommen versteuern.⁴⁰²

393 § 62(a)(1) IRC; *Repetti/Ring*, in: Ault/Arnold/Cooper (Hrsg.), *Comparative Income Taxation* (2020), S. 250.

394 §§ 211 ff. IRC.

395 § 1(a), (c), (d) IRC; *Repetti/Ring*, in: Ault/Arnold/Cooper (Hrsg.), *Comparative Income Taxation* (2020), S. 247 f.; eigene Steuertabellen sind zudem für Haushaltsvorstände (*heads of households*) sowie für Nachlässe und Stiftungen (*estates and trusts*) kodifiziert: § 1(b), (e) IRC.

396 § 1(a), (c), (d) IRC: Einkommensgrenze (Zusammenveranlagung/Einzelveranlagung/unverheirateter Steuerpflichtiger) bis zu 36,900 USD/ 18,450 USD/ 22,100 USD: 15 %; 36,900-89,150 USD/ 18,450-44,575 USD/ 22,100-53,500 USD: 28 %; 89,150-140,000 USD/ 44,575-70,000 USD/ 53,500-115,000 USD: 31 %; 140,000-250,000 USD/ 70,000-125,000 USD/ 115,000-250,000 USD: 36 %; über 250,000 USD/ 125,000 USD/ 250,000 USD: 39,6 %.

397 § 6013(a) CGI.

398 § 6013(a)(1)-(3) CGI.

399 *Bittker/McMahon/Zelenak*, *Federal Income Taxation of Individuals* (2002), ¶ 2.03.

400 §§ 1(g), 73 IRC; *Thiele*, *Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht* (1998), S. 38.

401 § 1(g)(7) IRC; *Thiele*, *Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht* (1998), S. 39.

402 § 1(g)(7) IRC; *Thiele*, *Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht* (1998), S. 39.

b. Wirkungsweise und Anwendungsbereich der (teilweise) transparenten Besteuerung

Um den Gegenstand des Rechtsvergleiches deutlich zu machen, soll auch hier zunächst eine Darstellung des Anwendungsbereichs und der Wirkungsweise der transparenten Besteuerung erfolgen.

i. Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip

Die USA unterscheiden für Steuerzwecke drei Gesellschaftsformen. Die *C-Corporation* (*Subchapter C*: §§ 301-391 IRC), welche der *Corporate Income Tax* unterliegt, sowie die *Partnership* (*Subchapter K*: §§ 701-777 IRC) und die *S-Corporation* (*Subchapter S*: §§ 1361-1379 IRC), welche transparent beziehungsweise teilweise transparent besteuert werden.⁴⁰³

Wie auch das deutsche Steuerrecht geht das US-amerikanische Steuerrecht standardmäßig davon aus, dass Kapitalgesellschaften (*Corporations*) als eigenständige Steuersubjekte mit der *Corporate Income Tax* besteuert werden, wohingegen Personengesellschaften (*Partnerships*) lediglich als Gewinnermittlungssubjekte fungieren und die Besteuerung auf Gesellschafterebene erfolgt.⁴⁰⁴ Die Einordnung findet unabhängig vom Einzelstaatenrecht nach dem Bundesrecht statt.⁴⁰⁵ Die *Limited Liability Company* (LLC) als gesellschaftsrechtlich dritte Gesellschaftsform⁴⁰⁶ wird für Steuerzwecke einer *Partnership* gleichgesetzt.⁴⁰⁷ Im Folgenden wird die LLC mithin unter den Begriff der *Partnership* gefasst, sofern sich nicht ausdrücklich etwas anderes ergibt. Voraussetzung einer Besteuerung als *Partnership* sind mindestens zwei Gesellschafter.⁴⁰⁸ Gesellschaften mit lediglich einem Gesellschafter, die keine *C-Corporations* sind (entweder per se oder durch Wahl),

403 Schwarz/Lathrope/Hellwig, *Partnership Taxation* (2017), S. 32; s.u. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

404 Kwall, *The Federal Income Taxation* (2019), S. 5, 15, 17; Friedland, *Understanding Partnership and LLC Taxation* (2017), S. 12; Cunningham/Cunningham, *The logic of subchapter K* (2020), S. 5.

405 Treas. Reg. § 301.7701-1(a)(1); Schwarz/Lathrope/Hellwig, *Partnership Taxation* (2017), S. 38.

406 Kwall, *The Federal Income Taxation* (2019), S. 4.

407 Cunningham/Cunningham, *The logic of subchapter K* (2020), S. 5; Kwall, *The Federal Income Taxation* (2019), S. 5.

408 Treas. Reg. § 301.7701-3(b)(1)(i); Schwarz/Lathrope/Hellwig, *Partnership Taxation* (2017), S. 43; Friedland, *Understanding Partnership and LLC Taxation* (2017), S. 13; zur Besteuerung der LLC als *Partnership*: Harris/Moran, *J. Tax'n* 1999, 16,

werden für steuerliche Zwecke gleich einem Einzelunternehmer behandelt (*disregarded entity*).⁴⁰⁹

Historisch betrachtet stellten die USA für die Abgrenzung zwischen transparenter Besteuerung und *Corporate Income Tax* auf vier Kriterien ab. Für die Besteuerung mit *Corporate Income Tax* spricht demnach: eine beschränkte Haftung, eine zentralisierte Verwaltung, eine von den Gesellschaftern unabhängige Lebensdauer sowie die freie Übertragbarkeit der Anteile.⁴¹⁰ Aufgrund diverser Optionsrechte und Durchbrechungen stellt mittlerweile die öffentliche Handelbarkeit der Anteile in Verbindung mit einer aktiven Geschäftstätigkeit das einzig verlässliche Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der *Corporate Income Tax* dar.⁴¹¹ Dies begründet auch die Besteuerung bestimmter öffentlich gehandelter Personengesellschaften als *Corporation*.⁴¹²

1997 wurde in den USA das sogenannte *check-the-box*-Verfahren eingeführt, welches den obigen Grundsatz aufweicht.⁴¹³ Hinter dem *check-the-*

16; BMF, Schreiben v. 26.09.2014 – IV B 5-S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258 (Anlage, Stichwort „USA“).

409 Treas. Reg. § 301.7701-3(b)(1)(ii); *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 16; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 43; BMF, Schreiben v. 26.09.2014 – IV B 5-S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258 (Anlage, Stichwort „USA“).

410 Rev. Rul. 88-8, 1988-1 C.B. 403; *Staff of Joint Committee on Taxation*, Report of investigation of Enron Corporation and related entities regarding federal tax and compensation issues, and policy recommendations, Vol. I: Report, JCS-3-03, Feb. 2003, p. 368; *Ordower*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 563, 571; *Ring*, Boston College Law Review 2002, 79, 96; jeweils unter Verweis auf Treas. Reg. § 301.7701-2 in seiner Fassung vor 1977; die Unterscheidungskriterien entnahm die Finanzverwaltung der Entscheidung *Morrissey v. Commissioner*, 296 U.S. 344, 360 (1935); die *Treasury Regulations* enthielten dabei zwar sechs Unterscheidungskriterien, allerdings trafen zwei der Kriterien (Gesellschafter und die Absicht, gemeinsam Gewinn zu erwirtschaften) auf die Personen- und Kapitalgesellschaft gleichermaßen zu, so dass sich die Abgrenzung auf die ersten vier Kriterien beschränkte.

411 *Ordower*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 563, 571; *Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 17, 30; zur Relevanz der Börsengängigkeit der Anteile auch: *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 143 m.V.a. *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 201 ff., 215 ff.

412 § 7704 IRC.

413 Treas. Regs. §§ 301.7701-2, 301.7701-3(a); *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 211; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 29 f.; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 42; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 15 f.; *Ordower*,

box-Verfahren verbirgt sich ein Optionsrecht, das einer Vielzahl von Gesellschaftsformen, insbesondere den *Partnerships*, die Möglichkeit bietet, für die *Corporate Income Tax* zu optieren.⁴¹⁴ Wird eine solche Option ausgeübt, ist die Gesellschaft hieran grundsätzlich fünf Jahre gebunden.⁴¹⁵ Dies gilt jedoch nur für Fälle, in denen die Option zu einem Steuerregimewechsel geführt hat.⁴¹⁶ Wurde sie zum Zeitpunkt der Unternehmensneugründung getroffen, greift die Bindungswirkung nicht.⁴¹⁷ Eine weitere Ausnahme ist möglich, wenn seit der Optionsausübung über 50 % der Gesellschaftsanteile zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Widerrufs im Besitz von Personen sind, die am Anmeldetag oder am Tag des Inkrafttretens der Option keine Gesellschaftsanteile innehatten.⁴¹⁸ Hier kann ein vorzeitiger Widerruf gestattet werden.⁴¹⁹ Neben dem *check-the-box*-Verfahren steht es manchen *Partnerships* frei, die Anwendung des *Subchapter K* ganz oder teilweise abzuwählen, ohne zugleich die Wahl treffen zu müssen, steuerlich als *C-Corporation* behandelt zu werden.⁴²⁰ Voraussetzung ist unter anderem, dass das Einkommen der Gesellschafter auch ohne Gewinnermittlung auf Gesellschaftsebene adäquat ermittelt werden kann.⁴²¹ Unter Umständen wird die Abwahl auch dann angenommen, wenn die Gesellschaft eine solche gar nicht tatsächlich getroffen hat, unter Heranziehung aller Fakten

in: Gutmann (Hrsg.), *Corporate Income Tax Subjects* (2015), 563, 567; dieses Verfahren ist in den *Treasury Regulations* geregelt und unterlag bezüglich seiner Gültigkeit zunächst Zweifeln. Der *Court of Appeals for the Second Circuit* hat jedoch entschieden, dass es sich hierbei um eine angemessene Gewaltenausübung des Finanzministeriums handelt (*McNamee v. Department of Treasury*, 488 F.3d 100, 105 ff. (2d Cir. 2007); übernommen von den Steuergerichten: *Med. Practice Solutions, LLC v. Commissioner*, 132 T.C. 125, 129 f. (2009)). Dennoch wird weiterhin eine gesetzliche Legitimation als wünschenswert erachtet, *Lyons/Repetti*, *Partnership Income Taxation* (2011), S. 212.

414 Treas. Regs. §§ 301.7701-2, 301.7701-3(a); *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 651 f.

415 Treas. Reg. § 301.7701-3(c)(1)(iv); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, *Partnership Taxation* (2017), S. 18.

416 Treas. Reg. § 301.7701-3(c)(1)(iv).

417 Treas. Reg. § 301.7701-3(c)(1)(iv).

418 Treas. Reg. § 301.7701-3(c)(1)(iv); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, *Partnership Taxation* (2017), S. 18.

419 Treas. Reg. § 301.7701-3(c)(1)(iv); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, *Partnership Taxation* (2017), S. 18.

420 § 761(a)(Sentence 2) IRC; *Lyons/Repetti*, *Partnership Income Taxation* (2011), S. 212; *Cunningham/Cunningham*, *The logic of subchapter K* (2020), S. 4.

421 § 761(a) IRC.

und Begleitumstände aber davon ausgegangen werden kann, dass sie eine solche Wahl getroffen hätte.⁴²²

Spiegelbildlich zum *check-the-box*-Verfahren wird einigen kleinen *Corporations* (*small business corporation*), die nicht per se als *C-Corporation* besteuert werden, das Recht eingeräumt, zur teilweise transparenten Besteuerung zu optieren.⁴²³ Ziel ist es, durch größere Steuervorteile aus den Verlusten Kapitalanlagen zu fördern.⁴²⁴ Vorausgesetzt wird Einstimmigkeit unter den Anteilseignern, zur Besteuerung nach den Bestimmungen des *Subchapter S* des *Internal Revenue Codes* (*S-Corporation*) zu optieren.⁴²⁵ Ferner dürfen maximal 100 Anteilseigner beteiligt sein.⁴²⁶ Dabei darf es sich, von wenigen explizit genannten Ausnahmen abgesehen, ausschließlich um natürliche Personen handeln.⁴²⁷ Außerdem darf kein nicht ansässiger Ausländer beteiligt sein und es darf nur eine Aktiengattung vorliegen.⁴²⁸ Die Optionsausübung ist zeitlich nicht beschränkt; sie endet lediglich durch Widerruf, Wegfall der Voraussetzung für eine *small business corporation*, oder wenn die passiven Kapitaleinkünfte in drei aufeinanderfolgenden Veranlagungszeiträumen 25 % der Bruttoeinnahmen übersteigen und die Gesellschaft Gewinne thesauriert.⁴²⁹

Begründet sind die wechselseitigen Optionsrechte in der Gesetzgebungshoheit der Bundesstaaten für das Handelsrechts, welche ein bundeseinheitliches Handelsrecht und damit ein strenges Anknüpfen an die handelsrechtliche Verfassung der Gesellschaften unmöglich macht.⁴³⁰ Diese und das Aufkommen neuer Gesellschaftsformen führten zu Abgrenzungsschwierigkeiten in Bezug auf die oben genannten Unterscheidungskriteri-

422 Treas. Reg. § 1.761-2(b)(2)(ii); *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 213.

423 §§ 1361(b)(1), 1362(a)(1) IRC; zur teilweise transparenten Besteuerung: s.u. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

424 *Keith*, The Impact of Taxation on Small Business (1959), 98, 114 f.

425 §§ 1361(a), 1362(a)(2), 1363(a), 1366(a) IRC; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 4; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 203, 205.

426 § 1361(b)(1)(A) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 199; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 128.

427 § 1361(b)(1)(B) IRC; Ausnahmen sind für einen Nachlass, eine nach § 1361(c)(2) IRC näher bezeichnete Stiftung und eine in § 1361(c)(6) IRC näher beschriebene Organisation vorgesehen; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 199 f.; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 128.

428 § 1361(b)(1)(C), (D) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 200 ff.; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 128, 133 ff.

429 § 1362(d)(1)-(3) IRC.

430 Vgl. *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 651.

en.⁴³¹ Aus Pragmatismus und zur Förderung der Flexibilität wird daher den meisten Gesellschaften ein Wahlrecht hinsichtlich des anwendbaren Steuerregimes zugestanden (*eligible entities*).⁴³² Verzichtet eine *eligible entity* auf die Ausübung ihres Wahlrechts, wird sie für steuerliche Zwecke nach den Standardklassifizierungen (*default classification*) eingeordnet.⁴³³ Die Standardklassifizierung soll die vermutete Wahl der Steuerpflichtigen antizipieren, um die Zahl der Optionen gering zu halten.⁴³⁴ Eine Ausnahme existiert für Gesellschaften, die steuerlich zwingend als *Corporation* behandelt werden (*per se corporations*).⁴³⁵ Hierunter fallen neben bestimmten Kapitalgesellschaften grundsätzlich auch öffentlich gehandelte Personengesellschaften (*publicly traded Partnerships*).⁴³⁶

431 *IRS/Treasury*, 61 FR 66584, 66584, Dec. 18, 1996; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 16.

432 Zum pragmatischen Ansatz der Optionsrechte: *Ordower*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 563, 571; zur Intention, die Flexibilität zu erhöhen: *IRS/Treasury*, 61 FR 66584, 66585, Dec. 18, 1996; zu den *eligible entities*: *Treas. Reg. § 301.7701-3(a)*; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 211; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 16; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 155; BMF, Schreiben v. 26.09.2014 – IV B 5-S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258 (Anlage, Stichwort „USA“).

433 *Treas. Reg. § 301.7701-3(a)*; BMF, Schreiben v. 26.09.2014 – IV B 5-S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258 (Anlage, Stichwort „USA“).

434 *IRS/Treasury*, 61 FR 66584, 66585, Dec. 18, 1996: „In order to provide most eligible entities with the classification they would choose without requiring them to file an election, the regulations provide default classification rules that aim to match taxpayers’ expectations (and thus reduce the number of elections that will be needed)“; *McMahon/Simmons/Luke/Wells*, Federal Income Taxation of Partnerships and S Corporations (2020), S. 9.

435 *Treas. Regs. §§ 301.7701-3(a), 301.7701-2(b)(1), (3)-(8)*; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 211 f. mit einigen Beispielen; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 43; BMF, Schreiben v. 26.09.2014 – IV B 5-S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258 (Anlage, Stichwort „USA“).

436 *§ 7704 IRC*; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 15 f.; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 214; die Regelung wurde 1987 eingeführt, um zu vermeiden, dass sich große Unternehmen mit Einkommensverlusten für die Besteuerung als Personengesellschaft entscheiden; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 43; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 208; *§ 7704(c) IRC* enthält eine Ausnahme für bestimmte öffentlich gehandelte Personengesellschaften. Voraussetzung ist, dass 90 % der Bruttoeinnahmen aus qualifizierten Einnahmen, etwa Zinsen, Dividenden o.ä. passiven Vermögenseinnahmen stammen. Diese werden als Personengesellschaft entsprechend dem Transparenzprinzip besteuert.

Daneben gibt es für bestimmte große Anlagepersonengesellschaften Vereinfachungen im Rahmen der transparenten Besteuerung (*electing large Partnerships*).⁴³⁷ Diese Erleichterungen sollen insbesondere den kleinen Investoren zugutekommen und deren Steuererklärung vereinfachen.⁴³⁸

ii. Folgen einer Optionsausübung

Zur Bestimmung der Optionsfolgen ist zwischen der Option für *Partnerships*, geregelt in den *Treasury Regulations*, und der Option für *S-Corporations*, geregelt in § 1362 IRC, zu differenzieren.

Nach den *Treasury Regulations* gelten aufgrund der Optionsausübung einer *Partnership* alle Wirtschaftsgüter der *Partnership* – gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen – als in die *Association* eingebracht.⁴³⁹ Mit der anschließenden Zuteilung der Gesellschaftsanteile an die Gesellschafter gilt die *Partnership* als liquidiert.⁴⁴⁰ Im Falle eines Widerrufs der Option gelten sämtliche Aktiva und Passiva der *Association* als auf ihre Gesellschafter übertragen und die *Association* in der Folge als liquidiert.⁴⁴¹ Unmittelbar danach gilt das gesamte ausgeschüttete Vermögen und alle Verbindlichkeiten als durch die Gesellschafter in eine neu gegründete *Partnership* eingebracht.⁴⁴² Für die steuerlichen Folgen gelten die allgemeinen Vorschriften. Demzufolge ist die fingierte Übertragung aller Wirtschaftsgüter von der *Partnership* auf die *Association* gegen Gewährung von Anteilen, durch Buchwertfortführung, erfolgsneutral.⁴⁴³ Gleiches gilt für die anschließende Liquidation.⁴⁴⁴ Entsprechend werden auf Ebene der *Association* (fiktiv)

437 §§ 771-777 IRC; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 215.

438 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 215.

439 Treas. Reg. § 301.7701-3(g)(1)(i); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 18.

440 Treas. Reg. § 301.7701-3(g)(1)(i); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 18.

441 Treas. Reg. § 301.7701-3(g)(1)(ii); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 18.

442 Treas. Reg. § 301.7701-3(g)(1)(ii); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 18.

443 § 351(a) IRC; Rev. Rul. 84-111, 1984-2 C.B. 88; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*; Fundamentals of Partnership Taxation (2019), S. 428, 433; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 259.

444 § 732(b) IRC; Rev. Rul. 84-111, 1984-2 C.B. 88; *McMahon/Simmons/Luke/Wells*, Federal Income Taxation of Partnerships and S Corporations (2020), S. 472.

übertragene Wirtschaftsgüter steuerverstrickt.⁴⁴⁵ Optiert hingegen eine nach dem Trennungsprinzip besteuerte Gesellschaft zur Besteuerung als *Partnership* nach dem Transparenzprinzip, entsteht auf Ebene der Gesellschaft eventuell ein Liquidationsgewinn.⁴⁴⁶

Die bis zur Optionsausübung auf Gesellschafterebene festgestellten Verluste nach § 704(d) IRC gehen unter,⁴⁴⁷ denn § 704(d) IRC setzt seinem Wortlaut nach für einen Verlustvortrag die *Partner*-Eigenschaft des Steuerpflichtigen in der Gesellschaft voraus. Diese endet jedoch mit Liquidation der *Partnership*. Gleiches müsste für die nach § 465 IRC vortragsfähigen Verluste gelten. Zwar stellt § 465 IRC nicht auf die *Partner*-Eigenschaft ab, doch ist Voraussetzung des Verlustvortrages im Rahmen des streng tätigkeitsbezogenen § 465 IRC eine Beteiligung an der Tätigkeit.⁴⁴⁸ Von einer solchen kann nach Optionsausübung nicht mehr ausgegangen werden, da künftig nicht mehr der Steuerpflichtige als natürliche Person und *Partner* der transparent besteuerten *Partnership*, sondern die *Association* als eigenes Steuersubjekt die Tätigkeit ausübt. Etwas anderes gilt mit Blick auf einen etwaigen Verlustvortrag nach § 469 IRC (*passive activity rule*). Hier enthält § 469(f) IRC eine Regelung für *former passive activities*. Danach behalten die Verluste ihren Charakter als passive Verluste bei, können jedoch mit den Einnahmen aus der vormals passiven Tätigkeit verrechnet werden.⁴⁴⁹ Mit dem Steuerregimewechsel geht für den Steuerpflichtigen regelmäßig ein Wechsel der Einkunftsart einher (nunmehr *Portfolio* Einkünfte), sodass von einer *former passive activity* ausgegangen werden kann. Dieses Ergebnis wird durch die *Treasury Regulations* bestätigt. Demnach ist die Norm auch auf Fälle anzuwenden, in denen der Steuerpflichtige die Tätigkeit fortan durch eine *C-Corporation* oder eine vergleichbare Gesellschaft ausübt.⁴⁵⁰ Im Falle der Option einer *Partnership* handelt es sich bei der künftigen Besteuerung als *Association* um eine vergleichbare Gesellschaft. Diese Regelung zeitigt jedoch keine Auswirkungen auf die Qualifikation der künfti-

445 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 259.

446 *McMahon/Simmons/Luke/Wells*, Federal Income Taxation of Partnerships and S Corporations (2020), S. 9 f.; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 259.

447 S.u. D.I.2.a.ii(10) Beendigung der Gesellschaft.

448 S.u. D.I.2.c.ii Regelung.

449 § 469(f)(1) IRC; Treas. Reg. § 1.469-1(4)(ii), (iii)(Example 5 & 6).

450 Treas. Reg. § 1.469-1(4)(ii).

gen Einnahmen aus der (nunmehr) *Association*-Beteiligung.⁴⁵¹ Diese qualifizieren fortan als *Portfolio* Einkünfte.⁴⁵²

Für die Optionsausübung einer *S-Corporation* sind keine vergleichbaren Regelungen zu einer fiktiven Übertragung und Liquidation vorgesehen. Doch enthält § 1371(b) IRC explizite Regelungen zu den auf Gesellschaftsebene festgestellten Verlusten („*carryover*“). Diese gehen mit der Optionsausübung respektive deren Widerruf weder unter, noch können sie im Rahmen des neuen Steuerregimes geltend gemacht werden.⁴⁵³ Optiert eine *C-Corporation* mit festgestellten Verlustvorträgen zur Besteuerung nach *Subchapter S*, so können die Verluste aus einem Steuerjahr als *C-Corporation* nicht in ein Steuerjahr als *S-Corporation* übertragen werden.⁴⁵⁴ Dies kann mithin dazu führen, dass die *Corporation* aufgelaufene Verluste aus Jahren als *C-Corporation* nicht geltend machen kann, sie im Gegenzug aber Gewinne aus den folgenden Jahren als *S-Corporation* versteuern muss.⁴⁵⁵ Die Verluste gehen jedoch mit dem Wechsel zur *S-Corporation* nicht endgültig unter.⁴⁵⁶ Deren Verrechenbarkeit wird lediglich aufgeschoben, bis die *S-Corporation* ihre Option widerruft oder aus anderen Gründen nicht mehr als *S-Corporation* besteuert wird.⁴⁵⁷ Bis 2017 ging damit das Risiko eines Verlustunterganges einher.⁴⁵⁸ Für Jahre ab 2018 wurde die zeitliche Begrenzung des Verlustvortrages jedoch aufgehoben, sodass diese nunmehr unbegrenzt vorgetragen werden.⁴⁵⁹ Dasselbe gilt für Verlustvorträge einer *S-Corporation*, wenngleich aufgrund der transparenten Besteuerung hier kaum Verlustvorträge auf Gesellschaftsebene festgestellt werden.⁴⁶⁰ Keine Anwendung findet die Vorschrift auf Verluste, die auf Gesellschafterebene

451 Treas. Reg. § 1.469-1(4)(ii), (iii)(Example 5).

452 Treas. Reg. § 1.469-1(4)(ii), (iii)(Example 5).

453 *Jamison*, *S Corporation Taxation* (2018), S. 353 f., mit dem Hinweis, dass eine Ausnahme im Falle einer *built-in gains* Besteuerung der *S-Corporation* besteht. Hier kann die *S-Corporation* ausnahmsweise u.a. die vortragsfähigen Veräußerungsverluste (*capital loss*) sowie operativen Nettoverluste (*net operating loss*) aus *C-Corporations*-Jahren nutzen.

454 So auch entschieden im Fall *Rosenberg v. Commissioner*, 96 T.C. 451, 454 (1991).

455 So geschehen im Fall *Rosenberg v. Commissioner*, 96 T.C. 451 (1991).

456 *Rosenberg v. Commissioner*, 96 T.C. 451, 454 (1991).

457 *Rosenberg v. Commissioner*, 96 T.C. 451, 454 (1991); dies ist der Fall, wenn die Optionsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen. S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

458 *Jamison*, *S Corporation Taxation* (2018), S. 353.

459 S.u. C.I.2.c.ii(2) Interperiodische Verlustverrechnung.

460 Zur Regelung: § 1371(b)(2) IRC; zur diesbezüglich geringen Bedeutung aufgrund der transparenten Besteuerung: *Jamison*, *S Corporation Taxation* (2018), S. 352.

festgestellt werden, mithin die Verluste nach §§ 1366(d), 465, 469 IRC. Für die nach § 1366(d) IRC festgestellten Verluste enthält § 1366(d)(3) IRC Ausführungen. Die festgestellten Verluste werden so behandelt, als seien sie zum Ende der *post-termination transition period* entstanden (§ 1366(d)(3)(A) IRC).⁴⁶¹ Die *post-termination transition period* läuft ab dem ersten auf den letzten Tag als *S-Corporation* folgenden Tag und dauert grundsätzlich ein Jahr. Sofern aber in diesem Zeitraum die Einreichung der Steuererklärung für das letzte Jahr als *S-Corporation* noch nicht zur Abgabe fällig ist, endet die *post-termination period* erst mit Fälligkeit dieser.⁴⁶² Die festgestellten Verluste können daher noch mit Gewinnen aus diesem Zeitraum verrechnet werden, allerdings maximal bis zur *adjusted basis* der Anteile des Steuerpflichtigen an der *Corporation* (§ 1366(d)(3)(B) IRC).⁴⁶³ Verbleibende Verluste gehen unter.⁴⁶⁴ Das Gleiche müsste für die nach § 465 IRC festgestellten Verluste gelten. § 1366(d)(3)(D) IRC regelt insoweit die entsprechende Anwendbarkeit der § 1366(d)(3)(A) und (B) IRC. Zwar enthalten die *Treasury Regulations* keinen Hinweis zu einer entsprechenden Anwendbarkeit auf Verluste nach § 465 IRC, doch ergibt sich der Untergang der verbleibenden Verluste letztlich schon aus einem Zusammenspiel der § 1366(d)(3)(A) und (B) IRC und § 465 IRC. § 1366(d)(3)(A), (B) und (D) IRC regeln, als Ausnahme, explizit, dass die Verluste noch bis zum Ende der *post-termination transition period* ausgleichsfähig sind. Nach diesem Zeitpunkt gelten die allgemeinen Grundsätze. Das heißt, parallel zu der Problematik im Rahmen der Option einer *Partnership* führt auch hier die Option der *S-Corporation* dazu, dass die Tätigkeit nicht mehr durch den Steuerpflichtigen, sondern durch ein anderes Steuersubjekt ausgeübt wird. Mangels weiterer Teilnahme an der Tätigkeit gehen die Verlustvorträge des Steuerpflichtigen unter. Etwas anderes gilt wiederum für die Verluste aus passiver Tätigkeit (§ 469 IRC). Hier gelten die oben gemachten Ausführungen, mit der Konsequenz, dass die Verluste als passive Verluste bestehen bleiben und mit künftigen Einnahmen verrechnet werden können, entsprechend.⁴⁶⁵

461 § 1366(d)(3)(A) IRC.

462 § 1377(b)(1)(A) IRC.

463 § 1366(d)(3) IRC; gestützt wird dies durch § 1371(b)(2) IRC; Schwarz/Lathrope/Hellwig, *Partnership Taxation* (2017), S. 213.

464 Treas. Reg. § 1.1366-2(b)(2); Hoffman et al., *Corporations, Partnerships, Estates & Trusts* (2013), S. 12-24.

465 § 469(f)(1) IRC; Treas. Reg. § 1.469-1(4)(ii), (iii)(Example 5 & 6).

iii. Wirkungsweise der transparenten Besteuerung

Die Regelungen zur transparenten Besteuerung der *Partnerships* finden sich in *Subchapter K* (§§ 701-777 IRC) beziehungsweise zur teilweise transparenten Besteuerung der *S-Corporations* in *Subchapter S* (§§ 1361-1379 IRC) sowie den zugehörigen *Treasury Regulations*⁴⁶⁶. Die Besteuerung einer *LLC* nach den Vorschriften über *Partnerships* ist dann problematisch, wenn eine Vorschrift zwischen *General Partner* (zur Geschäftsführung befähigt; unbeschränkte Haftung) und *Limited Partner* (keine Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft; beschränkte Haftung) unterscheidet,⁴⁶⁷ denn die Gesellschafter einer *LLC* weisen Eigenschaften beider Gesellschaftertypen (Teilnahme an der Geschäftsführung bei nur beschränkter Haftung) auf.⁴⁶⁸ So findet etwa § 469(h)(2) IRC, der in seinem Wortlaut von „interest in a limited partnership as a limited partner“ spricht, nach der Rechtsprechung keine Anwendung auf die Gesellschafter einer *LLC*.⁴⁶⁹

Aus der (teilweise)⁴⁷⁰ transparenten Besteuerung folgt, dass nicht die Gesellschaft, sondern die hinter ihr stehenden Gesellschafter Steuersubjekt sind (*pass-through principle*).⁴⁷¹ Das heißt, Gewinne, die auf Ebene der Gesellschaft erzielt werden, werden unmittelbar den Gesellschaftern

466 Zum Charakter der *Treasury Regulations*: s.o. C.I.2.a Einführung in das US-amerikanische Einkommensteuerrecht.

467 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 7; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 11-35; zum *General Partner*: §§ 406(a), 404(a) ULPA; zum *Limited Partner*: §§ 302, 303, 502 ULPA.

468 §§ 303(a), 404 ULLCA; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 7; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 7; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 14.

469 S.u. D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.

470 Die Besteuerung der *S-Corporations* ist zwar stark an die der *Partnerships* angeglichen, teilweise erfolgt jedoch ein Einbezug des *Subchapter C*.

471 Zur *Partnership*: §§ 701, 702 IRC; *Möbus*, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 60; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 6; *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 5; *Kesselmeier*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 45 f.; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 3; *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 66; zur *S-Corporation*: §§ 1363(a), 1366(a) IRC; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 95; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 13. An dem grundlegenden Prinzip der transparenten Besteuerung ändert sich auch durch die Neuerungen im *Bipartisan Budget Act* of 2015, Pub. L. 114-74, Nov. 2, 2015 für Steuerjahre nach dem 31.12.2017 nichts. Dieser rückt die Personengesellschaft als solche weiter in den Mittelpunkt und nimmt sie etwa für kalkulatorische Steuerunterzahlungen in die Verantwortung.

zugerechnet und von diesen versteuert.⁴⁷² Dies gilt unabhängig von einer tatsächlichen Ausschüttung an die Gesellschafter.⁴⁷³ Die Gesellschaft wird insoweit nur als Zusammenschluss ihrer einzelnen Gesellschafter gesehen (sogenannter *aggregate approach*).⁴⁷⁴ Allerdings wird, wie schon im deutschen Steuerrecht, an manchen Stellen im Gesetz die Gesellschaft als solche relevant (*entity approach*).⁴⁷⁵ So ist die Gesellschaft etwa Gewinnermittlungssubjekt (*accounting entity*)⁴⁷⁶ und trifft in diesem Rahmen unter anderem die Entscheidungen über das Steuerjahr, die Bilanzierungs- sowie Abschreibungsmethoden.⁴⁷⁷ Die Besteuerung ergibt sich aus einem Zusammenspiel von *aggregate approach* und *entity approach*.⁴⁷⁸

472 Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 97; Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 15, 95, 100; Lyons/Repetti, Partnership Income Taxation (2011), S. 4, 14; Schwarz/Lathrope/Hellwig, Partnership Taxation (2017), S. 32 f., 198; zur *Partnership*: § 702(a) IRC; zur *S-Corporation*: § 1366(a) IRC.

473 Zur *Partnership*: § 702(a) IRC; Treas. Reg. § 1.702-1(a); Beck Chemical Equipment Corp. v. Commissioner, 27 T.C. 840 (1957); Lyons/Repetti, Partnership Income Taxation (2011), S. 8 f., mit dem Hinweis, dass das Gesetz auf den „*distributive share*“ des Gesellschafters und nicht seine „*distributions*“ abstellt; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 126; Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 15, 158; Friedland, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 6; zur *S-Corporation*: § 1366(a) IRC; Bravenec, The Tax Lawyer 1982, 93, 96.

474 Lyons/Repetti, Partnership Income Taxation (2011), S. 1 f.; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 125 f.; Friedland, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 3; Möbus, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 60; z.B. § 701 IRC.

475 Lyons/Repetti, Partnership Income Taxation (2011), S. 1 f.; Möbus, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 60; Kesselmeyer, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 37 f.; Jacobsen, The Tax Lawyer 2011, 15, 21; z.B. §§ 701, 702(b), 703(b), 741 IRC.

476 Zur *Partnership*: § 703 IRC; Möbus, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 61; Lyons/Repetti, Partnership Income Taxation (2011), S. 2, 6; Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 155; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 126 f., mit dem Hinweis, dass Transaktionen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter wie unter fremden Dritten anerkannt werden (§ 707(a)(1) IRC); zur *S-Corporation*: Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 95.

477 Cunningham/Cunningham, The logic of subchapter K (2020), S. 17.

478 Schwarz/Lathrope/Hellwig, Partnership Taxation (2017), S. 31, 58; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996),

Wie oben bereits dargestellt, unterscheidet das US-amerikanische Steuerrecht nicht zwischen verschiedenen Einkunftsarten, sondern zwischen unterschiedlichen Aufwands- und Ertragspositionen.⁴⁷⁹ Dem Gesellschafter wird mithin kein einzelner saldierter Gewinn oder Verlust aus einer Gesellschaftsbeteiligung, sondern mehrere Aufwands- und Ertragspositionen zugerechnet.⁴⁸⁰ Für die Qualifikation dieser Aufwands- und Ertragspositionen wird auf die Gesellschaftsebene abgestellt.⁴⁸¹ Diese Qualifikation gilt auch auf Gesellschafterebene.⁴⁸² Die einzelnen Aufwands- und Ertragspositionen können den Gesellschaftern einer *Partnership* speziell und unabhän-

S. 127 f.; Wootton, *Partnership Taxation* (2016), S. 65; Cunningham/Cunningham, *The logic of subchapter K* (2020), S. 17.

479 S.o. C.I.2.a Einführung in das US-amerikanische Einkommensteuerrecht; eine Auflistung der separat auszuweisenden Aufwands- und Ertragsposten enthält § 702(a) IRC.

480 Für die *Partnership*: §§ 703(a), 702(a) IRC; Möbus, *Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company* (2001), S. 65; Thiele, *Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht* (1998), S. 99; Zschiegner, in: Kramer (Hrsg.), *Grundzüge des US-amerikanischen Steuerrechts* (1990), S. 135 f.; Kahle, *Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership* (1996), S. 128; für die *S-Corporation*: § 1366(a) IRC.

481 Für die *Partnership*: § 702(b) IRC; *Brown Group, Inc. v. Commissioner*, 102 T.C. 616 (1994); Möbus, *Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company* (2001), S. 64; Lyons/Repetti, *Partnership Income Taxation* (2011), S. 2, 6; Kesselmeier, *Die partnership im US-Steuerrecht (Federal)* (2000), S. 48; Schwarz/Lathrope/Hellwig, *Partnership Taxation* (2017), S. 60; Kahle, *Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership* (1996), S. 130, der insoweit auf die „entity theory“ verweist; für die *S-Corporation*: § 1366(b) IRC; Abrams/Leatherman, *Federal income taxation of corporations and partnerships* (2020), S. 555; Hoffman et al., *Corporations, Partnerships, Estates & Trusts* (2013), S. 2-3.

482 Für die *Partnership*: § 702(b) IRC; *Brown Group, Inc. v. Commissioner*, 102 T.C. 616 (1994); Möbus, *Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company* (2001), S. 64 f.; Thiele, *Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht* (1998), S. 99; Kesselmeier, *Die partnership im US-Steuerrecht (Federal)* (2000), S. 48; Schwarz/Lathrope/Hellwig, *Partnership Taxation* (2017), S. 61; Kahle, *Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership* (1996), S. 130; Friedland, *Understanding Partnership and LLC Taxation* (2017), S. 3; für die *S-Corporation*: § 1366(b) IRC; Abrams/Leatherman, *Federal income taxation of corporations and partnerships* (2020), S. 555; Hoffman et al., *Corporations, Partnerships, Estates & Trusts* (2013), S. 2-3.

gig von ihrem Gesellschaftsanteil (disquotal) zugewiesen werden.⁴⁸³ Nur die nicht bereits speziell aus- und zugewiesenen Aufwands- und Ertragspositionen fließen in die Gewinnermittlung auf Ebene der Gesellschaft ein und werden als übriges *partnership taxable income* sodann den Gesellschaftern anteilig zugerechnet.⁴⁸⁴ Die Gesellschaft hat eine Steuererklärung abzugeben (*reporting entity*), in der das Einkommen zunächst auf ihrer Ebene ermittelt und anschließend auf die Gesellschafter verteilt wird.⁴⁸⁵

Für *S-Corporations* gibt es ob des Auseinanderfallens von gesellschaftsrechtlicher Konzeption und Besteuerung⁴⁸⁶ einige Besonderheiten zu beachten.⁴⁸⁷ So finden über § 1371(a) IRC auch Vorschriften aus *Subchapter C* Anwendung.⁴⁸⁸ Daraus resultiert etwa im Falle einer Sachausschüttung an ihre Anteilseigner auf Gesellschaftsebene ein Gewinn, soweit der Verkehrswert den Buchwert übersteigt.⁴⁸⁹ Zudem verbietet sich hier eine disquotale Zuordnung von Aufwands- und Ertragspositionen an die Gesellschafter.⁴⁹⁰ Da für Zwecke der Verlustverrechnung jedoch grundsätzlich das Gleiche gilt wie bei den *Partnerships*, soll hier der kurze Hinweis auf et-

483 § 704(b) IRC; Voraussetzung ist, dass sich der wirtschaftliche Gehalt der Zuweisung in den steuerlichen Folgen widerspiegelt: *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 51, 54 ff.; Abweichendes gilt bei *S-Corporations*.

484 *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 48 ff., 79.

485 Zur *Partnership*: § 6031 IRC; *Kable*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 126 f.; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 155; *Möbus*, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 61; zur *S-Corporation*: § 6037(a) IRC; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 95.

486 Die *S-Corporation* verbindet das rechtliche Umfeld einer Körperschaft mit der einer *Partnership* vergleichbaren Besteuerung: *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-2.

487 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 544.

488 *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 99.

489 § 1368 IRC; §§ 1371(a), 311(b) IRC; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 99; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 4, 14; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 6 Fn. 16.

490 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 555 f.; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 6 Fn. 16; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 10-39; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 515; dies ergibt sich aus dem Erfordernis nur einer Aktiengattung. Hierfür ist erforderlich, dass die Aktien identische Rechte auf Ausschüttungs- und Liquidationserlöse gewähren: § 1361(b) (1)(D) IRC, Treas. Reg. § 1.361-1(l)(1).

waige Besonderheiten genügen und eine vertiefte Darstellung im Weiteren nur an den Punkten erfolgen, an denen sich für die Verlustverrechnung Abweichungen ergeben.

c. „Verlustverrechnung“ – Begriffsbestimmung und Wirkung im System der transparenten Besteuerung

Nachfolgend soll auch hier auf die Begriffe des Verlusts, der Verlustverrechnung sowie auf Verlustverrechnungsbeschränkungen und jeweilige Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung eingegangen werden.

i. Verlust (loss)

Wie bereits dargestellt, kennt das US-amerikanische Recht keine Einkunftsarten, sondern unterscheidet zwischen verschiedenen Aufwands- und Ertragspositionen.⁴⁹¹ Aus deutscher Sicht ist daher zunächst zu klären, was in den USA als Verlust (*loss*) verstanden wird.

(1) Allgemeines zum Verlustbegriff

Das US-Recht unterscheidet in §§ 165, 172 IRC zahlreiche Verlustarten und knüpft hieran mitunter verschiedene Rechtsfolgen an. § 165 IRC bezieht sich auf Verluste aus bestimmten Transaktionen und Ereignissen,⁴⁹² etwa Wettverlust (*wagering loss*),⁴⁹³ Diebstahlschaden (*theft loss*),⁴⁹⁴ Veräußerungsverlust (*capital loss*)⁴⁹⁵ und Katastrophenschaden (*disaster loss*),⁴⁹⁶ um nur einige zu nennen. Als Verlust gilt dabei jeweils der angepasste

491 Möbus, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 64; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 99; s.o. C.I.2.a Einführung in das US-amerikanische Einkommensteuerrecht.

492 Kesselmeyer, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 16.

493 § 165(d) IRC.

494 § 165(e) IRC.

495 § 165(f) IRC.

496 § 165(i) IRC.

Buchwert (*adjusted basis*).⁴⁹⁷ § 172 IRC bezieht sich auf die operativen Verluste (*net operating loss*) als Überschuss der zulässigen Abzüge über die Bruttoeinnahmen unter gewisser Modifikation.⁴⁹⁸ Insoweit stellt der Verlust, ebenso wie in Deutschland, eine Saldogröße dar. Als Modifikation werden etwa bei natürlichen Personen Veräußerungsverluste aus dem Verkauf von Kapitalvermögen nur in Höhe eines gleichartigen Veräußerungsgewinns berücksichtigt.⁴⁹⁹ Gleiches gilt für Abzüge, die nicht im Zusammenhang mit dem Handel und Gewerbe (*trade or business*) des Steuerpflichtigen stehen.⁵⁰⁰ Ferner werden Abzüge im Zusammenhang mit subjektiven Steuerbefreiungen nicht miteinbezogen.⁵⁰¹

Da diese Unterscheidung der Verlustarten für den restlichen Verlauf der Arbeit nur eine untergeordnete Rolle spielt, und die Verlustverrechnungsnormen teils eigene Verlustdefinitionen enthalten,⁵⁰² soll hier ein kurzer Verweis auf die unterschiedliche Verwendung des Begriffs „loss“ genügen.

(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung

Mangels eines einzelnen einheitlich zurechenbaren Saldos aus der Gesellschaftsbeteiligung an den Gesellschafter⁵⁰³ resultieren aus seiner Gesellschaftsbeteiligung unter Umständen verschiedene, dem Gesellschafter zuzurechnende Verlustposten. § 702(a) IRC legt für den Gesellschafter einer *Partnership* fest, welche Verlustarten er in die Berechnung seiner Einkommensteuer einzubeziehen hat. Hierunter fallen etwa Veräußerungsverluste im Zusammenhang mit Vermögensgegenständen, die ein Jahr oder kürzer gehalten wurden (*short-term capital loss*) beziehungsweise die länger

497 § 165(b) IRC.

498 § 172(c) IRC; Kesselmeier, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 16.

499 § 172(d)(2) IRC.

500 § 172(d)(4) IRC.

501 § 172(d)(3) IRC.

502 § 465(d) IRC.

503 Für die *Partnership*: § 703(a) IRC; Möbus, Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (2001), S. 65; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 99; Zschiegner, in: Kramer (Hrsg.), Grundzüge des US-amerikanischen Steuerrechts (1990), S. 135 f.; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 128; für die *S-Corporation*: § 1366(a) IRC; s.o. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

als ein Jahr gehalten wurden (*long-term capital loss*).⁵⁰⁴ Dennoch ist im Rahmen des § 704(d) IRC von „*partnership loss*“ die Rede. Zur Ermittlung dieses *partnership loss* werden die unterschiedlichen Verlustarten zusammengefasst.⁵⁰⁵ Verbleibt ein nicht abzugsfähiger Verlust, behalten die unterschiedlichen Verlustarten ihren Charakter für die Folgejahre bei und verlieren diesen nicht als Teil des *partnership loss*.⁵⁰⁶

§ 465 IRC (*at risk rule*) enthält eine eigene Verlustdefinition.⁵⁰⁷ Dieser beschreibt den Verlust als Überschuss der abzugsfähigen Ausgaben, die bei einer Tätigkeit, welche in den Anwendungsbereich des § 465 IRC fällt, angefallen sind, über die Einnahmen aus dieser Tätigkeit.⁵⁰⁸ Auch für Zwecke der Verlustverrechnungsnormen in §§ 1366(d), 469 IRC, die noch genauer erörtert werden, lässt sich der Begriff Verlust (*loss*) als Überschuss der Abzüge der Gesellschaft respektive der Tätigkeit über ihre Bruttoeinnahmen zusammenfassen.⁵⁰⁹ Der Verlust aus der Veräußerung eines einzelnen Vermögensgegenstandes führt daher nicht zwangsläufig zu einem Verlust im Sinne der §§ 704(d), 1366(d), 465, 469 IRC.⁵¹⁰

ii. Verlustverrechnung

Neben der Unterscheidung zahlreicher Verlustarten enthalten die §§ 165, 172 IRC umfangreiche Regeln zum zulässigen Verlustabzug⁵¹¹ sowie Verlustvor- und -rücktrag.

504 § 702(a)(1) und (2) IRC.

505 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2).

506 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2).

507 § 465(d) IRC; D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

508 § 465(d) IRC.

509 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 19, der sich jedoch nicht auf § 1366(d) IRC bezieht.

510 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 19 f., der sich jedoch nicht auf § 1366(d) IRC bezieht.

511 Der Begriff des Verlustabzugs wird hier nicht in unserem deutschen Sinn der interperiodischen Verlustverrechnung verwendet. Vielmehr wird der Begriff in Abgrenzung zu dem Verlustausgleich nach unserem deutschen Verständnis eingesetzt, da ein „deutscher“ Verlustausgleich mangels Einkunftsarten in den USA ausscheidet. Es geht vielmehr um die steuerliche Abzugsfähigkeit der unterschiedlichen Verlustpositionen.

(1) Intra-periodische Verlustverrechnung

Nach § 165(a) IRC sind Verluste, die nicht durch eine Versicherung oder anderweitig kompensiert werden, steuerlich grundsätzlich zum Abzug zugelassen.⁵¹² Für natürliche Personen gilt dies jedoch nur, wenn sie im Zusammenhang mit einem Handel oder Gewerbe (*trade or business*) oder einer mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeführten Transaktion stehen.⁵¹³ Genau wie in Deutschland sind damit Verluste aus Liebhaberei (*hobby losses*) von vornherein von der Verlustverrechnung ausgeschlossen.⁵¹⁴ Losgelöst von diesen beiden Erfordernissen können Verluste auch dann steuerlich geltend gemacht werden, wenn sie durch Feuer, Sturm, Schiffbruch oder andere Unfälle oder durch Diebstahl entstanden sind.⁵¹⁵

(2) Inter-periodische Verlustverrechnung

§ 172 IRC enthält detaillierte Regelungen zum Verlustvor- und -rücktrag eines operativen Nettoverlusts (*net operating loss*).⁵¹⁶ Diese wurden in den letzten Jahren mehrfach geändert. Zunächst wurde im Rahmen des *Tax Cuts and Jobs Act* im Jahre 2017 ein Verlustrücktrag (*loss carryback*) für Verluste, die in Steuerjahren entstanden sind, die nach dem 31. Dezember 2017 begonnen haben, grundsätzlich ausgeschlossen.⁵¹⁷ Eine Ausnahme besteht für Verluste aus landwirtschaftlicher Tätigkeit. Insoweit ist nach wie vor ein Verlustrücktrag in die beiden vorangegangenen Steuerjahre möglich.⁵¹⁸ Im Gegenzug zum Wegfall des Verlustrücktrages wurde die zeitliche Begrenzung für den Verlustvortrag (*loss carryover*) aufgehoben.⁵¹⁹ Zugleich wurde für den Verlustvortrag eine betragsmäßige Grenze auf 80 % des zu versteuernden Einkommens (*taxable income*) festgeschrie-

512 Cameron/Manning, Federal taxation of property transactions (2012), S. 843.

513 § 165(c)(1), (2) IRC; Cameron/Manning, Federal taxation of property transactions (2012), S. 843.

514 § 183 IRC; Daniels, Issues in International Partnership Taxation (1991), S. 35.

515 § 165(c)(3) IRC.

516 Zur Bestimmung des *net operating loss*: C.I.2.c.i(1) Allgemeines zum Verlustbegriff.

517 § 172(b)(1)(A)(i) IRC; *Tax Cuts and Jobs Act*, Pub. L. 115–97, title 1, § 13302, Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2054, 2122.

518 § 172(b)(1)(B) IRC; eine weitere Ausnahme ist für Versicherungsgesellschaften vorgesehen, § 172(b)(1)(C) IRC.

519 § 172(b)(1)(A)(ii) IRC; *Tax Cuts and Jobs Act*, Pub. L. 115–97, title 1, § 13302, Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2054, 2122.

ben.⁵²⁰ Um die wirtschaftlichen Folgen nach den Einbrüchen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie im Frühjahr 2020 zu mildern und die Konjunktur wieder anzukurbeln, wurde im *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act* im Jahr 2020 für Verluste aus den Jahren 2018, 2019 und 2020 ein Verlustrücktrag in die fünf vorangegangenen Jahre eingeführt.⁵²¹ Zudem wurde für diese Verluste die 80 %-Grenze für den Verlustvortrag vorübergehend ausgesetzt.⁵²² Sonderregelungen sind für *real estate investment trusts* (REIT-Gesellschaften) vorgesehen.⁵²³

(3) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung

Grundsätzlich ist das zu versteuernde Einkommen auf Ebene einer transparent besteuerten Gesellschaft ebenso zu berechnen wie das einer natürlichen Person.⁵²⁴ Hiervon gilt es allerdings Ausnahmen, auch zum Verlustabzug, zu beachten.⁵²⁵ So findet § 172 IRC auf Gesellschaftsebene keine Anwendung.⁵²⁶ Dies folgt meines Erachtens bereits aus der Systematik der transparenten Besteuerung, denn die Verluste werden unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet, sodass auf Gesellschaftsebene kein Verlust im Sinne des § 172 IRC verbleibt.⁵²⁷ Umgekehrt gilt § 165 IRC bezogen auf Verluste auf Ebene einer transparent besteuerten Gesellschaft bereits auf Gesellschaftsebene. Eine erneute Anwendung des § 165 IRC auf denselben Verlust auf Gesellschafterebene unterbleibt.⁵²⁸

520 § 172(a)(2) IRC; *Tax Cuts and Jobs Act*, Pub. L. 115–97, title 1, § 13302, Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2054, 2121.

521 § 172(b)(1)(D)(i) IRC; *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act*, Pub. L. 116–136, div. A, title II, § 2303, Mar. 27, 2020, 134 Stat. 352 ff.; zur Intention des *CARES Act*: *U.S. Department of the Treasury*, abrufbar unter: <https://home.treasury.gov/policy-issues/cares> (zuletzt abgerufen am 02.12.2020); das Gesetz selber führt einleitend als Begründung sehr knapp aus: „To provide emergency assistance and health care response for individuals, families, and businesses affected by the 2020 coronavirus pandemic“.

522 § 172(a)(1) IRC.

523 § 172(b)(1)(D)(ii) IRC.

524 § 703(a) IRC.

525 § 703(a)(2) IRC.

526 § 703(a)(2)(D) IRC.

527 S.o. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

528 In *Garcia v. Commissioner*, 96 T.C. 792, 797 (1991) wurde explizit entschieden, dass für Verluste aus einer Personengesellschaftsbeteiligung § 165 IRC bereits auf Ebene der Gesellschaft Anwendung findet und ein so ermittelter etwaiger Verlust beim Gesellschafter nicht mehr § 165 IRC unterliegt („The overall sta-

Der Gesellschafter kombiniert jeden separat ausgewiesenen Gesellschaftsposten (§§ 703(a)(1), 702(a) IRC) mit ähnlichen Posten, die ihm aus anderen Quellen zufließen, zur Ermittlung seines zu versteuernden Einkommens.⁵²⁹

iii. Verlustverrechnungsbeschränkung

Der *Internal Revenue Code* enthält einige allgemeine, aber auch spezielle Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung.

(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen

Für die Beschränkungen der interperiodischen Verlustverrechnung wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.⁵³⁰ Daneben enthält § 165 IRC einige Verlustabzugsbeschränkungen für bestimmte Verlusttypen. Für Verluste im Zusammenhang mit einem Unfall (Feuer, Sturm, Schiffbruch, andere Unfälle oder Diebstahl) enthält das Gesetz einen Selbstbehalt. Diese Verluste dürfen nur abgezogen werden, soweit sie pro Schadensfall 100 USD sowie 10 % des bereinigten Bruttoeinkommens (*adjusted gross income*) übersteigen.⁵³¹ Für die Steuerjahre 2018 bis 2025 gilt für natürliche Personen eine weitere Einschränkung. In diesen Steuerjahren dürfen derartige Unfallverluste grundsätzlich nur dann abgezogen werden, wenn sie auf eine vom Bund als solche erklärte Katastrophe zurückzuführen sind.⁵³²

Neben den §§ 165, 172 IRC gibt es über den gesamten IRC verteilt weitere Regelungen, welche die Verlustverrechnung beschränken. Neben §§ 704(d), 1366(d), 465 und 469 IRC, die vornehmlich im Rahmen der transparenten Besteuerung relevant werden, sind insbesondere die §§ 267, 613A(d), 1091 und 1211 IRC zu nennen. § 267(a)(1) IRC enthält ein grundsätzliches Verlustabzugsverbot für Verluste, die aus einer Transakti-

tutory scheme requires that the determination of whether section 165 is applicable to a partner's distributive share of bottom line partnership loss be made at the partnership level and not at the partner level“).

529 *García v. Commissioner*, 96 T.C. 792, 794 (1991).

530 S.o. C.I.2.c.ii(2) Interperiodische Verlustverrechnung.

531 § 165(h)(1), (2) IRC. Für Steuerjahre, die vor dem 01.01.2010 begonnen haben, liegt der Selbstbehalt bei 500 USD.

532 § 165(h)(5) IRC.

on zwischen nahestehenden Personen stammen.⁵³³ Ausschlaggebend war die Überlegung, dass der realisierte Verlust nicht zwingend einen tatsächlichen wirtschaftlichen Verlust widerspiegelt, wenn man die nahestehenden Personen als eine wirtschaftliche Einheit betrachtet.⁵³⁴ § 613A(d) IRC enthält eine Verrechnungsbeschränkung für Ausgaben im Bereich von Öl- und Gasbohrungen auf 65 % des relevanten steuerbaren Einkommens. § 1091 IRC beschränkt den Verlustabzug im Zusammenhang mit einer Veräußerung von Aktien oder Wertpapieren, sofern der Steuerpflichtige 30 Tage vor oder nach dem Veräußerungszeitpunkt einen Vertrag oder eine Option zum Erwerb von im Wesentlichen identischen Aktien oder Wertpapieren abschließt.⁵³⁵ § 1211 IRC sieht eine Beschränkung für Veräußerungsverluste vor.⁵³⁶

Für Verluste aus landwirtschaftlicher Tätigkeit ist für die Steuerjahre, die nach dem 31. Dezember 2017 beginnen und vor dem 1. Januar 2026 enden, sowie für sonstige Verluste für die Steuerjahre, die nach dem 31. Dezember 2020 beginnen und vor dem 1. Januar 2026 enden, zudem § 461(l) IRC zu berücksichtigen.⁵³⁷ Dieser beschränkt für Steuerpflichtige, die keine *C-Corporations* sind, den Abzug von sogenannten „überschüssigen Geschäftsverlusten“ („*excess business losses*“) auf 250,000 USD für einzelveranlagte respektive 500,000 USD für zusammenveranlagte Steuerpflichti-

533 § 267(a)(1)(Sentence 2) IRC sieht eine Ausnahme für die ausschüttende Gesellschaft im Falle einer Ausschüttung im Rahmen einer vollständigen Liquidation vor.

534 *Cameron/Manning*, *Federal taxation of property transactions* (2012), S. 843.

535 § 1019(a) IRC; *Cameron/Manning*, *Federal taxation of property transactions* (2012), S. 843.

536 Nach § 1211(b) IRC darf eine natürliche Person Veräußerungsverluste nur i.H.v. erzielten Veräußerungsgewinnen zuzüglich eines Betrags von max. 3,000 USD im Steuerjahr geltend machen. Vgl. auch *Thiele*, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 81; *Kahle*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 74 f.

537 Der Anwendungszeitraum für die sonstigen Verluste wurde infolge der COVID-19-Pandemie im *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act* 2020, Pub. L. 116–136, div. A, title II, § 2304, Mar. 27, 2020, 134 Stat. 352 ff. angepasst. Zunächst war die Beschränkung ebenso wie bei den landwirtschaftlichen Verlusten für die Steuerjahre, die nach dem 31. Dezember 2017 beginnen und vor dem 1. Januar 2026 enden, kodifiziert. Zur ursprünglichen Gesetzeslage: Pub. L. 115–97, title I, § 11012(a), Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2054, 2071.

ge.⁵³⁸ Nicht abzugsfähige Verluste werden als *net operating loss*, das heißt nach den Regeln des § 172 IRC fortgetragen.⁵³⁹

(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung

Ob Verluste, die ein Gesellschafter mittels einer für Steuerzwecke als (teilweise)⁵⁴⁰ transparent zu behandelnden Gesellschaft erzielt, mit anderen Ertragspositionen verrechnet werden können, richtet sich vorwiegend nach den §§ 704(d), 1366(d), 465, 469 IRC. Diese enthalten, allerdings nicht alle ausschließlich, Verlustverrechnungsbeschränkungen für Verluste im Rahmen der (teilweise)⁵⁴¹ transparenten Besteuerung. Während sich die §§ 704(d) und 1366(d) IRC ausdrücklich an die Gesellschafter einer *Partnership* respektive einer *S-Corporation* richten,⁵⁴² finden die §§ 465, 469 IRC auf alle in den Vorschriften näher bezeichneten Aktivitäten Anwendung, unabhängig davon, ob sie mittels einer *Partnership* oder *S-Corporation* ausgeführt werden.⁵⁴³ Die Gesetzeshistorie zeigt jedoch, dass auch diese beiden Vorschriften gerade mit Blick auf transparent besteuerte Gesellschaftsformen eingeführt wurden, da diese vermehrt für Steuersparmodelle eingesetzt wurden.⁵⁴⁴

§ 704(d) IRC beschränkt für die Beteiligung an einer *Partnership* und § 1366(d) IRC für die Beteiligung an einer *S-Corporation* die Verlustverrechnung auf die Höhe der *adjusted outside basis* respektive die *adjusted debt* und *equity basis*.⁵⁴⁵ Hiermit soll eine Gleichstellung zu den Einzelunternehmern erfolgen beziehungsweise die Verlustverrechnung an die Höhe der Investitionen angepasst werden.⁵⁴⁶ Darüber hinaus beschränkt

538 § 461(l) IRC; *Vercelli*, The Tax Adviser 2019, 337; *Burton*, The Tax Adviser 2019, 132.

539 § 461(l)(2) IRC; *Vercelli*, The Tax Adviser 2019, 337; *Burton*, The Tax Adviser 2019, 132.

540 *S-Corporations* werden nicht in vollem Umfang als transparent behandelt: s.o. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

541 *S-Corporations* werden nicht in vollem Umfang als transparent behandelt: s.o. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

542 §§ 704(d)(1), 1366(d)(1) IRC.

543 §§ 465(c), 469(c) IRC.

544 Zu § 465 IRC: s.u. D.I.2.c.i Hintergrund; zu § 469 IRC: s.u. D.I.2.d.i Hintergrund.

545 S.u. D.I.2.a § 704(d) IRC – *limitation to the partner's outside basis*, resp. D.I.2.b § 1366(d) IRC – *limitation to shareholder's basis in stock and debt*.

546 Zu § 704(d) IRC: D.I.2.a.i Hintergrund; zu § 465 IRC: D.I.2.b.i Hintergrund.

§ 465 IRC die Verlustverrechnung tätigkeitsbezogen auf die Höhe des wirtschaftlichen Risikos (*amount at risk*).⁵⁴⁷ Dieser bezweckt, Lücken zu schließen, welche die §§ 704(d), 1366(d) IRC offen lassen.⁵⁴⁸ So bleiben sogenannte *nonrecourse* Verbindlichkeiten, das heißt Verbindlichkeiten, für die kein Gesellschafter oder nahestehende Personen persönlich, sondern allein gewährte Sicherheiten haften,⁵⁴⁹ im Rahmen des § 465 IRC unberücksichtigt, während sie sich im Rahmen des § 704(d) IRC erhöhend auf die Verlustverrechnung auswirken.⁵⁵⁰ § 469 IRC letztlich beschränkt die Verrechenbarkeit von Verlusten aus passiven Tätigkeiten auf Gewinne aus ebenfalls passiven Tätigkeiten.⁵⁵¹ Die Vorschrift enthält für beschränkt haftende Gesellschafter einer *Limited Partnership* die Vermutung einer passiven Tätigkeit.⁵⁵² Diese kann nur unter vier speziell geregelten Ausnahmen widerlegt werden.⁵⁵³

Eine detaillierte Darstellung dieser vier Beschränkungsnormen erfolgt in Teil D.I.2 USA: Verlustverrechnungsbeschränkungen gem. §§ 704(d), 1366(d), 465, 469 IRC, dieser Arbeit.

d. Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips

Im Unterschied zur *Partnership* und *S-Corporation* wird die *C-Corporation* nach dem Trennungsprinzip als eigenständiges Steuersubjekt getrennt von ihren Anteilseignern besteuert.⁵⁵⁴ Eine unmittelbare Zurechnung der Gesellschaftsgewinne oder -verluste an die Anteilseigner unterbleibt.⁵⁵⁵ Während die Anteilseigner eine Gewinnausschüttung als Dividende zu versteuern haben, bleiben die Verluste auf Ebene der *C-Corporation* verhaftet und

⁵⁴⁷ S.u. D.I.2.c § 465 IRC – *at risk rule*.

⁵⁴⁸ S.u. D.I.2.c.i Hintergrund.

⁵⁴⁹ Zur Definition einer *nonrecourse liability* einer *Partnership*: Treas. Reg. § 1.752-1(a)(2).

⁵⁵⁰ S.u. D.I.2.c.i Hintergrund.

⁵⁵¹ S.u. D.I.2.d § 469 IRC – *passive activity rule*.

⁵⁵² § 469(h)(2) IRC.

⁵⁵³ S.u. D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.

⁵⁵⁴ *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 2-3; s.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

⁵⁵⁵ *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 17, 87; *Kable*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 286 f.; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 22.

sind im Rahmen ihrer Besteuerung zu berücksichtigen.⁵⁵⁶ Bei dieser stellt sich die Frage nach etwaigen Verlustrück- oder -vorträgen sowie einem Verlustübergang auf einen Rechtsnachfolger.⁵⁵⁷ Ebenso wie bei natürlichen Personen findet hierbei § 172 IRC Anwendung.⁵⁵⁸ Vergleichbar den deutschen Regelungen in §§ 8c, 8d KStG enthalten § 381 IRC und § 382 IRC Sonderregelungen. Sie statuieren eine Einschränkung oder gar einen Untergang des Verlustvortrages bei bestimmten Anteilsübertragungen (in manchen Fällen aber nur dann, wenn zudem der Unternehmenszweck geändert wird).⁵⁵⁹

Trotz des Trennungsprinzips können sich Gesellschaftsverluste mittelbar auf Gesellschafterebene auswirken.⁵⁶⁰ Eine solche mittelbare Auswirkung zeitigt die vollständige Wertlosigkeit der Aktien.⁵⁶¹ Handelt es sich bei den Aktien um Anlagevermögen, sieht § 165(g)(1) IRC zum Ende des Steuerjahres, in dem die Wertlosigkeit eintritt, die Realisierung eines Veräußerungs- oder Tauschverlusts vor.⁵⁶² Mithin sind die Beschränkungen aus §§ 1211, 1212 IRC für Veräußerungsverluste zu beachten.⁵⁶³ Stellen die Aktien kein Anlagevermögen dar, führt die vollständige Wertlosigkeit zu einem Normalverlust (*ordinary loss*) im Sinne des § 165(a) IRC.⁵⁶⁴ Für

556 Zur Besteuerung einer Gewinnausschüttung als Dividende: §§ 61(a)(7), 316 IRC; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 94; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 279 ff.; Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 5 f.; Friedland, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 21.

557 Zum Verlustrück- bzw. -vortrag eines *capital loss*: § 1212(a)(1) IRC; zum Verlustrück- bzw. -vortrag eines *net operating loss*: § 172 IRC; Treas. Reg. § 1.172-4(a)(1) (ii); Hoffman et al., Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 2-17; zum grundsätzlichen Übergang des Verlustvortrages auf einen Rechtsnachfolger: Hoffman et al., Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 7-28.

558 Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 95; Zschiegner, in: Kramer (Hrsg.), Grundzüge des US-amerikanischen Steuerrechts (1990), S. 126; Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 86 f.; s.o. C.I.2.c.ii(2) Interperiodische Verlustverrechnung.

559 Zschiegner, in: Kramer (Hrsg.), Grundzüge des US-amerikanischen Steuerrechts (1990), S. 126; Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 95.

560 Treas. Reg. § 1.165-4(a).

561 § 165(g)(1) IRC; Treas. Reg. § 1.165-4(a); Hoffman et al., Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-20.

562 Hoffman et al., Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-20.

563 Treas. Reg. § 1.165-5(c).

564 Treas. Reg. § 1.165-5(b); Hoffman et al., Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-20.

Verluste von natürlichen Personen⁵⁶⁵ im Zusammenhang mit Aktien an kleinen Unternehmen ist eine Umqualifizierung für andernfalls als Veräußerungsverlust zu qualifizierende Verluste in einen Normalverlust im Sinne des § 165(a) IRC vorgesehen.⁵⁶⁶ Die Höhe der Umqualifizierung ist in § 1244 IRC näher bestimmt.⁵⁶⁷ Die Beweislast über die vollständige Wertlosigkeit trifft den Steuerpflichtigen.⁵⁶⁸ Bei einem nur teilweisen Wertverlust wirkt sich dieser nur bei Verkauf oder Tausch durch den Gesellschafter mittelbar bei diesem aus,⁵⁶⁹ allerdings nicht, wenn der Verkauf an eine nahestehende Person erfolgt.⁵⁷⁰ Dies gilt auch, wenn der Wertverlust zwar enorm ist, aber nicht zur kompletten Wertlosigkeit führt.⁵⁷¹

Ausnahmsweise kennt das US-amerikanische Steuerrecht im Bereich der Körperschaftsteuer eine Einkommenszurechnung zwischen – grundsätzlich – eigenständigen Steuersubjekten im Rahmen der Gruppenbesteuerung (*consolidated group*).⁵⁷² Hierfür gibt ein Konzern (*affiliated group*) eine konsolidierte Steuererklärung ab.⁵⁷³ Die Gewinne und Verluste der einzelnen Gruppenmitglieder werden sodann miteinander verrechnet.⁵⁷⁴ Um Mantelkäufe zu verhindern, sind Verluste einer Konzerngesellschaft, die diese vor ihrer Konzernzugehörigkeit erlitten hat, in der Verrechnung eingeschränkt.⁵⁷⁵ Voraussetzung der Gruppenbesteuerung ist unter anderem, dass es sich sowohl bei der Muttergesellschaft als auch den eingeglie-

565 Für diesen Zweck erfolgt eine ausdrückliche Abkehr des Grundsatzes, wonach Treuhandgesellschaften und Nachlässe (*trusts and estates*) wie natürliche Personen besteuert werden (§ 641(b) IRC); § 1244(d)(4) IRC.

566 § 1244 IRC; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-22 f.

567 § 1244(b) IRC: Pro Steuerjahr maximal ein Gesamtbetrag von 50,000 USD für einen Steuerpflichtigen resp. 100,000 USD im Falle einer Zusammenveranlagung.

568 *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-20.

569 Treas. Reg. § 1.165-4(a); *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-20.

570 *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-20.

571 Treas. Reg. § 1.165-4(a).

572 §§ 1501-1504 IRC; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 492.

573 § 1501 IRC; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 493.

574 Treas. Reg. § 1.1502-11; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 494 f.

575 Treas. Regs. §§ 1.1502-21, 1.1502-15; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 720; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 500.

dernten Gesellschaften um eine *Corporation* handelt.⁵⁷⁶ Ausgeschlossen von einer Gruppenbildung sind sowohl *S-Corporations* und ausländische Gesellschaften als auch steuerbefreite *Corporations*.⁵⁷⁷ Weitere Voraussetzung ist, dass die Muttergesellschaft mindestens 80 % der Aktien in einer eingliederungsfähigen Gesellschaft besitzt und mindestens 80 % der Aktien jeder eingliederungsfähigen Gesellschaft von ein oder mehreren anderen eingliederungsfähigen Gesellschaften gehalten werden.⁵⁷⁸

Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 465 IRC sowie des § 469 IRC findet auch auf *closely held C-Corporations* Anwendung.⁵⁷⁹ § 469 IRC darüber hinaus auch auf *personal service Corporations*.⁵⁸⁰ § 165(c) IRC ist hingegen nur auf natürliche Personen anwendbar, wobei für Verluste aus Kapitalverkäufen (*capital loss*) die Beschränkungen in §§ 165(f), 1211(a) IRC bei *Corporations* zu beachten sind.⁵⁸¹

e. Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung

Das US-amerikanische Steuerrecht kennt keine Maßgeblichkeit des Handelsrechts für das Steuerrecht.⁵⁸² Dies ist verständlich, führt man sich die unterschiedlichen Gesetzgebungshoheiten vor Auge. Während der Bund für die *Federal Income Tax* zuständig ist, gebührt den Einzelstaaten die Gesetzgebungshoheit über das Handelsrecht.⁵⁸³ Auch wenn die allermeisten Staaten sich im Personengesellschaftsrecht den Musterentwürfen UPA/

⁵⁷⁶ § 1504(a)(1), (b) IRC.

⁵⁷⁷ § 1504(b) IRC; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 493.

⁵⁷⁸ § 1504(a)(1), (2) IRC; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 493.

⁵⁷⁹ § 465(a)(1)(B) IRC; § 469(a)(2)(B), (j)(1) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[2][a], 19.05[2]; zu § 469 IRC auch: *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 36.

⁵⁸⁰ § 469 (a)(2)(C), (j)(2) IRC; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 36; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[2].

⁵⁸¹ *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 36.

⁵⁸² *Kable*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 79.

⁵⁸³ *Kesselmeier*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 23; zur Kompetenz der Einzelstaaten in Bezug auf das Handelsrecht auch: *Röder*, *RabelsZ* 2014, 109, 118.

RUPA (*Uniform Partnership Act/Revised Uniform Partnership Act*)⁵⁸⁴ und ULPA/RULPA (*Uniform Limited Partnership Act/Revised Uniform Limited Partnership Act*)⁵⁸⁵ angeschlossen haben, ist keine einheitliche Ausgestaltung des Handelsrechts gewährleistet.⁵⁸⁶ Eine steuerliche Anknüpfung für Zwecke der bundesweit erhobenen *Federal Income Tax* scheidet aus. Ein Gleichlauf von steuerlicher Verlustverrechnung und handelsrechtlicher Haftung ist mithin allein durch eine generalisierte Bezugnahme auf eine handelsrechtlich definierte Gesellschafterstellung kaum darstellbar. Wenngleich ein Anknüpfen an die handelsrechtliche Gesellschafterhaftung unterbleibt, spielt die Haftung (definiert nach dem Steuerrecht) auch im US-amerikanischen Steuerrecht eine entscheidende, wenn auch nicht die allein maßgebliche Rolle für die Verlustverrechnung im Rahmen der (teilweisen)⁵⁸⁷ transparenten Besteuerung.

Über die Jahre wurde in den USA ein grundsätzlich dreistufiges Verlustverrechnungsbeschränkungssystem im Bereich der transparenten Besteuerung konzipiert.⁵⁸⁸ Für die Steuerjahre 2018 bis 2025 (für landwirtschaftliche Verluste) respektive die Steuerjahre 2021 bis 2025 (für die sonstigen Verluste) wurde mit § 461(l) IRC eine vierte Stufe, wenn auch nicht ausschließlich für die transparente Besteuerung eingeführt.⁵⁸⁹

Auf der ersten Stufe existiert kein spezifischer Konnex zwischen Haftung und Verlustverrechnung. Unabhängig der Beteiligungsart wird bei den Gesellschaftern einer *Partnership* auf den fortgeschriebenen Buchwert der Beteiligung (*adjusted outside basis*) beziehungsweise bei den Gesellschaftern einer *S-Corporation* auf den fortgeschriebenen Buchwert der Aktien (*adjusted equity basis*) sowie den fortgeschriebenen Buchwert an den Schulden, die die Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner hat (*adjusted debt basis*), abgestellt.⁵⁹⁰

584 UPA 1914 und UPA 1997; RUPA 1992 und RUPA 1994.

585 ULPA 1916 und ULPA 2001; RULPA 1976 und RULPA 1985.

586 Stand aus dem Jahr 2000: Kesselmeier, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 24 f.; zur Übernahme der RULPA in den allermeisten Staaten, jedoch teilweise mit erheblichen Abweichungen: Röder, RabelsZ 2014, 109, 120.

587 *S-Corporations* werden nicht in vollem Umfang als transparent behandelt: s.o. C.I.2.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der (teilweise) transparenten Besteuerung.

588 Hoffman et al., Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 10-32.

589 S.o. C.I.2.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.

590 § 704(d) IRC; § 1366(d)(1) IRC; Abrams/Leatherman, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 575 ff.; s.o. C.I.2.c.iii(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung.

Die *adjusted outside basis* ergibt sich in erster Linie aus den Einlagen und eines etwaig gezahlten Kaufpreises des Gesellschafters.⁵⁹¹ Als Bareinlage eines Gesellschafters wird auch sein Anteil an den Gesellschaftsverbindlichkeiten angesehen.⁵⁹² Hier ist zwischen *recourse* und *nonrecourse* Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu unterscheiden. Gesellschaftsverbindlichkeiten sind *recourse* Verbindlichkeiten, soweit mindestens ein Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person das wirtschaftliche Risiko trägt.⁵⁹³ Die *recourse* Verbindlichkeiten der Gesellschaft werden nur und soweit den Gesellschaftern anteilig zugerechnet, soweit sie hierfür haften (*bear the economic risk of loss*).⁵⁹⁴ Das sind regelmäßig unbeschränkt die *General Partner* und beschränkt auf ihre noch ausstehende Einlage die *Limited Partner*.⁵⁹⁵ Zwar trägt der *Limited Partner* auch in Höhe seiner bereits erbrachten Einlage ein wirtschaftliches Risiko,⁵⁹⁶ doch hat sich insoweit seine *outside basis* bereits erhöht.⁵⁹⁷

Für die Frage, wer letztlich das wirtschaftliche Risiko einer Verbindlichkeit trägt, werden grundsätzlich sämtliche vertragliche sowie gesetzliche

591 §§ 705, 722, 742 IRC; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 132.

592 § 752(a) IRC.

593 Treas. Reg. § 1.752-1(a)(1); Wootton, Partnership Taxation (2016), S. 101; Cunningham/Cunningham, The logic of subchapter K (2020), S. 165.

594 Treas. Reg. § 1.752-2; Brown v. Commissioner, 40 T.C.M. 725 (1980); Maule, The Tax Lawyer 1991, 483, 507.

595 Zur unbeschränkten Haftung der *General Partner*: § 404(a) ULPA 2001; Bishop, Suffolk U. L. Rev. 2004, 667, 674; zur beschränkten Haftung eines *Limited Partners*: §§ 303, 502 ULPA 2001; S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3482; Kingbay v. Commissioner, 46 T.C. 147, 153 (1966); Ribstein et al., Unincorporated Business Entities (2013), S. 239 f., 251; Elsing, in: Kramer (Hrsg.), Grundzüge des US-amerikanischen Steuerrechts (1990), S. 10; Schwarz/Lathrope/Hellwig, Partnership Taxation (2017), S. 30; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 157 f.; Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 190; Friedland, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 161.

596 §§ 303, 502 ULPA 2001; United States Court of Appeals, Villa West Associates Williamson v. C Kay, 146 F.3d 798, Rn. 16 (10th Cir. 1998): „No Limited Partner shall be personally liable for any of the debts of the Limited Partnership or any of the losses thereof beyond the amount committed by him to the capital of the Limited Partnership and his share of undistributed profits of the Limited Partnership.”

597 §§ 705, 722 IRC.

Zahlungsverpflichtungen und etwaige Regressansprüche berücksichtigt.⁵⁹⁸ Zur Ermittlung der anteiligen Risikotragung wird eine „*constructive liquidation*“ der Gesellschaft fingiert.⁵⁹⁹ Dabei wird die vollumfängliche Fälligkeit sämtlicher Gesellschaftsverbindlichkeiten sowie die Wertlosigkeit aller Vermögensgegenstände der Gesellschaft unterstellt.⁶⁰⁰ Ferner wird angenommen, dass die Gesellschaft über all ihre Vermögensgegenstände (ohne Gegenleistung) verfügt, alle Ertrags-, Gewinn-, Verlust- oder Abzugsposten auf die Gesellschafter verteilt werden und die Gesellschaft liquidiert wird.⁶⁰¹ Auf den ersten Blick knüpft damit die *adjusted outside basis*, mithin der Umfang der Verlustverrechnung der *Partnership*-Gesellschafter, bereits auf der ersten Stufe an die Haftung der Gesellschafter an. Dieser Eindruck wird getrübt, nimmt man die steuerliche Behandlung der *LLC* wie auch der *nonrecourse* Gesellschaftsverbindlichkeiten mit in den Blick. *Nonrecourse* Verbindlichkeiten sind Verbindlichkeiten, soweit lediglich Sicherheiten, aber kein Gesellschafter (oder eine ihm nahestehende Person) persönlich für sie haftet.⁶⁰² Aus der gesellschaftsrechtlichen Natur der *LLC* als Gesellschaft ohne persönlich haftende Gesellschafter folgt für das Steuerrecht, dass sämtliche Verbindlichkeiten der *LLC*, soweit nicht eine nahestehende Person haftet oder etwas Abweichendes vereinbart wurde, als *nonrecourse* Verbindlichkeiten qualifizieren.⁶⁰³ Da eine Zuteilung anhand der individuellen Haftung der einzelnen Gesellschafter ausscheidet, wer-

598 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(i); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 16; eine Ausnahme besteht für sog. *bottom dollar payment obligations*, Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(ii).

599 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(1)(i), (ii); *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 101; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 171 f.; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 169.

600 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(1)(iii)-(v); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 172; *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 101; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 169.

601 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(6); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 172 f.; *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 101; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 169.

602 Treas. Reg. §§ 1.704-2(b)(3), 1.752-1(a)(2); *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 182; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 160; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 165, 175. Dieser Ansatz stammt aus einem gerichtlich entwickelten Grundsatz, der sog. *Crane rule* (*Crane v. Commissioner*, 331 U.S. 1 (1947)), die sich mit der Behandlung von *nonrecourse* Verbindlichkeiten auseinandersetzt, S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3482.

603 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 17; *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 82.

den diese Verbindlichkeiten grundsätzlich allen Gesellschaftern, auch den *Limited Partnern*, anteilig zugerechnet und wirken sich damit erhöhend auf die *outside basis* aller aus.⁶⁰⁴ Dieses Verteilungskonzept fußt auf dem Gedanken, dass die Verbindlichkeit mangels Haftung nur aus künftigen Erträgen und Vermögensgegenständen zu begleichen ist, diese jedoch anteilig allen Gesellschaftern zuzurechnen sind.⁶⁰⁵ Besonderheiten sind bei Gesellschafterdarlehen zu beachten. Ist der Gläubiger einer *nonrecourse* Verbindlichkeit seinerseits Gesellschafter der Schuldner-Gesellschaft, wird die Verbindlichkeit ausschließlich dem Gläubiger-Gesellschafter zugerechnet,⁶⁰⁶ denn dieser trägt das volle wirtschaftliche Risiko.⁶⁰⁷ Handelt es sich bei dem Gesellschafterdarlehen um ein *recourse* Darlehen, wird dieses nach den allgemeinen Grundsätzen wie ein Darlehen eines Dritten behandelt.⁶⁰⁸

Für die Gesellschafter einer *S-Corporation* würde die Anknüpfung an ihre Gesellschafterhaftung zu einem Verlustverrechnungsausschluss für die Gesellschaftsverluste führen, da die Gesellschafter, aufgrund der eigenen Rechtssubjektivität der *S-Corporation*, grundsätzlich nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften.⁶⁰⁹ Da die *S-Corporation* gleichwohl im Grunde wie die *Partnership* transparent besteuert wird und die Verluste

604 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3482; für die genaue Ermittlung der anteiligen Zurechnung siehe: Treas. Reg. § 1.752-3; Kahle, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 159 ff.; Cunningham/Cunningham, The logic of subchapter K (2020), S. 175 ff.; Kwall, The Federal Income Taxation (2019), S. 194; Friedland, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 160 f., 169, 178 ff.; Wootton, Partnership Taxation (2016), S. 103 ff.

605 Brown v. Commissioner, 40 T.C.M. 725 (1980).

606 Eine Ausnahme gilt, wenn das Darlehen als *qualified nonrecourse financing* im Sinne des § 465(b)(6) IRC einzustufen ist und der Gesellschafter-Gläubiger maximal 10 % an den Einnahmen und Ausgaben der Gesellschaft (Darlehensschuldner) beteiligt ist, Treas. Reg. § 1.752-2(d)(1); Burke, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 234; s.u. D.I.2.c.ii(4)(g) *Qualified nonrecourse financing*.

607 Treas. Reg. § 1.752-2(c)(1); Prop. Reg. § 1.465-7(a); Burke, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 234; Maule, The Tax Lawyer 1991, 483, 508.

608 Burke, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 234; etwas anderes gilt für die Ermittlung des *amount at risk* der Mitgesellschafter. Siehe hierzu: D.I.2.c.ii(4)(d) Gesellschafterdarlehen.

609 § 6.22(b) *Model Business Corporation Act* (MBCA); zur beschränkten Haftung der Gesellschafter und zur eigenen Rechtspersönlichkeit der *Corporation*: Bainbridge/Henderson, Limited Liability (2016), S. 5, 9, 87 ff., eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist jedoch bspw. nach der „*Alter Ego Doctrine*“ denkbar.

unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet werden, stellt das US-Recht für die Höhe der zulässigen Verlustverrechnung auf die *adjusted equity basis* sowie die *adjusted debt basis* der Gesellschafter ab.⁶¹⁰ Hierdurch wird das wirtschaftliche Risiko des Gesellschafters nachgezeichnet, denn insoweit trägt er im Falle einer Gesellschaftsliquidation ein Verlustrisiko.⁶¹¹

Die zweite Stufe stellt auf den *amount at risk* ab (§ 465 IRC; sogenannte „*at risk rule*“). Wie schon auf der ersten Stufe unterbleibt eine Differenzierung nach der Gesellschafterstellung.⁶¹² Wesentlich für den *amount at risk* ist, wie auch schon bei der Zuteilung der *recourse* Verbindlichkeiten, die persönliche Haftung (*ultimate liability*).⁶¹³ Im Unterschied zur *adjusted outside basis* bleiben *nonrecourse* Verbindlichkeiten grundsätzlich unberücksichtigt.⁶¹⁴ Mithin wird ein spezifischer Konnex zwischen Verlustverrechnung und steuerlich definierter Haftung hergestellt.⁶¹⁵ Diesen Konnex betont auch der Senat in seinem Bericht, indem er für die Höhe der Verlustverrechnung beständig auf das „*actual investment the taxpayer has placed at risk*“ respektive sein „*economic investment*“ abstellt.⁶¹⁶

Die dritte Stufe differenziert nach der Art der Tätigkeit. So unterliegen Verluste aus passiven Tätigkeiten Verrechnungsbeschränkungen, nicht jedoch die aus aktiver Tätigkeit (§ 469 IRC; sogenannte „*passive activity rule*“). Die Haftung bleibt hier grundsätzlich unberücksichtigt. Zwar wird eine Beteiligung als *Limited Partner* grundsätzlich als passive Tätigkeit qualifiziert, doch ist hierfür weniger die Haftung des Gesellschafters als vielmehr die typische Ausgestaltung eines *Limited Partner* als reiner Inves-

610 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 576; s.o. C.I.2.c.iii(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung.

611 Insoweit kann grundsätzlich auch ein Gesellschafter einer *C-Corporation* einen Verlust geltend machen: *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 4-20 f.

612 S.u. D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

613 *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 281 (1992).

614 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484; *Kable*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 182; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 10-34; eine Ausnahme besteht für sog. *qualified nonrecourse* Verbindlichkeiten: s.u. D.I.2.c.ii(4)(g) Qualified nonrecourse financing.

615 *Daniels*, Issues in International Partnership Taxation (1991), S. 36.

616 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3481 ff.; auf den Seiten 3482, 3521 ist von „*actual investment the taxpayer has placed at risk*“ die Rede, auf den Seiten 3499, 3506, 3512 wird das „*economic investment*“ betont.

tor maßgeblich.⁶¹⁷ Ungeachtet dessen kann auch ein voll haftender Gesellschafter eine passive Tätigkeit ausüben.⁶¹⁸

Die derzeit geltende vierte Stufe enthält eine absolute Höchstbetragsgrenze für den Verlustabzug.⁶¹⁹ Diese beträgt für einzelveranlagte Steuerpflichtige 250,000 USD und für zusammenveranlagte Steuerpflichtige 500,000 USD.⁶²⁰ Die Beschränkung ist unabhängig von einer bestimmten Gesellschafterstellung oder -haftung auf Gesellschafterebene nach Anwendung des § 469 IRC zu berücksichtigen.⁶²¹ Verluste, die danach nicht abzugsfähig sind, werden gemäß § 172 IRC als operativer Verlustvortrag auf das folgende Steuerjahr übertragen.⁶²² Da sich die Vorschrift im Wesentlichen hierin erschöpft, wird im weiteren Verlauf der Arbeit nicht weiter auf sie eingegangen.

Wenngleich insbesondere die zweite Stufe (*at risk rule*) auch für die Gesellschafter einer (semi-)transparent besteuerten LLC sowie *S-Corporation* einen spezifischen Zusammenhang zwischen Verlustverrechnung und Haftung im Rahmen der Einkommensteuer herstellt, findet sich mit der Gruppenbesteuerung in der Körperschaftsteuer ein Szenario, das diesen Konnex durchbricht. Losgelöst von einer zivilrechtlichen Übernahmeverpflichtung, allein aufgrund gewisser Beteiligungsverhältnisse und einer entsprechenden Willensbekundung, werden Gewinne wie auch Verluste von Konzerngesellschaften auf Ebene der Muttergesellschaft konsolidiert.⁶²³

3. Frankreich

Um ein besseres Verständnis dafür zu bekommen, warum Frankreich die Problematik der Verlustverrechnung bei lediglich beschränkter Haftung nicht in gleichem Maße kennt und eine dem § 15a EStG vergleichbare Verlustverrechnungsbeschränkung hier überflüssig ist, soll nach einer kurzen allgemeinen Einführung in das französische Einkommensteuerrecht

617 § 469(h)(2) IRC; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 23.

618 S.u. D.I.2.d.ii(2) Passive Tätigkeit.

619 S.o. C.I.2.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.

620 § 461(l)(3)(A)(ii)(II) IRC.

621 Zur Anwendung auf Gesellschafterebene: § 461(l)(4) IRC; zur Anwendung nach § 469 IRC: § 461(l)(6) IRC.

622 § 461(l)(2) IRC.

623 S.o. C.I.2.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

eine Darstellung über den Anwendungsbereich, die Möglichkeit und die Folgen der steuerlichen Option sowie die Wirkungsweise der semi-transparenten Besteuerung anschließen. Sodann erfolgt eine Darstellung zur Verlustverrechnung in Frankreich, bevor Ausführungen zu Parallelen und Unterschieden zur Körperschaftsteuer und einem etwaigen Zusammenhang zwischen Haftung und Verlustverrechnung abschließen.

a. Einführung in das französische Einkommensteuerrecht

Auch in Frankreich unterliegen die natürlichen Personen der Einkommensteuer.⁶²⁴ Dabei unterscheidet Frankreich zwischen natürlichen Personen, die ihren Steuerwohnsitz in Frankreich haben, ergo mit ihrem gesamten (Welt-)Einkommen in Frankreich steuerpflichtig sind, und solchen, die ihren Steuerwohnsitz außerhalb Frankreichs haben.⁶²⁵ Letztere sind nur bezüglich ihrer Einkünfte aus französischen Quellen in Frankreich einkommensteuerpflichtig.⁶²⁶ Neben dem Innehaben des (Haupt-)Wohnsitzes in Frankreich begründen auch eine berufliche Tätigkeit in Frankreich sowie der Mittelpunkt des wirtschaftlichen Interesses einen Steuerwohnsitz in Frankreich.⁶²⁷ Vergleichbar den deutschen Einkunftsarten differenziert auch Frankreich zwischen verschiedenen Einkunftsarten. Im Gegensatz zu Deutschland sind diese jedoch weniger klar abgegrenzt, sodass in der Literatur keine Einigkeit über die Zahl der steuerlichen Einkunftsarten in Frankreich besteht. So ist teilweise von sieben oder acht, teilweise gar von zehn Einkunftsarten die Rede.⁶²⁸ Der zu versteuernde Gewinn oder das zu versteuernde Einkommen ermittelt sich dabei einkunftsartenübergreifend aus dem Überschuss der Bruttoeinnahmen über die Ausgaben für den Erwerb und die Erhaltung des Einkommens.⁶²⁹ Damit folgt auch das französische Einkommensteuerrecht dem Nettoprinzip.⁶³⁰ Genau wie in

624 *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1378.

625 Art. 4 A CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1364.

626 Art. 4. A CGI.

627 Art. 4 B CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1365.

628 *Tangermann*, in: Beck'sches StB-Handbuch 2019/2020, 17. Auflage 2019, H. Steuerrecht europäischer Staaten und anderer wichtiger Industriestaaten, Rn. 295; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1389; *Joannard-Lardant*, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.2.1., Country Tax Guides IBFD.

629 Art. 13, 1 CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1357.

630 *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1357, 1362.

Deutschland handelt es sich bei der Einkommensteuer um eine Jahressteuer.⁶³¹ Dennoch ist auch hier grundsätzlich ein Verlustvortrag möglich.⁶³² Einen Verlustrücktrag kennt das französische Einkommensteuerrecht hingegen nicht. Im Gegensatz zur Technik in Deutschland und den USA wird in Frankreich grundsätzlich der Steuerhaushalt (*foyer fiscal*) besteuert.⁶³³ Umfasst sind in erster Linie die Einkünfte der Ehegatten sowie die von deren unterhaltsberechtigten Kindern.⁶³⁴ Ebenso profitieren Partner eines *pacte civil de solidarité* (*Pacs*; Art. 515, 1 *Code civil*; vergleichbar der deutschen eingetragenen Lebenspartnerschaft, die jedoch auch verschiedengeschlechtlichen Partnern offen steht) von dieser Regel.⁶³⁵ Mithin findet ein Familiensplitting statt.⁶³⁶ Eine getrennte Veranlagung von Ehegatten und den Partnern eines *Pacs* findet nur in drei eng begrenzten Fällen statt. Dies ist der Fall, wenn (i) ihr Eigentum getrennt ist und sie nicht unter demselben Dach leben, (ii) sie sich in der Trennung befinden und die Genehmigung haben, getrennte Wohnungen zu haben, oder (iii) die eheliche Wohnung durch einen der beiden Ehegatten aufgegeben wurde und jeder über ein eigenes Einkommen verfügt.⁶³⁷

b. Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung

Nachfolgend soll zunächst auf die Einordnung unter das Semi-Transparenz- respektive Trennungsprinzip eingegangen werden. Hierbei gilt es vor allem das maßgebliche Abgrenzungskriterium, die Unterscheidung zwischen Transparenz- und Semi-Transparenz sowie die hybride Besteuerungsform darzulegen. Anschließend werden die Wirkungsweise der semi-transparenten sowie Besonderheiten im Rahmen der hybriden Besteuerung dargestellt.

631 Art. 12 CGI.

632 Art. 156-I CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1513.

633 *Lamarque/Négrin/Ayrault*, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1379; *Joannard-Lardant*, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.1.4.2., Country Tax Guides IBFD; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 45.

634 Art. 6, 1 CGI.

635 Art. 6, 1 CGI.

636 Art. 6, 1 CGI; zum Mechanismus des Familiensplitting: *Lamarque/Négrin/Ayrault*, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1387, 1536 f.

637 Art. 6, 4 CGI; *Loyer*, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 355.

i. Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip

In Frankreich qualifiziert sowohl die Kapitalgesellschaft (*société de capitaux*) als auch die Personengesellschaft (*société de personnes*) zivilrechtlich als *personne morale*.⁶³⁸ Gemeinsame Grundform der Kapital- sowie Personengesellschaften ist die *société*.⁶³⁹ So sieht Art. 1834 *Code civil* die Anwendbarkeit der Normen über die *société* auch auf die anderen Gesellschaftsformen vor, sofern diese keine spezielleren Regelungen enthalten.⁶⁴⁰ Die Qualifikation als *personne morale* ist nicht gleichzusetzen mit unserem deutschen Verständnis der juristischen Person,⁶⁴¹ denn trotz Qualifikation als *personne morale* wirkt die französische Personengesellschaft nicht haftungsabschirmend gegenüber ihren Gesellschaftern.⁶⁴² Die grundsätzlich unterschiedliche Haftung und nicht die Rechtspersönlichkeit avancierte folglich zum gesellschaftsrechtlichen Unterscheidungskriterium zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft und zunächst auch zur Trennlinie zwischen Semi-Transparenz- und Trennungsprinzip.⁶⁴³ So werden Personengesellschaften aufgrund der grundsätzlich unbeschränkten Haftung ihrer Gesellschafter grundsätzlich semi-transparent⁶⁴⁴ und Kapitalgesellschaften konträr dazu grundsätzlich als eigenständiges Steuersubjekt nach dem Körperschaftsteuerregime besteuert.⁶⁴⁵ Angesichts diverser Optionsrechte und Durchbrechungen wurde dieser Grundsatz zunehmend

638 Art. L210-6 *Code de commerce*; zur Personengesellschaft als *personne morale*: Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 243; Windbichler, ZGR 2014, 110, 124; Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402; Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego, in: Gutmann (Hrsg.), *Corporate Income Tax Subjects* (2015), 17, 27; Bippus, DStR 1998, 749, 755.

639 Hahn, DStR 1999, 833, 836; Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 404.

640 Hahn, DStR 1999, 833, 836; Burg, France – Business and Investment [Stand 02/2020] Sec. 1.2., Country Tax Guides IBFD.

641 Bippus, DStR 1998, 749, 755; Hahn, RIW 2008, 212, 216 f.

642 Die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter einer *société en nom collectif* etwa ist in Art. L221-1 *Code de commerce* geregelt.

643 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 896.

644 Zur Semi-Transparenz sogleich unter C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

645 Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 227; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 897; La Martinière, *Droit fiscal de l'entreprise* (2018), Tz. 896; Lamarque/Négrin/Ayrault, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1603; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651; Bippus, DStR 1998, 749, 755.

aufgeweicht, sodass er heute kaum noch herangezogen werden kann, um eine eindeutige Zuordnung vorzunehmen.⁶⁴⁶

Neben der semi-transparenten Besteuerung unterscheidet das französische Steuerrecht die transparente sowie die opake Besteuerung.⁶⁴⁷ Zudem taucht in diesem Zusammenhang vermehrt der Begriff der Transluzenz auf. Während dieser teilweise als Synonym für die Semi-Transparenz verwendet wird,⁶⁴⁸ verwenden andere ihn für den Sonderfall der Investmentgesellschaften, die grundsätzlich der Körperschaftsteuer unterliegen, aber von dieser befreit sind.⁶⁴⁹ Diese sind vergleichbar der REIT-Gesellschaft in Deutschland.⁶⁵⁰ Mangels eindeutiger Begriffszuordnung der Transluzenz und der Irrelevanz der REIT-Gesellschaft für die weitere Arbeit wird hier auf den Begriff der Transluzenz verzichtet und stattdessen auf den eindeutig zugewiesenen Begriff der Semi-Transparenz zurückgegriffen.

Die Semi-Transparenz zeichnet sich durch die unmittelbare Zurechnung und Besteuerung des Gesellschaftsergebnisses auf Gesellschafterebene aus, wobei unter anderem für die Ergebnismittlung auf die Gesellschaft als solche abgestellt wird.⁶⁵¹ Der Begriff der Transparenz ist in Frankreich für die echte Miteigentumsgesellschaft (*société immobilière de copropriété*) reserviert.⁶⁵² Diese wird unabhängig von ihrer Rechts-

646 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 901 f., 906, 918 (so werden grundsätzlich auch die *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL), *exploitation agricole à responsabilité limitée* (EARL) sowie der *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (EIRL) trotz beschränkter Haftung (semi-)transparent besteuert, wobei letzterer keine Gesellschaft darstellt).

647 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 900; Hahn, RIW 2008, 212, 217 f.; zur opaken, semi-transparenten und transluziden Besteuerung: Lamarque/Négrin/Ayrault, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1096; zur Semi-Transparenz und Transparenz: Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651; zur Semi-Transparenz auch La Mardière, *Droit fiscal de l'entreprise* (2018), Tz. 898.

648 Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz 37500; Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651.

649 Lamarque/Négrin/Ayrault, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1096; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 900; Hahn, RIW 2008, 212, 217.

650 Zum Wesen der REIT-Aktiengesellschaft: § 1 REITG.

651 Vertiefend s.u. C.I.3.b.iii Wirkungsweise der semi-transparenten und hybriden Besteuerung.

652 Definition nach Art. 1655 ter CGI; Kouraleva-Cazals, in: Gutmann (Hrsg.), *Corporate Income Tax Subjects* (2015), 255, 255; Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 238; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 900; Burg, France – Corporate Taxation [Stand 11/2020] Sec. 11.2.1.,

form transparent besteuert.⁶⁵³ Ziel ist die Steuerneutralität zwischen verschiedenen Organisationsformen von Immobilienvermögen.⁶⁵⁴ Dementsprechend wird der echten Miteigentumsgesellschaft kein Optionsrecht eingeräumt.⁶⁵⁵ Im Unterschied zur Semi-Transparenz erfolgt hier auch die Ergebnisermittlung auf Gesellschafterebene.⁶⁵⁶ Die Gesellschafter werden behandelt, als wären sie die direkten Eigentümer des Vermögensgegenstandes.⁶⁵⁷

Dem Grundsatz entsprechend werden im französischen Steuerrecht die *société en nom collectif*, die *société en commandite simple*, bezogen auf die *commandité* (persönlich haftende Gesellschafter), die *société civile*, sofern sie weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht als *société anonyme*, *société en commandite par actions* respektive *société à responsabilité limitée* betrieben wird noch gewerblich tätig ist, sowie die *société en participation* (vergleichbar einer stillen Gesellschaft),⁶⁵⁸ soweit die Gesellschafter unbeschränkt haften und der Steuerbehörde namentlich bekannt sind, semi-transparent behandelt.⁶⁵⁹ In Abweichung des Grundsatzes wird auch eine *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* trotz lediglich beschränkter Haftung grundsätzlich als semi-transparent behandelt, sofern es sich bei dem einzigen Gesellschafter um eine natürliche Person handelt.⁶⁶⁰ Die *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* wurde 1985 gesetzlich geregelt.⁶⁶¹ Hintergrund dieser Durchbrechung ist die Gleichstellung mit den Einzelunternehmern.⁶⁶² Ebenso wird eine *exploitation agricole à responsabilité limitée* (EARL) trotz beschränkter Haftung prinzipi-

Country Tax Guides IBFD; Hahn, RIW 2008, 212, 217; Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651.

653 Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 35665; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 900.

654 Kußmaul/Schäfer, IStR 2000, 161, 164; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 900.

655 Art. 239, 1 UA. 4 a CGI; BOI-IS-CHAMP-40-20190710, Tz. 90; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1612; Kußmaul/Schäfer, IStR 2000, 161, 164.

656 Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402.

657 Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 30770.

658 Kußmaul/Schäfer, IStR 2000, 161, 163; Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402.

659 Art. 8 CGI.

660 Art. 8, 4° CGI; La Mardière, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 878 (im Gegensatz zum EURL handelt es sich bei der EARL um eine Gesellschaft); Kußmaul/Schäfer, IStR 2000, 161, 163.

661 LOI n° 85-697 du 11 juillet 1985 (J.O. v. 12.07.1985), Art. 2.

662 La Mardière, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 878.

ell semi-transparent behandelt.⁶⁶³ Zweck ist die Gewährung vergleichbarer Bedingungen wie für einen landwirtschaftlichen Familienbetrieb.⁶⁶⁴

Neben diesen beiden Durchbrechungen erfolgt durch eine Vielzahl an Optionsrechten eine weitere Aufweichung des Grundsatzes. So wird der *société en nom collectif*, *société en commandite simple*, *société en participation*, *société civile*, *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* sowie der *exploitation agricole à responsabilité limitée* seit Einführung der Körperschaftsteuer ein Optionsrecht hin zu dieser eingeräumt.⁶⁶⁵ Das Optionsrecht der *société en commandite simple* ermöglicht dieser eine einheitliche Besteuerung nach dem Körperschaftsteuerregime und dient mithin der Vereinfachung.⁶⁶⁶ Dies zeigt auch die hohe Zahl der *sociétés en commandite simple*, die von ihrem Optionsrecht Gebrauch machen.⁶⁶⁷ So sollen es im Jahr 2000 60 % gewesen sein.⁶⁶⁸ Dieses Optionsrecht wurde auf die anderen Personengesellschaftsformen ausgeweitet, jedoch ohne nähere Begründung.⁶⁶⁹ Geht eine optionsberechtigte Personengesellschaft aus der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft hervor, steht der Personengesellschaft das Optionsrecht nur innerhalb der ersten drei Monate oder 15 Jahre nach der Umwandlung zu.⁶⁷⁰ Hiermit soll ein Hin und Her zwischen den Steuerregimen vermieden werden.⁶⁷¹ Für Geschäftsjahre, die am oder nach dem 31. De-

663 Art. 8, 5° CGI.

664 Kußmaul/Schäfer, IStR 2000, 161, 163 m.V.a. Journal Officiel v. 12.07.1985, S. 7862 f., Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1.

665 Art. 206, 3 a-f CGI; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 230; Kouraleva-Cazals, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262.

666 Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402, 405 Fn. 24; zur ansonsten hybriden Besteuerung der *société en commandite simple* aufgrund der unterschiedlichen Gesellschafterhaftung siehe sogleich.

667 Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 405 Fn. 24.

668 Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402.

669 Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 404 f.; Hahn, DStR 1999, 833, 838; Kouraleva-Cazals, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 257, mit dem Hinweis, dass die Diskussion über jede vom Parlament verabschiedete Bestimmung registriert wird und eingesehen werden kann, es aber keine ähnliche Dokumentation in Bezug auf Regierungsmaßnahmen gibt. Das Optionsrecht für die Personengesellschaften wurde aber gerade mit einer solchen Regierungsmaßnahme eingeführt (Décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale (J.O. n° 1 v. 01.01.1949)).

670 Art. 239, 1 UA. 2 CGI; BOI-IS-CHAMP-40-20190710, Tz. 20, 30, 90; Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 37575; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1612; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 923.

671 Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 923.

zember 2018 enden, ist ein Widerruf der Option bis zum fünften Jahr nach Optionsausübung möglich,⁶⁷² andernfalls wird sie unwiderruflich.⁶⁷³ Der Widerruf schließt eine erneute Option zur Körperschaftsteuer aus.⁶⁷⁴ Diese Restriktionen in Kombination mit den eingeschränkten Optionsmöglichkeiten infolge einer Umwandlung verhindern den Missbrauch des Optionsrechts zur Steueroptimierung.⁶⁷⁵

Eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes stellt die steuerliche Behandlung des *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (EIRL) dar. Bei diesem handelt es sich um einen Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung, ohne Gründung einer juristischen Person.⁶⁷⁶ Trotz dieser beschränkten Haftung unterliegt der Einzelunternehmer nicht der Körperschaftsteuer.⁶⁷⁷ Da es sich hierbei nicht um eine Gesellschaft handelt und auch kein vom Einzelunternehmer gesondertes Steuersubjekt gegründet wird, finden die Grundsätze der Semi-Transparenz keine Anwendung.⁶⁷⁸ Er wird für Steuerzwecke vielmehr genauso behandelt wie alle Einzelunternehmer.⁶⁷⁹ Ihm steht jedoch die Option zur Körperschaftsteuer offen.⁶⁸⁰

Kapitalgesellschaften werden dagegen grundsätzlich opak, ergo einzeln und unabhängig von ihren Gesellschaftern besteuert.⁶⁸¹ Dies betrifft aufgrund beschränkter Haftung grundsätzlich die *société anonyme*, die *société en commandite par actions*, die *société à responsabilité limitée* sowie die *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, sofern ihr einziger Gesellschafter

672 LOI n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 (J.O. n° 0302 v. 30.12.2018), Art. 50; Art. 239, 1 UA. 3 CGI; BOI-IS-CHAMP-40-20190710, Tz. 170, 190; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 230.

673 Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 37577.

674 Art. 239, 1 UA. 3 CGI; BOI-IS-CHAMP-40-20190710, Tz. 180; Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 37577; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 230.

675 Hahn, DStR 1999, 833, 837 f.; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 232, der hier jedoch abweichend von Tz. 230 schreibt, dass die Option einer Personengesellschaft unwiderruflich sei. Gemeint ist hier wohl die Unwiderruflichkeit der Option nach Ablauf der fünf Jahre Widerrufsfrist.

676 Einzelheiten zum *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*: BOI-BIC-CHAMP-70-30-20190710; Art. L.526-6 Code de commerce.

677 Umkehrschluss aus Art. 206 CGI.

678 Zum Bewahren der Steueridentität: BOI-BIC-CHAMP-70-30-20190710, Tz. 110.

679 BOI-BIC-CHAMP-70-30-20190710, Tz. 100.

680 Unter den gleichen Voraussetzungen wie eine EURL respektive eine EARL kann auch ein EIRL zur Körperschaftsteuerpflicht optieren: Art. 1655 sexies CGI, sowie BOI-IS-CHAMP-40-20190710, Tz. 87.

681 Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 898.

keine natürliche Person ist.⁶⁸² Ferner unterliegt der Gewinnanteil eines *commanditaire* einer *société en commandite simple* sowie der Gewinnanteil eines lediglich beschränkt haftenden oder namentlich nicht bekannten Gesellschafters einer *société en participation* der Körperschaftsteuer.⁶⁸³ Die Aufspaltung zwischen unbeschränkt und beschränkt haftenden (respektive namentlich nicht genannten) Gesellschaftern führt zu einer hybriden Besteuerung der *société en commandite simple* sowie der *société en participation*, sofern sie sich nicht für eine einheitliche Körperschaftsbesteuerung entscheiden.⁶⁸⁴ Dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter im Firmennamen genannt wird und für unbestimmte Zeit vertraglich für die Schulden der Gesellschaft haftet.⁶⁸⁵ Ebenso verhindert die Tatsache, dass der *commanditaire*-Anteil zwischen einem bloßen Eigentümer und einem Nießbraucher, der zugleich einen *commandité*-Anteil hält, getrennt ist, nicht die Körperschaftsteuerpflicht bezüglich des *commanditaire*-Gewinnanteils.⁶⁸⁶ Auch eine nicht vollständig erbrachte Einlage des *commanditaire* und seine damit verbundene Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft steht der Körperschaftsteuerpflicht nicht entgegen, da Art. 206, 4 CGI nicht auf die erbrachte Einlage, sondern ausnahmslos auf die Stellung als *commanditaire* abstellt.⁶⁸⁷ Dem beschränkt haftenden Gesellschafter respektive dem namentlich nicht bekannten Gesellschafter einer *société en participation* steht kein Optionsrecht zur transparenten Besteuerung zu.⁶⁸⁸ Eine dem § 15a EStG vergleichbare Problematik ist dem französischen

682 Art. 206, 1 CGI sowie Umkehrschluss aus Art. 8, 4° CGI; eine abschließende Aufzählung der körperschaftsteuerpflichtigen Steuersubjekte enthält Art. 206 CGI.

683 Art. 206, 4 CGI; BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912, Tz. 1; *Kußmaul/Schäfer*, IStR 2000, 161, 163; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 46, 175, 177; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 35675, 37775, 37800; *Tangermann*, in: Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2019/2020, 17. Auflage 2019, H. Steuerrecht europäischer Staaten und anderer wichtiger Industriestaaten, Rn. 290.

684 BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912, Tz. 60 f.; *La Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 877; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 234; *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 651; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1609; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 915.

685 BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912, Tz. 70.

686 Conseil d'État, 9/8 SSR, 16.05.1990, n° 69747; BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912, Tz. 70.

687 Zur Haftung des *commanditaire* bei nicht erbrachter Einlage: Art. 1166 *Code civil*; *Windbichler*, ZGR 2014, 110, 133.

688 *Bippus*, DStR 1998, 749, 757; *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 136.

Steuerrecht mithin fremd.⁶⁸⁹ Das Fehlen einer Option für den *commanditaire* lässt sich wohl nur mit seiner mangelnden Relevanz begründen, denn die *société en commandite simple* spielt in Frankreich eine bloß untergeordnete Rolle.⁶⁹⁰ Auch Art. 156-I, 1° bis CGI kann nicht als Rechtfertigung für das fehlende Optionsrecht dienen. Dieser enthält eine Verlustverrechnungsbeschränkung für Gesellschafter, die nicht persönlich, kontinuierlich und direkt an der Tätigkeit der Gesellschaft teilnehmen.⁶⁹¹ Eine solche Teilnahme ist dem *commanditaire* seit 1807 gesetzlich verwehrt.⁶⁹² Die sogenannte *défense d'immixtion*⁶⁹³ untersagt dem *commanditaire* eine aktive Mitwirkung an der Leitung der Gesellschaft.⁶⁹⁴ Zuwiderhandlungen ziehen einen Verlust der Haftungsbeschränkung nach sich.⁶⁹⁵ Eine Verlustverrechnung nach Art. 156-I, 1° bis CGI stünde dem *commanditaire* jedoch dann zu, wenn eine andere Person aus seinem Steuerhaushalt (*foyer fiscal*) dessen Voraussetzungen erfüllen würde.⁶⁹⁶ Dem *commanditaire* wird mithin verwehrt, was beschränkt haftenden Gesellschaftern einer optionsberechtigten Kapitalgesellschaft bewusst gestattet wird.⁶⁹⁷ Wenn nicht gar absurd,⁶⁹⁸ mutet dies doch merkwürdig an.

Daneben unterliegt auch die *société civile* der Körperschaftsteuer, wenn diese eine Tätigkeit im Sinne der Artikel 34 und 35 CGI, das heißt im Bereich des Handels, der Industrie, des Handwerks oder des Bergbaus oder eine in steuerlicher Hinsicht den gewerblichen Tätigkeiten gleichge-

689 Bippus, DStR 1998, 749, 757; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651; Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402, mit dem Hinweis, dass eine beschränkte Haftung bei einer Personengesellschaft zwangsläufig zur Körperschaftsteuer führt, sodass Personengesellschaften als Verlustzuweisungsvehikel uninteressant sind. Jedoch auch mit dem Hinweis in Fn. 9, dass dies nicht für den umgekehrten Fall der Option, etwa einer EURL oder SARL *de famille* gilt.

690 Röder, RabelsZ 2014, 109, 110, 121.

691 Zu den Voraussetzungen der Verlustverrechnung nach Art. 156-I, 1° bis CGI: s.u. D.I.3.b.ii Regelung.

692 Röder, RabelsZ 2014, 109, 138.

693 Heute in Art. L222-6 *Code de commerce*.

694 Röder, RabelsZ 2014, 109, 138.

695 Art. L222-6 *Code de commerce*; Röder, RabelsZ 2014, 109, 140.

696 Zum Steuerhaushalt: s.o. C.I.3.a Einführung in das französische Einkommensteuerrecht; zur Verlustverrechnungsbeschränkung des Art. 156-I, 1° bis CGI: s.u. D.I.3.b.ii Regelung.

697 Zu den Optionsrechten der Kapitalgesellschaften siehe weiter unten in diesem Abschnitt.

698 Röder, RabelsZ 2014, 109, 136.

stellte Tätigkeit ausübt.⁶⁹⁹ Einziges Zugeständnis an die *société civile* ist eine 10 %-ige Toleranzschwelle.⁷⁰⁰ Wird diese überschritten, unterliegt die Gesellschaft der Körperschaftsteuer mit all ihren Folgen.⁷⁰¹ Vor dem Hintergrund der transparenten Besteuerung der *société en nom collectif* stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung der Körperschaftsteuerpflicht der gewerblich tätigen *société civile* sowie nach der Kohärenz des Gesetzes.⁷⁰² Die Körperschaftsteuerpflicht der gewerblich tätigen *société civile* liegt, entgegen dem ersten Anschein, nicht in ihrer Tätigkeit, sondern in der freien Handelbarkeit ihrer Anteile im 19. Jahrhundert begründet.⁷⁰³

In Frankreich ist mithin neben der Haftung der Gesellschafter historisch auch die Handelbarkeit der Anteile im freien Wertpapierhandel ausschlaggebend für die Einordnung in das Semi-Transparenz- respektive Trennungsprinzip. Diese beiden Kriterien schlagen sich heute noch im Fremdvergleich bei ausländischen Gesellschaften nieder.⁷⁰⁴

Wie bereits den Personengesellschaften wird auch den Kapitalgesellschaften ein Optionsrecht eingeräumt.⁷⁰⁵ Dieses ist jedoch vielschichtiger als das der Personengesellschaften. So steht der *société anonyme*, der *société par actions simplifiée* sowie der *société à responsabilité limitée* lediglich ein zeitlich begrenztes Optionsrecht zur semi-transparenten Besteuerung zu.⁷⁰⁶ Voraussetzung des Optionsrechts ist, dass die Gesellschaft nicht börsennotiert ist, die Gesellschaftsgründung maximal fünf Jahre zurückliegt, ihre Haupttätigkeit industrieller, kaufmännischer, wissenschaftlicher, landwirt-

699 Art. 206, 2 CGI; Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 35675, 37785 (Ausnahmen bestehen sowohl für die *société civile de construction-vente* als auch die *société civile de moyens*); Kouraleva-Cazals, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 264; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 239; Kußmaul/Schäfer, IStR 2000, 161, 162; Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402.

700 Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 925.

701 Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 925.

702 Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 239.

703 Schön, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 143, Cozian, Les grandes principes de la fiscalité des entreprises (1999), doc. 21, 5.

704 Conseil d'État, 3/8 SSR, 02.02.2015, n° 370385; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1601.

705 Art. 239 bis AB CGI.

706 Art. 239 bis AB-I CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 1; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615; Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 35665, 36950 ff.; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 908; La Martinière, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 886.

schaftlicher oder freiberuflicher Natur ist, sie weniger als 50 Mitarbeiter⁷⁰⁷ und einen Jahresumsatz⁷⁰⁸ oder Bilanzwert⁷⁰⁹ von unter 10 Millionen Euro aufweist.⁷¹⁰ Das Erfordernis einer entsprechenden Haupttätigkeit setzt nicht voraus, dass es sich dabei um die ausschließliche Tätigkeit der Gesellschaft handelt.⁷¹¹ Es genügt, wenn mehr als die Hälfte des Bruttobuchwertes der Aktiva der Haupttätigkeit gewidmet sind.⁷¹² Als weitere Voraussetzung des Optionsrechts müssen 50 % der Anteile von natürlichen Personen und 34 % von einer oder mehreren Personen mit „Managementfunktion“⁷¹³ oder von Personen aus ihrem Steuerhaushalt (*foyer fiscal*) gehalten werden.⁷¹⁴ Bei der Berechnung der Haltegrenzen bleiben Kapitalrisikogesellschaften unberücksichtigt, es sei denn, zwischen der Kapitalgesellschaft und der Kapitalrisikogesellschaft besteht kein fremdübliches

-
- 707 Mitarbeiter sind Personen, die direkt vom Unternehmen vergütet werden. Entscheidend ist die Arbeitseinheit pro Jahr. Ein Mitarbeiter, der während des gesamten Jahres Vollzeit beschäftigt war, stellt eine Arbeitseinheit dar. Ein Mitarbeiter, der nicht das ganze Jahr über beschäftigt war und/oder in Teilzeit gearbeitet hat, stellt einen entsprechenden Bruchteil einer Arbeitseinheit dar, BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 160 f.
- 708 Maßgeblich ist der Umsatz ohne Steuer (Mehrwertsteuer und ähnliche Steuern), BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 190.
- 709 Die Bilanzsumme setzt sich zusammen aus allen Aktiv- und Passivposten, BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 200.
- 710 Art. 239 bis AB-I, II 1°, II 2°, II 3° CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 30 (das Verbot erstreckt sich auch auf ausländische Märkte), 110, 180, 230 (bei einer Umwandlung, die nicht zur Gründung einer neuen *personne morale* führt, wird das Alter der umgewandelten *personne morale* miteinbezogen); Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 231; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 912; Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 36980; Kouraleva-Cazals, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262.
- 711 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 120.
- 712 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 130.
- 713 Z.B. Generaldirektor oder Vorsitzender einer SA oder SAS, Geschäftsführer einer SARL, Aufsichtsratsvorsitzender oder Vorstandsmitglied einer SA „à direction“, Art. 239 bis AB-I CGI, enthält eine enumerative Aufzählung; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615.
- 714 Art. 239 bis AB-I CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 40, 50, 60; Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 36980; Kouraleva-Cazals, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 912; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615; zu den Personen eines Steuerhaushaltes: s.o. C.I.3.a Einführung in das französische Einkommensteuerrecht.

Verhältnis.⁷¹⁵ Die Option umfasst einen Zeitraum von maximal fünf Jahren.⁷¹⁶ Die Voraussetzungen müssen während der gesamten Optionsdauer erfüllt sein, anderenfalls fällt die Gesellschaft in das Körperschaftsteuerregime zurück.⁷¹⁷ Neben Zeitablauf und Wegfall einer der Voraussetzungen kann die Option bereits vorab durch Widerruf beendet werden.⁷¹⁸ Nach Beendigung der Option, gleich aus welchem Grund, ist keine erneute Optionsausübung möglich.⁷¹⁹ Die Argumentation für die Einführung des Optionsrechts im Jahr 2008⁷²⁰ liefert sogleich die Rechtfertigung für die einzelnen Beschränkungen. Gesetzgeberischer Wille war die Förderung von Unternehmensneugründungen mittels Gewährung eines Verlustausgleichs auf Gesellschafterebene in den Anfangsjahren.⁷²¹ Die Einführung des Optionsrechts hatte mithin keinen dogmatischen Hintergrund, son-

715 Art. 239 bis AB-I UA. 2 CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 90, 100; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36980; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615.

716 Art. 239 bis AB-III UA. 2 CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 50 (es bedarf keines jährlichen Antrages); BOI-IS-CHAMP-20-20-20-30-20120912, Tz. 1; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 50, 60; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36990; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 912; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615.

717 Art. 239 bis AB-II CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-10-20140325, Tz. 250, 260 (zur Überwachung ist für jedes Geschäftsjahr ein Überwachungsbericht bei den Steuerbehörden einzureichen); BOI-IS-CHAMP-20-20-20-30-20120912, Tz. 30; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615. Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass die Zahl der Mitarbeiter in den Geschäftsjahren, die zwischen dem 31.12.2015 und dem 31.12.2019 enden, erreicht oder überschritten wird, *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36990; LOI n° 2019-1479 du 22. décembre 2019 (J.O. n° 0302 v. 29.12.2019), Art. 41.

718 Art. 239 bis AB-III CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-30-20120912, Tz. 20; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 912; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36990; *Kouraleva-Cazals*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262.

719 Art. 239 bis AB-III UA. 2 CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 50; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-30-20120912, Tz. 90 ; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 60; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 912; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36990.

720 LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 (J.O. n° 0181 v. 05.08.2008), Art. 30; *Kouraleva-Cazals*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 231; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615.

721 *Kouraleva-Cazals*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 231; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 911; allerdings sind auch hier die Voraussetzungen des Art. 156 CGI zu beachten. Hierzu: C.I.3.c.iii(2)

dern ist allein Ausdruck der Gesetzgebungshoheit, um mittels staatlicher Teilhabe an den anfänglichen Verlusten die Gründung kleiner Unternehmen und die Investition in diese zu fördern, die viele Arbeitsplätze schaffen und gerade in den ersten Jahren oft verlustbringend agieren.⁷²² Der französische Gesetzgeber hat sich bei Einführung der Optionsrechte von dem US-amerikanischen Recht inspirieren lassen.⁷²³ In den USA werden der Optionsmöglichkeit 10 bis 20 % der Unternehmensneugründungen zugeschrieben.⁷²⁴

Abweichungen von diesen Optionsregeln bestehen einerseits für die *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter keine natürliche Person ist, sowie andererseits für die *SARL de famille*. Der *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* bleibt aus Missbrauchsgründen ein Optionsrecht verwehrt.⁷²⁵ So soll in Konzernstrukturen eine nicht erwünschte konzerninterne Verlustverrechnung ausgeschlossen werden.⁷²⁶ Demgegenüber wird der *SARL de famille*, frei von den oben genannten Beschränkungen, ein Optionsrecht eingeräumt.⁷²⁷ Grund für deren Optionsrecht ist die Förderung von Familienunternehmen, die in der Regel im Sektor der kleinen und mittleren Unternehmen tätig sind.⁷²⁸ Hierdurch soll den Familienunternehmen ein Steuerstatus geboten werden, der besser an ihre Struktur angepasst werden kann.⁷²⁹ Das Optionsrecht ist für industrielle, kaufmännische und handwerkliche Tätigkeiten vorbehalten.⁷³⁰ Durch Gesetz vom 12. April 1996 wurde das Optionsrecht auf landwirtschaftliche Tätigkeiten ausgeweitet, um eine gemeinsame Ausübung

Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung, sowie zu Art. 156-I, 1° bis CGI: D.I.3.b.ii Regelung.

722 *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 886; *Hahn*, DStR 1999, 833, 837; *Gutmann*, in: *Gutmann* (Hrsg.), *Corporate Income Tax Subjects* (2015), 1, 5 f.; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615, die Kosten für den Staat werden auf jährlich 60 Mio. Euro geschätzt.

723 *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1613.

724 *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1615.

725 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 913.

726 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 913.

727 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36960 ff.

728 BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 1.

729 BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 30; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 909.

730 Art. 239 bis AA CGI; BOI-IS-CHAMP-10-10-20120912, Tz. 230; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 140; *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 885; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 910.

von landwirtschaftlicher und gewerblicher Tätigkeit zu erleichtern.⁷³¹ Einer freiberuflich tätigen *SARL de famille* wird das Optionsrecht ebenso verwehrt wie einer vermögensverwaltenden.⁷³² Allerdings schadet eine solche nebenberufliche Tätigkeit (Hilfstätigkeit) nicht, wenn sie untrennbar mit der industriellen, kaufmännischen, handwerklichen oder landwirtschaftlichen Tätigkeit verbunden ist.⁷³³ Neben dem Tätigkeitserfordernis stellt das Optionsrecht Anforderungen an die Gesellschafterstruktur. Die Gesellschaft darf ausschließlich zwischen Verwandten in gerader Linie, Geschwistern, Ehegatten und Partnern eines *pacte civil de solidarité* bestehen.⁷³⁴ Wie bereits angeklungen, ist die Wirkung der Option nicht auf fünf Jahre begrenzt.⁷³⁵ Die Option wird jedoch ebenfalls bei Wegfall einer der beiden Voraussetzungen oder durch Widerruf der Gesellschaft beendet.⁷³⁶ Eine erneute Option ist auch hier ausgeschlossen.⁷³⁷

Trotz dieses Optionsrechts zur transparenten Besteuerung bei lediglich beschränkter Haftung wurde in Frankreich keine dem § 15a EStG vergleichbare Regelung eingeführt. Dem liegt eine einfache Überlegung zu Grunde: Die Familie muss in der Regel aus den Einnahmen ihrer *SARL de famille* leben können und hat damit regelmäßig ein Gewinnerzielungsinteresse.⁷³⁸ Die Gefahr einer unerwünschten Verlustnutzung aus einer *SARL de famille* erscheint daher typischerweise genuin gebannt. Aus die-

731 BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 140.

732 Art. 239 bis AA CGI; BOI-IS-CHAMP-10-10-20120912, Tz. 230; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 140; *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 885; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 910.

733 Conseil d'État, 3/8 SSR, 07.08.2008, n° 283238; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1614.

734 Art. 239 bis AA CGI; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36960; *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 885; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 910; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1614; zum *pacte civil de solidarité*: s.o. C.I.3.a Einführung in das französische Einkommensteuerrecht.

735 BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 170 (es bedarf keines jährlichen Antrags); *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36970; *Kouraleva-Cazals*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262.

736 Art. 239 bis AA CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 170; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36970 (bestimmte Ausnahmen sind für den Fall des Todes eines Gesellschafters vorgesehen); *Kouraleva-Cazals*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 262; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1614.

737 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36970.

738 *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 885.

sem Grunde ist auch das Optionsrecht für eine vermögensverwaltende *SARL de famille* ausgeschlossen.⁷³⁹

Ob die zahlreichen Optionsrechte, Ausnahmen sowie die hybride Besteuerung nun zu einer Verkomplizierung oder Flexibilität des Steuerrechts führen, kann dahingestellt bleiben;⁷⁴⁰ jedenfalls führen sie zu einer sehr vielschichtigen Unternehmensbesteuerung und belegen, dass allein die gesellschaftsrechtliche Haftung als Unterscheidungskriterium nicht taugt.

ii. Folgen einer Optionsausübung

Neben dem Zweck, dem Steuersystemwechsel, resultieren aus einer Optionsausübung zahlreiche weitere Folgen, auch für die Verluste. So finden bei der Optionsausübung die Vorschriften zur Beendigung der Gesellschaft Anwendung.⁷⁴¹ Ein Systemwechsel von der Körperschaftsteuer hin zur Semi-Transparenz führt zur sofortigen Besteuerung der noch nicht besteuerten Gewinne des laufenden Wirtschaftsjahres, der Gewinne, die bisher von einem Steueraufschub profitieren (exempli causa steuerfreie Rückstellungen und aufgeschobene Kapitalgewinne), sowie der nicht realisierten Veräußerungsgewinne, die im Vermögen des Unternehmens enthalten sind.⁷⁴² Wird keine neue *personne morale* gegründet, enthält Art. 221 bis CGI für die Gewinne, die von einem Steueraufschub profitieren, sowie für die nicht realisierten Veräußerungsgewinne unter zwei kumulativen Voraussetzungen eine Ausnahme. Zum einen darf aus der Optionsausübung keine Änderung der Buchführung erfolgen, zum anderen muss die Besteuerungsmöglichkeit dieser Gewinne unter dem nunmehr anzuwen-

739 *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 885.

740 Eine Verkomplizierung durch die Optionsmöglichkeiten und die hybride Besteuerung konstatiert *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 233 Fn. 221. Als erhöhte Flexibilität, ordnen dagegen *Cozian/Deboissy/Chadefaux* den Dualismus der Unternehmensbesteuerung und die Optionsrechte ein: *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 899.

741 Art. 221, 2 CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 190; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20140325, Tz. 90; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 100; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36950, 38770.

742 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20140325, Tz. 90; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 100; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 200, 210, 220, 230: die Veräußerungsgewinne unterliegen der Besteuerung nach Art. 39 duodecies ff. CGI; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 38770.

denden Steuersystem erhalten bleiben.⁷⁴³ Als weitere Folge der Optionsausübung gelten Gewinne und Rücklagen als an die Aktionäre ausgeschüttet,⁷⁴⁴ jedoch reduziert um den in der Bilanz enthaltenen Verlustvortrag.⁷⁴⁵ Soweit ein etwaiger Verlustvortrag sowie langfristige Kapitalverluste im Jahr der Regimeänderung nicht mit Gewinnen gleicher Art verrechenbar sind, gehen sie infolge des Systemwechsels unter.⁷⁴⁶ Nach erfolgreicher Optionsausübung zur transparenten Besteuerung erfolgt künftig die unmittelbare Zurechnung des Gesellschaftsergebnisses und die Besteuerung der Gesellschafter gemäß Art. 8 CGI.⁷⁴⁷ Daraus resultiert nunmehr die Nichtabzugsfähigkeit der Gesellschaftervergütungen.⁷⁴⁸ Andererseits werden fortan die Gesellschaftsverluste den Gesellschaftern unmittelbar zugerechnet.⁷⁴⁹ Trotz Optionsausübung qualifiziert die Gesellschaftsbeteiligung für bestimmte Anlagevehikel noch als „Kapitalgesellschaftsbeteiligung“, da diese besonderen Regelungen unterliegen, die eine bestimmte

743 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 100; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 110; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 240; Letzteres ist im Falle der Umwandlung einer körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaft in eine Personengesellschaft, deren Tätigkeit nicht gewerbsmäßiger Art ist, nicht erfüllt, da die später realisierten Kapitalgewinne, die im Namen der einzelnen Aktionäre zu besteuern wären, der Regelung für private Kapitalgewinne unterliegen, die es nicht ermöglicht, die Besteuerung des vollen Betrags der zum Zeitpunkt der Transaktion verbuchten Kapitalgewinne zu garantieren, vgl. *Loyer*, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 38775.

744 Art. 111 bis CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 120, 130; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 130, 140; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 260, 280; als ausgeschütteter Gewinn gelten alle Beträge, die keine „echten Einlagen“ darstellen, es sei denn die Gesellschaft kommt in den Genuss der Steuerermäßigung nach Art. 221 bis CGI. Die unter die Ermäßigung fallenden Beträge gelten nicht als ausgeschüttet.

745 BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 270.

746 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 110; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 120; *Burg*, *France – Corporate Taxation* [Stand 11/2020] Sec. 1.8.1.1., *Country Tax Guides IBFD*; *Hahn*, *DStR* 1999, 833, 837; *Loyer*, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 38770; *Kußmaul/Schäfer*, *IStr* 2000, 161, 165.

747 BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 290; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 150.

748 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 170; siehe zudem: C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

749 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 180; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1615.

Beteiligungsgrenze an körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaften voraussetzen.⁷⁵⁰

Für den Systemwechsel aus der Semi-Transparenz in das Trennungsprinzip gilt das eben Gesagte entsprechend.⁷⁵¹ Das heißt, es sind auch hier die steuerlichen Folgen einer Unternehmensbeendigung anwendbar, wobei auch für diesen Systemwechsel unter den bereits oben genannten kumulativen Voraussetzungen eine Ausnahme für die Sofortbesteuerung besteht.⁷⁵² Verluste, die zum Zeitpunkt des Wechsels festgestellt sind, sind von den Gesellschaftern zu verrechnen.⁷⁵³ Es findet kein Verlustvortrag auf Gesellschaftsebene statt.⁷⁵⁴ Ferner gilt es, Besonderheiten bei nicht gewerblich tätigen Gesellschaften zu beachten.⁷⁵⁵

***Notabene:** Die Optionsausübung unmittelbar nach Gesellschaftsgründung stellt keine Änderung des Steuerregimes, sondern die erstmalige Wahl eines der Steuersysteme dar. Mithin unterliegt die Gesellschaft nicht den eben dargestellten Folgen der Optionsausübung.⁷⁵⁶ Dasselbe gilt bei Umwandlung einer Gesellschaft, die grundsätzlich einen Systemwechsel mit sich bringen würde, mit der Umwandlung jedoch zur Fortführung des vor der Umwandlung anwendbaren Steuerregimes optiert wird.⁷⁵⁷*

Zivilrechtliche Folgen oder Konsequenzen für die Behandlung des Gesellschaftsanteils im Rahmen der Erbschaftsteuer hat die Optionsausübung nicht.⁷⁵⁸ Daraus folgt insbesondere, dass die beschränkte Haftung der Gesellschafter trotz einer Option zum Semi-Transparenz-System bestehen

750 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 310 ff.; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 150 ff.

751 Art. 202 ter-I, II CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-20-30-20120912, Tz. 100 ff.; BOI-IS-CHAMP-40-20190710, Tz. 290.

752 Art. 202 ter-I CGI; BOI-IS-CHAMP-40-20190710, Tz. 290.

753 BOI-IS-DEF-10-10-20141124, Tz. 170; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 38790.

754 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-30-20120912, Tz. 140.

755 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-30-20120912, Tz. 120, 130, so werden etwa Forderungen und bestimmte Schulden in den sofort steuerpflichtigen Gewinn einbezogen (Art. 202 CGI), wobei die Steuer auf Forderungen bei freiberuflichen Unternehmen auf 3 bis 5 Jahre verteilt werden kann (Art. 1633 CGI). Auch eine Übertragung der Forderungen auf das Unternehmen ist u.U. möglich (Art. 202 quater CGI).

756 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 70; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 80.

757 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, Tz. 80; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 90.

758 *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 403 f.

bleibt.⁷⁵⁹ Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland fällt eine Personengesellschaft nach Option zur Körperschaftsteuer in den Anwendungsbereich der EU-Mutter-Tochter-Richtlinie.⁷⁶⁰

iii. Wirkungsweise der semi-transparenten und hybriden Besteuerung

Nachfolgend soll auf die Wirkungsweise der semi-transparenten Besteuerung sowie die Folgen einer hybriden Besteuerung eingegangen werden.

⁷⁵⁹ Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 36950.

⁷⁶⁰ BOI-IS-BASE-10-10-10-10-20200415, Tz. 80; anders noch: *Hellio/Rädler Jr.*, IS-tr 2000, 401, 404. Dieser Auffassung lag allerdings noch die damals gültige Stammfassung von 1990 (Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft, 20.08.1990, L 225/6) zugrunde. Anders als die aktuelle Fassung (Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011, Amtsblatt der Europäischen Union, 29.12.2011, L 345/8), enthielt die damalige Fassung für Frankreich eine abschließende Auflistung der Gesellschaften, die in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fielen (Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft, 20.08.1990, L 225/6, Anhang f)). Eine analoge Anwendung auf andere Gesellschaftsformen war mithin ausgeschlossen (so auch EuGH, Urteil v. 01.10.2009 – *Gaz de France* – Rs. C-247/08, ECLI:EU:C:2009:600 (Tz. 32 ff.)). Die aktuelle Fassung enthält für Frankreich neben einer Auflistung an Gesellschaftsformen eine Generalklausel („[...] andere nach französischem Recht gegründete Gesellschaften, die der französischen Körperschaftsteuer unterliegen“, Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011, Amtsblatt der Europäischen Union, 29.12.2011, L 345/8, Anhang I Teil A k)), die eine Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs auf optierte Personengesellschaften zulässt; zu Deutschland: C.I.1.b.ii Folgen einer Optionsausübung; allerdings ist hier zu konstatieren, dass der in Art. 2 Bstb. a der Mutter-Tochter-Richtlinie definierte persönliche Anwendungsbereich durch die Finanzverwaltungen der beiden Länder wohl unterschiedlich ausgelegt wird. Während Deutschland auf Art. 2 Bstb. a (iii) der Mutter-Tochter-Richtlinie abstellt, der Gesellschaften vom persönlichen Anwendungsbereich ausnimmt, die eine Wahlmöglichkeit zur Körperschaftsteuer, respektive der *impôt sur les sociétés* in Frankreich, haben, sieht Frankreich in Art. 2 Bstb. a (i) i.V.m. Anhang I, Teil A Bstb. k der Mutter-Tochter-Richtlinie eine Generalklausel, die auch optierende Personengesellschaften erfassen soll. Eine entsprechende „Generalklausel“ ist für Deutschland in Art. 2 Bstb. a (i) i.V.m. Anhang I, Teil A Bstb. f der Mutter-Tochter-Richtlinie geregelt. Die deutsche Finanzverwaltung sieht jedoch offensichtlich Art. 2 Bstb. a (iii) der Mutter-Tochter-Richtlinie als vorrangig an.

(1) Semi-transparente Besteuerung

Das System der Personengesellschaftsbesteuerung stellt auch in Frankreich eines der komplexesten Themen des Steuerrechts dar.⁷⁶¹ Während *Gutmann* noch zurückhaltend konstatiert, die Materie sei überraschend komplex,⁷⁶² verweist er auf *Serlooten*, der die Personengesellschaftsbesteuerung als durch Inkonsistenz, Komplexität und Nutzlosigkeit geprägt beschreibt.⁷⁶³

Die semi-transparente Besteuerung bewirkt die unmittelbare Zurechnung des Gesellschaftsergebnisses an die und die Besteuerung durch die dahinterstehenden Gesellschafter, unabhängig von einer Ausschüttung.⁷⁶⁴ Die Gewinne gelten am Tag ihrer Realisierung als von den Gesellschaftern erwirtschaftet.⁷⁶⁵ Hiermit soll eine Gleichstellung mit den ebenfalls unbeschränkt haftenden Einzelunternehmern erfolgen, die der sofortigen Besteuerung unterliegen, selbst wenn sie Gewinne zur Finanzierung des Unternehmens nicht entnehmen.⁷⁶⁶ Eine anschließende Entnahme wird nicht besteuert.⁷⁶⁷ Entsprechend erfolgt eine unmittelbare Zurechnung der Gesellschaftsverluste.⁷⁶⁸ Daraus resultiert im Gegenzug, dass der spätere Ausgleich eines Verlustes nicht zu einem (weiteren) steuerlichen Ver-

761 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 942.

762 *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 254.

763 *P. Serlooten*, „Faut-il sauver la semi-transparence fiscale des sociétés de personnes?“, Dr.fisc. 2007, n° 27, comm 700, n° 14 zitiert nach *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 254, Fn. 270.

764 *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 907; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 897, 960, 967; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 35675, 37645; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 243, 251; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1603; *Bippus*, DStR 1998, 749, 755; *Kußmaul/Schäfer*, IStR 2000, 161, 162; *Joannard-Lardant*, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.4.3., Country Tax Guides IBFD; *Burg*, France – Corporate Taxation [Stand 11/2020] Sec. 11.2.1., Country Tax Guides IBFD.

765 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 37655.

766 Eine Ausnahme hiervon stellt der *EIRL* dar. Bei diesem handelt es sich um einen beschränkt haftenden Einzelunternehmer, *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 872, 877; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 960.

767 *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 907; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 961; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1606.

768 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 960.

lust des Gesellschafters führt.⁷⁶⁹ Die unmittelbare Verlustzurechnung geht Hand in Hand mit dem Verbot, eine Abschreibungsrückstellung auf den Wertverlust des Gesellschaftsanteils zu bilden, soweit dieser auf unmittelbar zugerechneten Verlusten basiert.⁷⁷⁰

Die semi-transparente Besteuerung erfolgt zweistufig und stellt eine Mischform zwischen der Theorie der getrennten Einheit und der Theorie der Transparenz dar.⁷⁷¹ So wird auf der ersten Stufe das Ergebnis auf Gesellschaftsebene bestimmt (buchhalterische Autonomie) und von dieser erklärt.⁷⁷² Auch die Überprüfung erfolgt zwischen Steuerbehörde und Gesellschaft.⁷⁷³ Zur Ergebnisermittlung und Qualifizierung wird grundsätzlich auf die Tätigkeit der Gesellschaft abgestellt.⁷⁷⁴ Etwas anderes gilt, soweit ein Gesellschafter körperschaftsteuerpflichtig ist oder der Gesellschafter ein originär eigenes industrielles, kaufmännisches, handwerkliches oder landwirtschaftliches Unternehmen ausübt und er seine Anteile auf der Aktivseite seiner Bilanz hält.⁷⁷⁵ In diesem Fall wird der den Rechten dieses Gesellschafters entsprechende Ergebnisanteil nach den für ihn geltenden Steuervorschriften bestimmt.⁷⁷⁶ Hieraus kann die Notwendigkeit einer unterschiedlichen Ergebnisermittlung mit der Führung mehrerer Konten erwachsen.⁷⁷⁷ Die Gesellschaft kann mit ihren Gesellschaftern Ver-

769 Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 961.

770 Gouthière, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 2411.

771 Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 245; La Martinière, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 898; Gouthière, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 2412.

772 Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 944; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 248; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1604; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651, sowie La Martinière, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 898.

773 Art. 60 CGI; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 248.

774 Art. 238 bis K-II CGI; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 946; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 249.

775 Art. 238 bis K-I CGI; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 955; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 249; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1605; La Martinière, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 902.

776 Art. 238 bis K-I CGI; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 955; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 249; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1605.

777 Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 249; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1605; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 958.

träge abschließen.⁷⁷⁸ Die daraus resultierenden Miet- und Zinszahlungen an die Gesellschafter können als Betriebsausgaben abgezogen werden.⁷⁷⁹ Konträr verhält sich die Behandlung bei über das Marktübliche hinausgehenden Zinsen (bezüglich des überschießenden Betrags), bei Vorgängen, die dem Fremdvergleich nicht standhalten, sowie bei gezahlten Vergütungen für in der Gesellschaft ausgeübte Tätigkeiten.⁷⁸⁰ Letzteres soll das künstliche Generieren von Lohneinkommen verhindern.⁷⁸¹ Es erfolgt eine Hinzurechnung bei dem Gesellschafter, der die Vergütung erhalten hat.⁷⁸²

Auf der zweiten Stufe erfolgt die Ergebnisbesteuerung auf Gesellschafterebene.⁷⁸³ Die Ergebnisverteilung findet anhand der Gesellschaftsanteile der Gesellschafter statt. Dabei sind die gesellschaftsrechtlichen Gewinnbezugsrechte, die nicht zwingend den Kapitalanteil widerspiegeln, maßgeblich.⁷⁸⁴ Den Gesellschaftern steht zudem die Möglichkeit zu, ihnen persönlich entstandene Ausgaben unter den folgenden drei Bedingungen von ihren jeweiligen Anteilen am Einkommen der Partnerschaft abzuziehen. Sie müssen (i) vom Partner getätigt worden sein, sie müssten (ii) abzugsfähig sein, wenn sie durch die Gesellschaft getätigt worden wären, und dürfen (iii) nicht bereits auf der Gesellschaftsebene berücksichtigt worden sein.⁷⁸⁵

Um die richtigen steuerlichen Konsequenzen zu ziehen, ist die Zuordnung der Gesellschaftsbeteiligung zum Privat- oder Betriebsvermögen entscheidend.⁷⁸⁶ Der Gesellschaftsanteil ist zwingend dem Betriebsvermögen

778 Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 250.

779 Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 250; Hahn, RIW 2008, 212, 221; zur steuerlichen Anerkennung von Zinsen auch Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 952.

780 Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 402; Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 250; Hahn, RIW 2008, 212, 221; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651; La Martinière, *Droit fiscal de l'entreprise* (2018), Tz. 912; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 951; Lamarque/Négrin/Ayrault, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1605.

781 Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 250.

782 La Martinière, *Droit fiscal de l'entreprise* (2018), Tz. 912; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 964.

783 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 944.

784 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 959, 962; bei Anwälten ist etwa eine Aufteilung nach ihrem Tätigkeitsvolumen möglich.

785 Burg, France – Corporate Taxation [Stand 11/2020] Sec. 11.2.2., Country Tax Guides IBFD.

786 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 978.

zuzuordnen, wenn der Gesellschafter beruflich für die Gesellschaft tätig ist.⁷⁸⁷ Als Konsequenz kann er Ausgaben, die er für den Erwerb oder den Erhalt seines beruflichen Einkommens tätigt, zum Beispiel Darlehenszinsen im Zusammenhang mit dem Anteilserwerb, steuerlich abziehen.⁷⁸⁸ Wie bereits erörtert, können sich zudem Folgen für die Ergebnisqualifikation sowie -ermittlung ergeben. Als weiteres Resultat ist die Verlustausgleichsfähigkeit zu nennen. Aufgrund seiner Tätigkeit in der Gesellschaft erfüllt der Gesellschafter regelmäßig die Voraussetzungen des Art. 156-I, 1° bis CGI, um die Gesellschaftsverluste uneingeschränkt mit anderen positiven Einkünften verrechnen zu können.⁷⁸⁹ Im Falle der entgeltlichen Übertragung des Gesellschaftsanteils finden die allgemeinen Regeln über die gewerblichen Kapitalgewinne (*régime des plus et moins-values professionnelles*) Anwendung.⁷⁹⁰

Befindet sich der Gesellschaftsanteil indes im Privatvermögen, ist ein Erwerbskostenabzug ausgeschlossen.⁷⁹¹ Während des Besitzes wird das Ergebnis nach der allgemeinen Regel auf Grundlage der Gesellschaftstätigkeit qualifiziert und ermittelt.⁷⁹² Ein Verlustausgleich mit anderen positiven Einkünften des Gesellschafters scheitert regelmäßig an den Voraussetzungen des Art. 156-I, 1° bis CGI, mangels aktiver Tätigkeit in der Gesellschaft.⁷⁹³

Aufgrund der unterschiedlichen steuerlichen Folgen je nach Einordnung des Gesellschaftsanteils in das Betriebs- oder Privatvermögen, ist auch ein Wechsel zwischen Betriebs- und Privatvermögen steuerlich relevant. So führt ein Wechsel des Gesellschaftsanteils vom Betriebs- ins Privatvermögen, exempli causa in Folge der Aufgabe der Tätigkeit in der

787 Art. 151 nonies-I CGI; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 320.

788 Art. 238 bis K-I CGI; *La Martinière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 902; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 979; explizit für die Gesellschafter einer *SARL de famille*, die zur Einkommensteuer optiert sind: Réponse du ministère Fosset, n° 04224, J.O. Sénat du 19 mai 1994, S. 1222; BOI-IS-CHAMP-20-20-10-20180704, Tz. 320.

789 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 980; zur Regelung des Art. 156-I, 1° bis CGI siehe zudem: D.I.3.b.ii Regelung.

790 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 981.

791 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 984.

792 Art. 238 bis K-II CGI.

793 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 984; allerdings genügt die aktive Tätigkeit einer Person des Steuerhaushalts. Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen des Art. 156-I, 1° bis CGI: D.I.3.b.ii Regelung.

Gesellschaft, zu einem gewerblichen Kapitalgewinn, jedoch unter Steuer-
aufschub.⁷⁹⁴

Trotz der semi-transparenten Besteuerung der Personengesellschaften werden Anteilsverkäufe, gleich einem Anteilsverkauf an einer Kapitalgesellschaft, grundsätzlich als Einkommen aus beweglichem Kapitalvermögen (*revenus de capitaux mobiliers*) besteuert.⁷⁹⁵ Im Falle eines Veräußerungsverlustes gelten Sonderregeln hinsichtlich der Ausgleichsfähigkeit mit anderen positiven Einkünften.⁷⁹⁶ Werden die Gesellschaftsanteile im Betriebsvermögen gehalten, ist zwischen Anlage- und Umlaufvermögen zu differenzieren.⁷⁹⁷ Letzteres resultiert in einem gewöhnlichen Handelsertrag, es sei denn, die Haltedauer der Anteile beträgt über zwei Jahre.⁷⁹⁸ Der Verkauf führt dann zu einem langfristigen Kapitalgewinn respektive

794 Art. 151 nonies-IV CGI; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 986; dies gilt ebenso, für den Fall des Wechsels ins Privatvermögen, wenn ein Gesellschafter in der semi-transparent besteuerten Gesellschaft tätig ist und diese zur Körperschaftsteuerpflicht wechselt.

795 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 726 f.; der Veräußerungsgewinn unterliegt als Einkommen aus beweglichem Kapitalvermögen seit 2018 dem einheitlichen Pauschalsteuersatz von 12,8 % inklusive 17,2 % Sozialbeitrag. Dem Steuerpflichtigen steht es allerdings frei, sich für die Besteuerung mit seinem persönlichen (progressiven) Steuersatz zu entscheiden. In diesem Fall erfolgt ein Ansatz des Veräußerungsgewinnes mit 60 %. Hinzu kommen auch hier Sozialversicherungsbeiträge von 17,2 %, die auf den vollen Gewinn anfallen; Art. 150-0 D-1 ter, A, B CGI; *Loyer*, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 32805; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: *Mennel/Förster*, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 98; *Joannard-Lardant*, *France – Individual Taxation* [Stand 10/2020] Sec. 1.7.2.2., 1.5.1., *Country Tax Guides IBFD*; für Anteile, die vor dem 01.01.2018 erworben wurden, greift statt einer 40 %-igen Freistellung der Erträge eine gestaffelte Befreiung, die sich nach der Haltedauer der Anteile richtet. So ermäßigt sich die Steuer bei Anteilen, die länger als 2 Jahre gehalten wurden, um 50 % und bei Anteilen, die länger als 8 Jahre gehalten wurden, um 65 %.

796 Siehe sogleich: C.I.3.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.

797 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 727; ist das Unternehmen im Aktienhandel tätig, stellen sämtliche Veräußerungsgewinne Handelsertrag dar; *Joannard-Lardant*, *France – Individual Taxation* [Stand 10/2020] Sec. 1.7.2.1., *Country Tax Guides IBFD*.

798 *Loyer*, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 18400.

-verlust.⁷⁹⁹ Liegt indes Anlagevermögen vor, sind die Veräußerungsgewinne nach dem *régime des plus-values professionnel* zu besteuern.⁸⁰⁰ Mithin ist zwischen kurz- und langfristigen Veräußerungsgewinnen zu differenzieren.⁸⁰¹ Während langfristige Kapitalgewinne von einem Pauschalsteuersatz profitieren, stellen kurzfristige Gewinne Handelsertrag dar.⁸⁰² Der Steuerpflichtige kann unter Umständen ganz oder teilweise von einer Steuerbefreiung oder Steuerstundung profitieren.⁸⁰³

Um bei der Veräußerung eines Personengesellschaftsanteils eine Doppelbesteuerung bereits versteuerter Gewinne respektive eine Doppelbegünstigung bereits zugewiesener Verluste zu vermeiden, wurde ein Mechanismus zur Anpassung der Kapitalgewinn- beziehungsweise -verlustermittlung entwickelt.⁸⁰⁴ Denn die Existenz bereits besteuelter Gewinnrücklagen erhöht den Wert des Gesellschaftsanteils und damit den zu erzielenden Veräußerungspreis.⁸⁰⁵ Ohne Anpassungsmechanismus würden die Gewinnrücklagen sowohl im Zeitpunkt ihrer Realisierung als auch in Form eines insoweit erhöhten Veräußerungsgewinns, mithin doppelt besteuert.

799 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 580; Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 18400.

800 Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 37715; Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 257; Hellio/Cadet/Fermine, in: Mennel/Förster, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 104.

801 Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 981, 542 ff., 573; Hellio/Cadet/Fermine, in: Mennel/Förster, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 104, 115; Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 18400; Joannard-Lardant, *France – Individual Taxation* [Stand 10/2020] Sec. 1.7.2.1., *Country Tax Guides IBFD*.

802 Art. 39 quindecies-I, 1 CGI, langfristige Kapitalgewinne profitieren von einem Pauschalsteuersatz von 12,8 %, hinzu kommen Sozialbeiträge i.H.v. 17,2 %; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 566, 573; Joannard-Lardant, *France – Individual Taxation* [Stand 10/2020] Sec. 1.7.2.1., *Country Tax Guides IBFD*; Hellio/Cadet/Fermine, in: Mennel/Förster, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 115.

803 Art. 151 septies, 151 nonies, 238 quindecies CGI; Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 37716; Joannard-Lardant, *France – Individual Taxation* [Stand 10/2020] Sec. 1.7.2.1., *Country Tax Guides IBFD*; eine Steuerstundung kommt etwa bei einer Reinvestition in kleine oder mittlere Unternehmen in Betracht.

804 Conseil d'État, 8/3 SSR, 16.02.2000, n° 133296; Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 37740, 33060; Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 261 f.; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 989; Lamarque/Négrin/Ayrault, *Droit fiscal général* (2017), Tz. 1608.

805 Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 261.

Spiegelbildliches gilt im Falle eines Gesellschaftsverlustes.⁸⁰⁶ Zur Korrektur wird der Anschaffungspreis um die nicht ausgeschütteten Gewinne erhöht sowie um die nicht ausgeglichenen Verluste gemindert.⁸⁰⁷ Dies gilt sowohl bei Personengesellschaftsanteilen, die im Betriebsvermögen, als auch bei solchen, die im Privatvermögen gehalten werden.⁸⁰⁸ Eine Korrektur erfolgt allein, um Doppelberücksichtigungen zu vermeiden, nicht um eine gänzliche Berücksichtigung auszuschließen.⁸⁰⁹

Vorteil der semi-transparenten Besteuerung ist die unmittelbare Verlustzurechnung an und -verrechnung durch die Gesellschafter.⁸¹⁰ Dies ist besonders in der Gründungs- und Anfangsphase eines Unternehmens relevant.⁸¹¹ Durch die Optionsmöglichkeit für junge Kapitalgesellschaften wird ein unmittelbarer Verlustausgleich bei lediglich beschränkter Haftung der Gesellschafter ermöglicht.⁸¹² Daneben können Darlehenskosten im Zusammenhang mit der Anschaffung des Gesellschaftsanteils durch den Gesellschafter abzugsfähig sein.⁸¹³

(2) Hybride Besteuerung

Die hybride Besteuerung zeichnet sich durch eine ambivalente Gesellschaftsbesteuerung aus. Während ein Teil des Gesellschaftsgewinns unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet und von diesen besteuert wird, unterliegt der andere Teil des Gesellschaftsgewinns auf Gesellschaftsebene

806 *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 261; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 991; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1608; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 33060.

807 Conseil d'État, 8/3 SSR, 16.02.2000, n° 133296; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 37740; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 262; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1608; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 992 f.

808 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 33060; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 995.

809 *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 998.

810 *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 253; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36950.

811 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36950.

812 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36950.

813 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36950.

der Körperschaftsteuer.⁸¹⁴ Diese hybride Besteuerungsform findet sich sowohl bei der *société en commandite simple* als auch bei der *société en participation*, soweit beschränkt haftende oder der Steuerbehörde namentlich nicht bekannte Gesellschafter beteiligt sind.⁸¹⁵ Dies gilt jeweils, solange die Gesellschaft nicht zur Körperschaftsteuer optiert.⁸¹⁶

Folge der hybriden Besteuerung ist unter anderem die Verpflichtung, zwei Steuererklärungen abgeben zu müssen, die unter Beachtung der spezifischen Einkommen- und Körperschaftsteuerregeln zu erstellen sind.⁸¹⁷ So erfolgt eine Hinzurechnung der an die *commandités* gezahlten Vergütung nur in Bezug auf den transparent zuzurechnenden Gewinnanteil.⁸¹⁸ Die Körperschaftsteuer entsteht für die *société en commandite simple* auf Ebene der Gesellschaft und bei der *société en participation*, mangels eigener Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft, in der Person des Managers.⁸¹⁹ Materiell-rechtlich führt die hybride Besteuerung für den beschränkt haftenden respektive namentlich nicht bekannten Gesellschafter zu Ausschüttungen, die den allgemeinen Regeln der Dividendenbesteuerung unterliegen.⁸²⁰ Seit 1. Januar 2018 findet hierauf der pauschale Steuersatz (*Prélèvement Forfaitaire Unique*) von insgesamt 30 % (12,8 % Steuer und 17,2 % Sozialbeiträge) Anwendung, dem grundsätzlich eine abgeltende Wirkung zukommt.⁸²¹ Eine unmittelbare Teilhabe des beschränkt haftenden Gesell-

814 BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912, Tz. 60 f.; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 234; Hey/Bauersfeld, IStR 2005, 649, 651; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1609.

815 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

816 Zu den Optionsrechten siehe: C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

817 Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 234.

818 Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 37775; zur Notwendigkeit der Hinzurechnung der Vergütung: C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

819 Zur *société en commandite simple*: BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912, Tz. 70; Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 37775; zur fehlenden Rechtspersönlichkeit der *société en participation*: BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912, Tz. 20; Gutmann, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 235; La Martinière, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 879; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1609; zum Anfall der Körperschaftsteuer im Namen des Managers: Art. 218 CGI; Cozian/Deboissy/Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 915; Lamarque/Négrin/Ayrault, Droit fiscal général (2017), Tz. 1609.

820 Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 37775; zur Besteuerung der Gewinnanteile beim *commanditaire* auch: Bippus, DStR 1998, 749, 755.

821 Joannard-Lardant, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.5.1., Country Tax Guides IBFD; Hellio/Cadet/Ferminé, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 134; der

schafters an den Gesellschaftsverlusten findet nicht statt.⁸²² Für seinen Gesellschaftsanteil erfolgt der Verlustvor- oder -rücktrag auf Gesellschaftsebene nach den Körperschaftsteuerregeln.⁸²³ Eine unmittelbare Verlustzurechnung an den beschränkt haftenden Gesellschafter unterbleibt auch dann, wenn dieser aufgrund Tätigwerden in der Geschäftsführung der Gesellschaft gemäß Art. L222-6 *Code de commerce* haftet und auf diese Haftung hin zahlt.

c. „Verlustverrechnung“ – Begriffsbestimmung und Wirkung im System der transparenten Besteuerung

Es wurde bereits erörtert, dass allein im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung eine unmittelbare Verlustzurechnung an die Gesellschafter erfolgt.⁸²⁴ Die unmittelbare Verlustzurechnung ist grundsätzlich auf die Fälle der unbeschränkten Gesellschafterhaftung beschränkt. Doch auch bei einer lediglich beschränkten Gesellschafterhaftung ist eine unmittelbare Verlustzurechnung denkbar. So räumt das französische Steuerrecht bestimmten Kapitalgesellschaften ein zeitlich begrenztes oder auch unbegrenztes Optionsrecht zur semi-transparenten Besteuerung ein.⁸²⁵ Zudem werden bei der *entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, der *exploitation agricole à responsabilité limitée* sowie dem *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* grundsätzlich die Gesellschafter respektive der Einzelunternehmer trotz lediglich beschränkter Haftung unmittelbar der Einkommensteuer unterworfen.⁸²⁶ Die unmittelbare Verlustzurechnung beinhaltet jedoch keine Aussage über das Ob und Wie der Verlustverrechnungsmöglichkeiten auf Gesellschafterebene. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob respektive

Gesellschafter kann jedoch zur Besteuerung nach seinem persönlichen Steuersatz optieren. In diesem Fall erfolgt der Dividendenansatz mit 60 %, und die einbehaltene Steuer wird auf seine persönliche Steuerschuld angerechnet; *Loyer*, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 32805.

822 *Bippus*, DStR 1998, 749, 757.

823 *Loyer*, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 37775; zur Besteuerung der Gewinnanteile beim Kommanditisten auch: *Bippus*, DStR 1998, 749, 755; zur Besteuerung nach dem Trennungsprinzip auch: unten C.I.2.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

824 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip, und C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

825 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

826 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

unter welchen Voraussetzungen eine unbeschränkte Verlustverrechnung gewährt werden soll. Nachfolgend soll auf die Grundsätze sowie etwaige Besonderheiten der semi-transparenten Besteuerung im Rahmen der Verlustverrechnung eingegangen werden.

i. Verlust

Zunächst ist zu klären, wie sich der Verlust im französischen Steuerrecht definiert beziehungsweise zusammensetzt, denn im Gegensatz zu den USA unterscheidet das französische Steuerrecht, genau wie das deutsche, zwischen verschiedenen Einkunftsarten.⁸²⁷

(1) Allgemeines zum Verlustbegriff

Das französische Steuerrecht entbehrt eine Legaldefinition des Verlustbegriffs. Art. 13, 1 CGI definiert den zu versteuernden Gewinn und das zu versteuernde Einkommen als Überschuss der Bruttoeinnahmen über die Ausgaben für den Erwerb und den Erhalt des Einkommens. Art. 156-I CGI setzt voraus, dass im Rahmen einer Einkunftsart ein Verlust festgestellt werden kann. Mithin stellt ein negativer Saldobetrag der Ausgaben über die Einnahmen innerhalb einer Einkunftsart einen Verlust dar.⁸²⁸ Darüber hinaus wird ein Verlustüberschuss über die Gesamteinnahmen des Steuerjahres ebenfalls als Verlust bezeichnet.⁸²⁹

(2) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung

Im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung gelten grundsätzlich die allgemeinen Ausführungen zum Verlustbegriff.⁸³⁰ Allerdings kann ein Verlust, der auf Gesellschaftsebene einer bestimmten Einkunftsart zugeordnet wird, auf Gesellschafterebene einer abweichenden Einkunftsart zuzuordnen sein. Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaft nicht-gewerbliche

827 S.o. C.I.3.a Einführung in das französische Einkommensteuerrecht.

828 Loyer, Fiscal 20 (2020), Tz. 785.

829 Art. 156-I CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1512, die in diesem Zusammenhang von *déficit «global»* sprechen.

830 S.o. C.I.3.c.i(1) Allgemeines zum Verlustbegriff.

Verluste erwirtschaftet und der Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil in dem Betriebsvermögen seiner eigenen gewerblichen Tätigkeit hält. In diesem Fall qualifizieren die Verluste auf Gesellschafterebene als gewerbliche Verluste.⁸³¹

ii. Verlustverrechnung

In Frankreich normiert Art. 156 CGI das Nettoprinzip. Die Norm enthält dafür sowohl Bestimmungen zum intraperiodischen Verlustabzug als auch zur interperiodischen Verlustverrechnung.

(1) Intraperiodische Verlustverrechnung

Die zentrale steuerliche Verlustverrechnungsnorm ist Art. 156 CGI. Danach sind Verluste unterschiedlicher Einkunftsquellen und -arten grundsätzlich miteinander verrechenbar.⁸³² Die Vorschrift enthält jedoch einige Beschränkungen für diverse Verluste.⁸³³

(2) Interperiodische Verlustverrechnung

Ebenfalls in Art. 156-I CGI ist die Möglichkeit des Verlustvortrages geregelt. Verbleibt nach der intraperiodischen Verlustverrechnung ein Gesamtverlust, wird dieser auf die folgenden sechs Jahre vorgetragen und mit dem jeweiligen positiven Gesamteinkommen (*revenu global*) verrechnet.⁸³⁴ Eine Beschränkung der Höhe nach ist hierfür nicht vorgesehen.

831 S.o. C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

832 Art. 156-I CGI; Art. 13, 3 CGI; BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 1; BOI-IR-BASE-10-20-20120912, Tz. 60; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 785, 800; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 897, 968; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1508, 1604, 1607; *Joannard-Lardant*, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.4.3., Country Tax Guides IBFD; *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 651; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Menzel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 58, 60 f.

833 BOI-IR-BASE-10-20-10-20191220, Tz. 80; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 980 ff.; im Einzelnen: s.u. C.I.3.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkung.

834 Art. 156-I CGI; BOI-IR-BASE-10-20-30-20180704, Tz. 10; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 800; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1512.

Pauschal besteuertes Einkommen ist von der Verrechnung ausgenommen und wird nicht in das verrechenbare Gesamteinkommen (*revenu global*) einbezogen.⁸³⁵

(3) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung

Die Verluste einer semi-transparent besteuerten Gesellschaft werden unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet und können von diesen, vorbehaltlich der Verlustverrechnungsbeschränkungen, bei der Ermittlung ihres zu versteuernden Gesamteinkommens (*revenu global*) mit anderen Einkünften verrechnet werden.⁸³⁶ Wurde an einem solchen Gesellschaftsanteil ein Nießbrauchrecht eingeräumt, wird der Verlust entgegen der Verwaltungsauffassung dem Nießbraucher und nicht dem Eigentümer zugerechnet.⁸³⁷ Dies gilt unabhängig davon, dass der Eigentümer für die Schulden der Gesellschaft haftet.⁸³⁸

iii. Verlustverrechnungsbeschränkung

Art. 156 CGI beinhaltet neben dem Nettoprinzip zugleich zahlreiche Verlustverrechnungsbeschränkungen. Sie ist damit die zentrale Vorschrift zum Thema Verlustverrechnung in Frankreich.

(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen

Art. 156 CGI hält neben der Kernaussage einer grundsätzlichen intra- und interperiodischen Verlustverrechnung auch einige Verlustverrechnungsbeschränkungen bereit. Dabei ist zwischen Verlustverrechnungsbeschränkungen zu unterscheiden, die eine Verlustverrechnung vollumfänglich ausschließen, solchen, die die Verlustverrechnung auf Gewinne der gleichen Art beschränken, und betragsmäßige Verlustverrechnungsbeschrän-

835 Conseil d'État, 8/3 SSR, 20.10.2000, n° 178106; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 960.

836 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 37645.

837 Conseil d'État, 10/9 chambres réunies, 08.11.2017, n° 399764; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 37650; zur entgegenstehenden Verwaltungsauffassung: BOI-BIC-CHAMP-70-20-10-20-20120912, Tz. 130.

838 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 37650.

kungen, die eine darüber hinausgehende Verlustverrechnung auf Gewinne der gleichen Art beschränken.⁸³⁹ So wird etwa die Verrechnung von Verlusten aus landwirtschaftlicher Tätigkeit,⁸⁴⁰ aus Grund und Boden⁸⁴¹ sowie aus beweglichem Kapital⁸⁴² beschränkt. Letztere dürfen nur mit positiven Einkünften aus beweglichem Kapital der folgenden sechs Jahre verrechnet werden.⁸⁴³ Eine Verlustverrechnung kommt in diesem Fall nur dann überhaupt in Betracht, wenn der Steuerpflichtige zur Besteuerung nach seinem persönlichen, progressiven Steuersatz optiert hat.⁸⁴⁴ Im Rahmen der Pauschalbesteuerung findet keine Verlustverrechnung statt.⁸⁴⁵ Eine vergleichbare Regelung enthält Art. 156-I, 2° CGI für die nichtgewerblichen Einkünfte (*activités non commerciales*), mit Ausnahme der freiberuflichen Einkünfte.⁸⁴⁶ Die Regelung enthält eine Beschränkung der Verlustverrechnung auf die Gewinne der selben Einkunftsart der folgenden sechs Jahre.⁸⁴⁷ Nicht erforderlich ist, dass die Gewinne aus der gleichen Tätigkeit herrühren.⁸⁴⁸ Ein grundsätzliches Verlustverrechnungsverbot ist zudem für Immobilienveräußerungsverluste von Privatpersonen vorgesehen.⁸⁴⁹

Eine weitere bedeutende Einschränkung gilt für Verluste aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern, die mindestens zwei Jahre gehalten wurden (langfristige Veräußerungsverluste).⁸⁵⁰ Die Beschränkung ist in den allgemeinen Bilanzierungsregeln verankert und findet auch bei den Kapitalgesellschaften Anwendung.⁸⁵¹ Demgemäß dürfen langfristige Veräußerungs-

839 *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1512.

840 Art. 156-I, 1° CGI; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 1000; hier ist die Verlustverrechnung mit anderen Einkünften der Höhe nach beschränkt, wobei der verrechenbare Höchstbetrag jedes Jahr überprüft wird. Die darüber hinausgehenden Verluste sind mit gleichartigen Gewinnen der Folgejahre verrechenbar.

841 Art. 156-I, 3° CGI; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 990.

842 Art. 156-I, 8° CGI.

843 Art. 156-I, 8° CGI; BOI-IR-BASE-10-20-10-20191220, Tz. 150; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Menzel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 61.

844 BOI-IR-BASE-10-20-10-20191220, Tz. 160.

845 BOI-IR-BASE-10-20-10-20191220, Tz. 160.

846 BOI-IR-BASE-10-20-10-20191220, Tz. 120; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 211, 213.

847 Art. 156-I, 2° CGI; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 213.

848 *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 213.

849 Art. 150 VD-I CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1514; Ausnahme in Art. 150 VD-II CGI.

850 Art. 39 duodecies-I, 3 CGI.

851 Art. 39 quinquies-I, 2 CGI; *Tangermann*, in: Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2019/2020, 17. Auflage 2019, H. Steuerrecht europäischer Staaten und anderer

verluste nur mit langfristigen Veräußerungsgewinnen der folgenden zehn Jahre verrechnet werden.⁸⁵² Im Falle der Liquidation eines Unternehmens kann ein Überschuss an langfristigen Veräußerungsverlusten von den Gewinnen des Liquidationsjahres abgezogen werden, jedoch nur innerhalb gewisser Verhältnissgrenzen.⁸⁵³ Verluste aus der Veräußerung von kürzer als zwei Jahre gehaltenen Wirtschaftsgütern (kurzfristige Veräußerungsverluste) sind dagegen, nach primärer Verrechnung mit Gewinnen aus der Veräußerung von solchen Wirtschaftsgütern, mit dem übrigen Einkommen verrechenbar.⁸⁵⁴ Diese Differenzierung ist konsequent, denn im Gegensatz zu den langfristigen Veräußerungsgewinnen profitieren die kurzfristigen Veräußerungsgewinne nicht von dem Pauschalsteuersatz, sondern unterliegen als normaler Handelsgewinn dem progressiven Steuersatz.⁸⁵⁵

Bei einem Zusammentreffen von beschränkt und unbeschränkt ausgleichsfähigen Verlusten kann der Steuerpflichtige die für ihn günstigste Lösung wählen.⁸⁵⁶

(2) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung

Die bedeutendste Verlustverrechnungsbeschränkung im Rahmen der transparenten Besteuerung enthält Art. 156-I, 1° bis CGI. Danach dürfen nicht berufliche gewerbliche Verluste (*activités industrielles ou commerciales*) nur mit eben solchen Gewinnen der folgenden sechs Jahre verrechnet

wichtiger Industriestaaten, Rn. 301; *Burg, France – Corporate Taxation* [Stand 11/2020] Sec. 1.8.2., *Country Tax Guides IBFD*; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 261.

852 Art. 39 quindecies-I, 2 CGI; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 572; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 61, 115, 261; *Joannard-Lardant*, *France – Individual Taxation* [Stand 10/2020] Sec. 1.7.2.2., *Country Tax Guides IBFD*; *Tangermann*, in: *Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2019/2020*, 17. Auflage 2019, H. *Steuerrecht europäischer Staaten und anderer wichtiger Industriestaaten*, Rn. 301; *Burg, France – Corporate Taxation* [Stand 11/2020] Sec. 1.8.2., *Country Tax Guides IBFD*.

853 Art. 39 quindecies-I, 2 CGI.

854 *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, *Steuern in Europa, Amerika und Asien*, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 111; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 566.

855 S.o. C.I.3.b.iii(1) *Semi-transparente Besteuerung*.

856 BOI-IR-BASE-10-20-30-20180704, Tz. 1.

werden.⁸⁵⁷ Die Vorschrift erfasst Tätigkeiten, die seit dem 1. Januar 1996 aufgenommen, übernommen, erweitert oder hinzugefügt wurden.⁸⁵⁸ Qualifizieren die gewerblichen Verluste als berufliche Verluste, können sie unbeschränkt mit anderen positiven Einkünften verrechnet werden.⁸⁵⁹ Allerdings erschöpft sich der Anwendungsbereich nicht in der semi-transparenten Besteuerung und der aus Sicht des Steuerpflichtigen indirekten Tätigkeitsausübung mittels einer Gesellschaft. Die Vorschrift findet auch auf eine direkte Tätigkeitsausübung des Steuerpflichtigen Anwendung.⁸⁶⁰ Die Norm wird jedoch als Besonderheit im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung genannt, da sie in der Absicht verabschiedet wurde, reine Investitionen von gewerblichen Einkünften mit gewerblichem Risiko abzugrenzen, was regelmäßig bei der semi-transparenten Besteuerung signifikant wird.⁸⁶¹

Hält eine natürliche Person ihren Personengesellschaftsanteil im Betriebsvermögen ihres landwirtschaftlichen Betriebs, sind die ihr unmittelbar zugerechneten Verluste aus dieser Beteiligung nur unter zwei zusätzlichen Voraussetzungen mit ihrem sonstigen Einkommen zu verrechnen. Zunächst muss der Steuerpflichtige (oder ein Mitglied seines Steuerhaushaltes) beruflich an der verlustbringenden Tätigkeit der Gesellschaft teilhaben (Hürde des Art. 156-I, 1° bis CGI).⁸⁶² Sodann werden die Gesellschaftsverluste mit den landwirtschaftlichen Gewinnen des Steuerpflichtigen verrechnet.⁸⁶³ Verbleibt ein Verlustsaldo, qualifiziert dieser als landwirtschaftlicher Verlust mit der Folge, dass als zweite Hürde die diesbezügliche Verlustverrechnungsbeschränkung zu beachten ist.⁸⁶⁴ Nur unter den wei-

857 Art. 156-I, 1° bis CGI; BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 1; BOI-BIC-DEF-20-10-20170301, Tz. 40; BOI-IR-BASE-10-20-10-20191220, Tz. 110; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 1020; *Joannard-Lardant*, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.9.1., Country Tax Guides IBFD; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 61.

858 Art. 156-I, 1° bis UA. 3 CGI; BOI-BIC-DEF-20-10-20170301, Tz. 110 ff.; *Joannard-Lardant*, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.9.1., Country Tax Guides IBFD; nähere Ausführungen: s.u. D.I.3 Frankreich.

859 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3103; weitere Ausführungen: s.u. D.I.3 Frankreich.

860 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 80.

861 S.u. D.I.3.b.i Hintergrund.

862 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3100, 3105; Einzelheiten zu der Regelung: s.u. D.I.3.b Art. 156-I, 1° bis CGI.

863 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3105.

864 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3066; s.o. C.I.3.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.

teren Voraussetzungen für die Verrechnung landwirtschaftlicher Verluste kann eine Verlustverrechnung auf Ebene des Gesellschafters erfolgen.

Art. 156 CGI ist allein bei der Ermittlung der Einkommensteuer anwendbar. Daraus resultiert, dass der Teil der Personengesellschaftsverluste nicht der Verlustverrechnungsbeschränkung unterliegt, der auf körperschaftsteuerpflichtige Gesellschafter entfällt. Mithin kann ein körperschaftsteuerpflichtiger Gesellschafter die ihm zugerechneten Verluste aus der Beteiligung grundsätzlich unbeschränkt mit seinen sonstigen Gewinnen verrechnen.⁸⁶⁵

d. Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips

Im Unterschied zur semi-transparenten Besteuerung stellt die Gesellschaft bei der intransparenten Besteuerung ein eigenständiges Steuersubjekt dar. Dies hat zur Folge, dass eine unmittelbare Zurechnung des Gesellschaftsergebnisses – ob positiv oder negativ – an die Gesellschafter unterbleibt. Das Gesellschaftsergebnis führt auf Gesellschaftsebene zur Körperschaftsteuer und zu einer erneuten Besteuerung bei Ausschüttung der Gewinne an die Gesellschafter.⁸⁶⁶ Dabei realisieren die Gesellschafter Einkünfte aus beweglichem Kapital (*revenus de capitaux mobiliers*).⁸⁶⁷ Ebenso bleibt ein Gesellschaftsverlust auf Gesellschaftsebene verhaftet.⁸⁶⁸ Dies gilt auch bei einer vertraglichen Haftungsübernahme für Gesellschaftsverbindlichkeiten oder

865 Gouthière, *Sociétés commerciales de personnes* (2003), Tz. 3600.

866 Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 35550; Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 271.

867 Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 35550; La Mardière, *Droit fiscal de l'entreprise* (2018), Tz. 874; Hellio/Rädler Jr., *IStR* 2000, 401, 404; die Besteuerung als Einkünfte aus beweglichem Kapital ermöglicht es den Gesellschaftern zwischen der Pauschalbesteuerung (12,8 % Steuer inklusive 17,2 % Sozialbeiträge) oder der progressiven Besteuerung unter 40 %-iger Freistellung der Dividendenerträge zu wählen. Dem Steuerpflichtigen steht es offen, jedes Jahr neu vollumfänglich und unwiderruflich zum persönlichen Steuersatz unter 40 %-iger Freistellung zu optieren, Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 32805 ff.; Administration française, <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F32963> (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

868 Loyer, *Fiscal* 20 (2020), Tz. 800; Cozian/Deboissy/Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises* (2020), Tz. 898; Gutmann, *Droit fiscal des affaires* (2019), Tz. 283.

bei einer unbeschränkten Haftung der Gesellschafter.⁸⁶⁹ Letzteres ist regelmäßig der Fall, wenn eine Personengesellschaft zur Körperschaftsteuer optiert.⁸⁷⁰ Die Verluste können auf Gesellschaftsebene zu einem Verlustvortrag, im Gegensatz zur Einkommensteuer, -rücktrag führen.⁸⁷¹ Seit 2004 ist der Verlustvortrag zeitlich unbegrenzt möglich.⁸⁷² Allerdings gelten für den jährlich abzugsfähigen Verlustvortrag Höchstbeträge. So kann maximal ein Verlust in Höhe von 1 Million Euro unbeschränkt und darüber hinaus in Höhe von 50 % des verbleibenden Gewinns abgezogen werden.⁸⁷³ Der verbleibende Verlust wird auf die Folgejahre vorgetragen.⁸⁷⁴ Demgegenüber unterliegt der Verlustrücktrag neben einer betragsmäßigen Grenze auch einer zeitlichen.⁸⁷⁵ So ist ein Verlustrücktrag ausschließlich in das unmittelbar vorangegangene Jahr möglich, beschränkt auf maximal 1 Million Euro.⁸⁷⁶ Der Verlustrücktrag resultiert nicht in einer unmittelbaren Steuererstattung, sondern in einer Steuergutschrift, die mit künftigen Steuerschulden der folgenden fünf Jahre verrechnet werden kann.⁸⁷⁷ Eine nach Ablauf des Fünfjahreszeitraums verbleibende Steuergutschrift wird ausbezahlt.⁸⁷⁸

Auf Gesellschafterebene wirken sich die Gesellschaftsverluste grundsätzlich nur mittelbar in Folge eines geminderten Verkaufspreises oder einer Teilwertabschreibung respektive einer Rückstellungsbildung für Wertmin-

869 BOI-IR-BASE-10-20-20-20120912, Tz. 100; Conseil d'État, 7/8 SSR, 15.03.1972, n° 82033; Conseil d'État, 7/9 SSR, 27.02.1974, n° 88191; Conseil d'État, 7/8 SSR, 21.03.1983, n° 30111, entschieden zu einer *société en participation*.

870 Zur Optionsmöglichkeit: s.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

871 Art. 209 CGI; Art. 220 quinquies CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1684 f.; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 35890; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 283; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 209 f.; *Spengel/Schaden/Webrße*, StuW 2010, 44, 50.

872 Art. 209 CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1684.

873 Art. 209-I, UA. 3 CGI; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 35905; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 284; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1684.

874 *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1684.

875 Art. 220 quinquies CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1685.

876 Art. 220 quinquies CGI; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1685.

877 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 35960; *Burg*, France – Corporate Taxation [Stand 11/2020] Sec. 1.8.1.2., Country Tax Guides IBFD.

878 Art. 220 quinquies-I CGI.

derung aus.⁸⁷⁹ Die Teilwertabschreibung bildet in Frankreich die Ausnahme und ist nur für spezielle Aktien vorgesehen.⁸⁸⁰ Die Rückstellung für Wertverlust stellt dagegen den Regelfall dar.⁸⁸¹ Eine solche ist bei Wertpapieren, die Anlagepapiere darstellen (Wertpapiere, die langfristig zu halten beabsichtigt werden oder die kurzfristig nicht wieder verkauft werden können)⁸⁸² oder Beteiligungspapiere (Wertpapiere, deren langfristiges Eigentum als nützlich für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens eingestuft werden)⁸⁸³, vorgesehen.⁸⁸⁴ Die Rückstellung wird in Höhe des Kapitalverlustes gebildet.⁸⁸⁵ Hierfür ist am Ende eines jeden Jahres eine Schätzung der Wertpapiere vorzunehmen.⁸⁸⁶ Für scheinbar vorübergehende anormale Wertverluste steht dem Steuerpflichtigen offen, auf die Rückstellungsbildung ganz oder teilweise zu verzichten.⁸⁸⁷ Die Rückstellungen für Wertminderungen von Wertpapieren sind bilanziell zu erfassen und resultieren in einem langfristigen Kapitalverlust.⁸⁸⁸ Rückstellungen, für die der Grund ganz oder teilweise entfällt, sind insoweit aufzulösen.⁸⁸⁹ Hieraus resultiert ein langfristiger Kapitalgewinn.⁸⁹⁰ Mangels unmittelbarer Verlustzurechnung an die Gesellschafter bleiben damit zusammenhängen-

879 Zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns: *Joannard-Lardant*, France – Individual Taxation [Stand 10/2020] Sec. 1.7.2.2., Country Tax Guides IBFD. Auswirkungen resultieren aus einem reduzierten Veräußerungserlös.

880 BOI-BIC-AMT-10-20-20170301, Tz. 270.

881 Voraussetzungen und Sonderregelungen für die Rückstellungsbildung enthält Art. 39, 1, 5° UA. 14 ff. CGI.

882 BOI-BIC-PROV-40-10-10-20170503, Tz. 260.

883 BOI-BIC-PROV-40-10-10-20170503, Tz. 240.

884 Art. 38 sexies, 38 septies annexe III CGI mit Verweis auf Art. 39, 1, 5° CGI.

885 Art. 38 sexies, 38 septies annexe III CGI mit Verweis auf Art. 39, 1, 5° CGI; BOI-BIC-PROV-40-10-10-20170503, Tz. 280; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 580.

886 Art. 38 septies annexe III CGI; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 580.

887 Art. 38 septies annexe III CGI.

888 Art. 39, 1, 5° UA. 13 CGI; BOI-BIC-PROV-40-10-10-20170503, Tz. 280; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 580; *Helio/Cadet/Ferminé*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 69; zur beschränkten Verrechenbarkeit eines langfristigen Veräußerungsverlustes: Art. 39 quinquies-I, 2 CGI, sowie: C.I.3.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.

889 Art. 39, 1, 5° UA. 12 und 13 CGI; BOI-BIC-PROV-40-10-10-20170503, Tz. 280.

890 Art. 39, 1, 5° UA. 12 CGI; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 580.

de Konflikte bei der Rückstellungsbildung für Wertverlust ebenso wie bei der Ermittlung des maßgebenden Veräußerungsgewinns aus.⁸⁹¹

Im Gegensatz zu den Verlustverrechnungsbeschränkungen des Art. 156 CGI, der sich seinem Wortlaut entsprechend allein auf die Einkommensteuer bezieht, finden die Verlustverrechnungsregeln zu den langfristigen Veräußerungsverlusten auch im Rahmen der Körperschaftsteuer Anwendung.⁸⁹² So ist die Verlustverrechnungsbeschränkung der langfristigen Veräußerungsverluste nicht in Art. 156 CGI, sondern in den allgemeinen Bilanzierungsvorschriften geregelt, die auch im Rahmen der Körperschaftsteuer gelten.⁸⁹³ Aus der mangelnden Einschlägigkeit des Art. 156 CGI folgt zudem, dass eine Kapitalgesellschaft Verluste, die ihr aus einer Beteiligung an einer semi-transparent besteuerten Gesellschaft zugerechnet werden, mit ihren sonstigen Gewinnen verrechnen kann, ohne an der verlustbringenden Tätigkeit persönlich, direkt und kontinuierlich teilzuhaben.⁸⁹⁴

Ausnahmsweise erfolgt auch im Rahmen der intransparenten Besteuerung eine unmittelbare Verlustzurechnung an einen Gesellschafter. Dies ist der Fall im Rahmen der Gruppenbesteuerung. Hier erfolgt bei der Muttergesellschaft eine Ergebniskonsolidierung. Diese bildet und versteuert die Summe aus den positiven wie negativen Ergebnissen der einzelnen Gesellschaften der Gruppe.⁸⁹⁵ Voraussetzung der Gruppenbesteuerung sind neben einer entsprechenden Optionsausübung gewisse Beteiligungsverhältnisse sowie die Körperschaftsteuerpflicht sämtlicher Gruppenmitglieder.⁸⁹⁶ Für die Beteiligungsverhältnisse ist es grundsätzlich erforderlich, dass die Muttergesellschaft während des gesamten Jahres, direkt oder über Konzerngesellschaften, mindestens 95 % des Kapitals der Tochterge-

891 Zu den Konflikten im Rahmen der Semi-Transparenz: s.o. C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

892 *Tangermann*, in: Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2019/2020, 17. Auflage 2019, H. Steuerrecht europäischer Staaten und anderer wichtiger Industriestaaten, Rn. 301; *Burg*, France – Corporate Taxation [Stand 11/2020] Sec. 1.8.2., Country Tax Guides IBFD; zu Veräußerungsverlusten: *Hellio/Cadet/Fermine*, in: *Mennel/Förster*, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 261.

893 Art. 39 quinquies-I, 2 CGI; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 35800 f.

894 S.o. C.I.3.c.iii(2) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung.

895 Art. 223 B CGI; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 345; *La Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 1061.

896 BOI-IS-GPE-10-10-20200415, Tz. 1; *La Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 1064 ff.

sellschaften hält, die in die Gruppe integriert werden sollen.⁸⁹⁷ Gleichzeitig darf das Kapital der Muttergesellschaft seinerseits grundsätzlich nicht zu mindestens 95 % direkt oder indirekt von einer anderen juristischen Person, die der Körperschaftsteuer unterliegt, gehalten werden.⁸⁹⁸ Ausgenommen von der Ergebniskonsolidierung sind Verluste der Tochtergesellschaft, die diese vor ihrer Zugehörigkeit zur Gruppe erlitten hat.⁸⁹⁹ Hierdurch sollen Verlustmantelkäufe verhindert werden.⁹⁰⁰

e. Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung

Ausgehend von dem oben Dargestellten, besteht auch in Frankreich eine Korrelation zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung. Zwar steht es dem französischen Gesetzgeber grundsätzlich frei, Begrifflichkeiten autonom für das Steuerrecht zu definieren (*l'autonomie du droit fiscal*), doch knüpfen vielfach steuerliche Begriffe an zivilrechtliche Begrifflichkeiten an.⁹⁰¹ So spielt die zivilrechtliche Haftung historisch betrachtet eine entscheidende Rolle bei der Einordnung in das Trennungs- respektive Semi-Transparenzprinzip.⁹⁰² Bei Einführung der Körperschaftsteuer im Jahr 1948 vollzog sich die Einordnung zwingend anhand der zivilrechtlichen Haftung. Diese Qualifizierungsregel beansprucht prinzipiell heute noch Gültigkeit.⁹⁰³ Damit führt eine beschränkte Haftung für gewöhnlich zur Anwendbarkeit des Trennungsprinzips. Mithin unterbleibt bei dieser eine unmittelbare Verlustzurechnung an und die Verlust-

897 Art. 223 A-I CGI; BOI-IS-GPE-10-20-10-20200415, Tz. 130; *La Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 1064.

898 Art. 223 A-I CGI; BOI-IS-GPE-10-20-10-20200415, Tz. 10 ff., 90 ff.; für Steuerjahre ab dem 01.01.2010 ist eine Lockerung dahingehend geregelt, dass es unschädlich ist, wenn das Kapital der Muttergesellschaft indirekt zu 95 % oder mehr von einer anderen körperschaftsteuerpflichtigen juristischen Person gehalten wird, unter der Bedingung, dass deren Kapital nicht zu 95 % oder mehr von einer solchen juristischen Person gehalten wird.

899 *La Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 1095; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 347.

900 *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 347.

901 *Durand*, La Revue administrative 1994, 252, 254; *Hahn*, DStR 1999, 833, 835; *Bippus*, DStR 1998, 749, 754 f.

902 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

903 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

verrechnung durch den Gesellschafter.⁹⁰⁴ Demgegenüber resultiert eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung grundsätzlich in der Anwendung des Semi-Transparenzprinzips, ergo in einer unmittelbaren Zurechnung der Gesellschaftsverluste an den Gesellschafter sowie der grundsätzlichen Möglichkeit, diese mit anderen positiven Einkünften des Gesellschafters zu verrechnen.⁹⁰⁵ Auch wenn hierdurch ein gewisser Konnex zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung hergestellt wird, war dies nicht die dominierende gesetzgeberische Intention. Die historische Anknüpfung an die Haftung basiert vielmehr auf dem Gedanken, die durch die beschränkte Haftung indizierte erhöhte Leistungsfähigkeit einer Gesellschaft durch eine Extra-Steuer, die Körperschaftsteuer, zu erfassen.⁹⁰⁶

Notabene: Bei der Einordnung unter das Semi-Transparenz- oder Trennungsprinzip ist allein die typisierte Haftung, die eine bestimmte Gesellschafterstellung regelmäßig mit sich bringt, relevant.⁹⁰⁷ Eine davon abweichende individuelle Haftungsbegründung oder ein individueller Haftungsausschluss sind irrelevant.⁹⁰⁸ Mithin existiert auf der ersten Stufe lediglich ein grundsätzlicher Konnex zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

Dieser generelle Konnex wurde über die Jahre in beide Richtungen gravierend aufgeweicht.⁹⁰⁹ So existieren Konstellationen, in denen trotz unbeschränkter Haftung des Gesellschafters eine Besteuerung nach dem Trennungsprinzip erfolgt, mithin eine unmittelbare Verlustzurechnung an diesen und folglich eine Verlustverrechnung durch diesen unterbleibt. Dies ist regelmäßig der Fall bei einer Optionsausübung durch eine Personengesellschaft. Ferner liegt diese Konstellation vor, wenn der Gewinnanteil eines grundsätzlich beschränkt haftenden Gesellschafters – trotz im Einzel-

904 S.o. C.I.3.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

905 S.o. C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

906 *Ardant*, Histoire de l'impôt, Livre II (1972), S. 589; *Kouraleva-Cazals*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 258; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 226; andere Theorien sehen die Rechtfertigung der Körperschaftsteuer u.a. als Preis für die beschränkte Haftung oder aufgrund eines von den Gesellschaftern getrennt erwirtschafteten Einkommens: *Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 17, 20.

907 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

908 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

909 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

fall unbeschränkter Haftung, gleichgültig ob diese auf einer vertraglichen Haftungsübernahme oder einem gesetzlichen Haftungstatbestand beruht – weiterhin dem Trennungsprinzip unterliegt.⁹¹⁰ Auch spiegelbildlich finden sich Abweichungen von dem historischen Ideal. So sind diverse Konstellationen denkbar beziehungsweise vom Gesetzgeber gar beabsichtigt, in denen trotz beschränkter Haftung eine unmittelbare Verlustzurechnung und -verrechnung an und durch die Gesellschafter respektive den Steuerpflichtigen erfolgt. Dies ist bei einer Option durch eine Kapitalgesellschaft ebenso der Fall wie bei der generell der Einkommensteuer unterliegenden *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, der *exploitation agricole à responsabilité limitée* sowie dem *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*.⁹¹¹ Zudem ist diese Situation bei der Gruppenbesteuerung sowie im Falle eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil zu finden. In beiden Konstellationen verbleibt die zivilrechtliche Haftung bei der Tochtergesellschaft respektive dem Nießbrauchbesteller. Dennoch findet eine Verlustzurechnung an die Muttergesellschaft beziehungsweise den Nießbraucher statt.⁹¹²

Trotz dieser zahlreichen Abweichungen könnte eine Wiederkehr zu einem stärkeren Konnex zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung auf einer zweiten Ebene erreicht werden. Dies wäre der Fall, wenn das Einkommensteuerrecht eine Verlustverrechnungsbeschränkung für die Situationen der lediglich beschränkten Haftung des Steuerpflichtigen und umgekehrt das Körperschaftsteuerrecht eine Öffnungsklausel für die Sachverhalte einer unbeschränkten Haftung enthielte. Das Einkommensteuerrecht kennt zwar diverse Verlustverrechnungsbeschränkungen, keine davon knüpft jedoch an die Haftung des Steuerpflichtigen an.⁹¹³ Auch das Körperschaftsteuerrecht kennt ausnahmsweise eine unmittelbare Verlustzurechnung. Diese ist jedoch auf die Gruppenbesteuerung begrenzt und basiert nicht auf dem gesetzgeberischen Willen, der zivilrechtlichen Haftung entsprechend Verluste zuzuordnen.⁹¹⁴ Viel-

910 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

911 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

912 Zur Gruppenbesteuerung: s.o. C.I.3.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips; zum Nießbrauch: s.o. C.I.3.c.ii(3) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung.

913 S.o. C.I.3.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkung.

914 Zu den Voraussetzungen und Folgen der Gruppenbesteuerung: s.o. C.I.3.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

mehr hatte der Gesetzgeber die Gleichstellung mit einer einzelnen Gesellschaft mit mehreren Betriebsstätten im Blick.⁹¹⁵ Mithin bleibt es bei einem stark aufgeweichten Konnex.

II. Rechtsvergleichende Analyse

Im Rahmen der nachfolgenden rechtsvergleichenden Analyse sollen die Steuermodelle der hier beleuchteten Jurisdiktionen gegenübergestellt und – insbesondere unter Bezugnahme auf die Verlustverrechnung respektive die Haftung – analysiert werden. Hierbei gilt es der Frage nachzugehen, ob sich aus dem Rechtsvergleich für Deutschland ein gegenüber dem aktuellen grundsätzlich rechtsformabhängigen Dualismus favorisierungswürdiges Modell ergibt. Dabei wird insbesondere auf die Gewährung und Ausgestaltung eines Optionsrechts, die hybride Besteuerung sowie die damit zusammenhängende Verlustverrechnung auf Gesellschafterebene eingegangen. Die Erkenntnisse sollen dabei allein aus dem Rechtsvergleich und nicht aus einer verfassungsrechtlichen Analyse des deutschen Unternehmenssteuerdualismus resultieren.⁹¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 21. Juni 2006 den bis zum 31. Dezember 2021 bestehenden – strengen – Besteuerungsdualismus unter anderem mit Verweis auf die Abschirmwirkung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft „abgesegnet“.⁹¹⁷ Eine Auseinandersetzung mit der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung unterbleibt daher, zumal der strenge rechtsformabhängige Besteuerungsdualismus durch das KöMoG mit Wirkung zum 1. Janu-

915 Conseil Constitutionnel, 13.04.2018, n° 2018-699 QPC; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 344.

916 Zur bereits sehr umfangreichen innerdeutschen Literatur mit verschiedenen Vorschlägen für eine rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung siehe etwa: *Hey*, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 155 ff.; *Sieker*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 145 ff.; *Hennrichs*, StuW 2002, 201 ff.; *Weinelt*, Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung (2006), S. 57 ff.; *Hüttemann*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 123 ff.; *Hennrichs/Lehmann*, StuW 2007, 16 ff.; *Drißen*, GmbHR 2008, 393, 396 ff.; *Lauterbach*, Ein neues Unternehmenssteuerrecht für Deutschland? (2008), S. 95 ff.; zur gleichheitsrechtlichen Problematik der Unternehmensbesteuerung auch: *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9 ff.

917 *Lang*, BB 2006, 1769, 1771; BVerfG, Beschluss v. 21.06.2006 – 2 BvL 2/99, BGBl. I 2006, 1857 (Tz. 113, 117).

ar 2022 wenigstens für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften aufgeweicht wurde.⁹¹⁸

Nachfolgend soll zunächst eine kurze, auf die wesentlichen Punkte reduzierte Zusammenfassung zu den verschiedenen Besteuerungssystemen der Länder erfolgen, bevor sodann eine Analyse der unterschiedlichen Modelle stattfindet. Abschließend sollen Rahmenbedingungen für ein Steuersystem de lege ferenda festgelegt werden.

1. Deutschland: rechtsformabhängiger Dualismus

In Deutschland existiert ein grundsätzlich rechtsformabhängiger Dualismus der Unternehmensbesteuerung.⁹¹⁹ Wie bereits erwähnt, erkennt das Bundesverfassungsgericht in der mangelnden Rechtsformneutralität keine Verletzung des Gleichheitssatzes.⁹²⁰ Die Rechtfertigung hierfür sieht es neben der Abschirmwirkung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft auch in der Zurechnung des Gesamthandsvermögens einer Personengesellschaft an ihre Gesellschafter.⁹²¹

Aus dem grundsätzlich rechtsformabhängigen Dualismus resultiert die prinzipielle Einordnung der Personengesellschaften unter das Transparenz- und der Kapitalgesellschaften unter das Trennungsprinzip.⁹²² Diese Einteilung wurde zum 1. Januar 2022 insofern aufgeweicht, als Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften die Option zur Besteuerung nach dem Körperschaftsteuergesetz offensteht.⁹²³ Für die Verluste folgt daraus bei den Personengesellschaften, beziehungsweise bei den Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften, die keinen Gebrauch von ihrem

918 KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f. normiert in § 1a KStG nunmehr ein Optionsrecht für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften.

919 *Prinz*, FR 2010, 736, 739; dieser wurde durch das KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f. durch ein Optionsrecht für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften aufgeweicht.

920 BVerfG, Beschluss v. 21.06.2006 – 2 BvL 2/99, BGBl. I 2006, 1857 (Tz. 113, 117); *Prinz*, FR 2010, 736, 739; an dieser Beurteilung durch das BVerfG dürfte sich auch durch das KöMoG nichts ändern, da dieses zu etwas mehr Rechtsformneutralität, wenn leider auch nur beschränkt auf Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften, führt.

921 BVerfG, Beschluss v. 21.06.2006 – 2 BvL 2/99, BGBl. I 2006, 1857 (Tz. 113, 117); *Prinz*, FR 2010, 736, 739; *Palm*, in: Kube et al. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts (2013), 1697, 1700.

922 S.o. C.I.1.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

923 § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG.

Optionsrecht gemacht haben, eine unmittelbare Zu- und Verrechnung an respektive durch die Gesellschafter, unter Beachtung der allgemeinen wie speziellen Verlustverrechnungsbeschränkungen.⁹²⁴ Die Verluste der Kapitalgesellschaft sowie der Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften, die zur Besteuerung nach dem Körperschaftsteuergesetz optiert haben, verbleiben dagegen ausschließlich auf Gesellschaftsebene nutzbar und wirken sich allenfalls mittelbar bei den Gesellschaftern aus.⁹²⁵ Ausnahmsweise findet auch hier eine unmittelbare Verlustzurechnung statt. Dies gilt für den unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer KGaA ebenso wie bei einer ertragsteuerlichen Organschaft.⁹²⁶

2. USA: Dualismus nur als Antizipation der Option

Auch in den USA herrscht ein Dualismus der Unternehmensbesteuerung (Transparenz- versus Trennungsprinzip).⁹²⁷ Für die Einordnung wurde hier zunächst auf vier Kriterien abgestellt. Ausschlaggebend für eine Besteuerung nach dem Körperschaftsteuerregime waren: eine beschränkte Haftung, eine zentrale Verwaltung, eine von den Gesellschaftern unabhängige Lebensdauer sowie die freie Übertragbarkeit der Anteile.⁹²⁸ Mangels eines bundesstaatlich einheitlichen Handelsrechts führte dies immer wieder zu Abgrenzungsschwierigkeiten.⁹²⁹ Dies war mitursächlich für die Einführung der sehr weitgehenden wechselseitigen Optionsrechte.⁹³⁰ Diese sind in erster Linie dem Pragmatismus geschuldet und damit Ausdruck „der US-amerikanischen Verfassungs- und Rechtswirklichkeit, in der Pragmatismus wichtiger ist als Systematik und Dogmatik.“⁹³¹

Heute werden in den USA nur noch Gesellschaften, deren Anteile frei handelbar sind und die einer aktiven Geschäftstätigkeit nachgehen, zwingend der Körperschaftsteuer und Einzelunternehmer zwingend der

924 S.o. C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

925 S.o. C.I.1.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung.

926 S.o. C.I.1.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

927 S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

928 S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

929 S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

930 S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

931 Thiele, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 25.

Einkommensteuer unterworfen.⁹³² Allen anderen Unternehmensformen steht ein Wahlrecht zu. Die gesetzlich vorgenommene Einteilung der Unternehmensformen unter ein Steuersystem stellt lediglich eine Antizipation der voraussichtlichen Optionsausübung dar.⁹³³ Bemerkenswert ist dabei, dass die LLC trotz der lediglich beschränkten Haftung ihrer Gesellschafter grundsätzlich unter das Transparenzprinzip gefasst wird.⁹³⁴ Damit wird eine Abkehr von dem ursprünglichen Abgrenzungskriterium der beschränkten Haftung vollzogen.⁹³⁵

Die Konsequenzen für die Verlustverrechnung sind im Grunde kongruent zu Deutschland. Während im Rahmen der transparenten Besteuerung eine unmittelbare Verlustzu- und -verrechnung an und durch die Gesellschafter erfolgt, bewirkt das Trennungsprinzip eine Abschirmwirkung. Letzteres resultiert in einer lediglich mittelbaren Auswirkung der Gesellschaftsverluste auf Gesellschafterebene.⁹³⁶ Auch hier gilt es für die Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung die allgemeinen sowie besonderen Verlustverrechnungsregeln auf Gesellschafterebene zu beachten.⁹³⁷ Zudem kennt das US-amerikanische Recht mit der Gruppenbesteuerung ebenfalls eine Durchbrechung der Verlustzurechnung im Rahmen des Trennungsprinzips.⁹³⁸ Allerdings gilt es hier zu konstatieren, dass die Unternehmen nahezu frei zwischen dem Transparenz- und dem Trennungsprinzip und damit auch über die unmittelbare Verlustzu- und -verrechnung an und durch ihre Gesellschafter wählen können. Damit unterscheidet sich das US-amerikanische Modell stark von dem deutschen – bis zum 31. Dezember 2021 zwingenden⁹³⁹ – rechtsformabhängigen Unternehmenssteuerdualismus.

932 S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

933 S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

934 S.o. C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

935 Zu diesem Trend in den USA (und daneben auch in den UK mit der *LLP*): Schön, in: Dötsch et al. (Hrsg.), *Die Personengesellschaft im Steuerrecht* (2011), 139, 146.

936 Zur unmittelbaren Verlustzu- und -verrechnung im Rahmen des Transparenzprinzips: s.o. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung, sowie zur grundsätzlich lediglich mittelbaren Auswirkung im Rahmen des Trennungsprinzips: s.o. C.I.2.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

937 S.o. C.I.2.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkung.

938 S.o. C.I.2.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

939 Durch das KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f., steht es Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften seit dem 01.01.2022 offen, für Zwecke

3. Frankreich: haftungsabhängiger Dualismus mit teilweiser Option

Auch Frankreich ordnet seine Unternehmen entweder dem Semi-Transparenz- oder dem Trennungsprinzip zu und kennt damit einen Dualismus der Unternehmensbesteuerung.⁹⁴⁰ Da der gemeinsame Ausgangspunkt der Kapital- sowie Personengesellschaften die *société* sowie die einheitliche Qualifikation als *personne morale* ist, hat sich in Frankreich – historisch gewachsen – nicht die Rechtsform, sondern die Haftung als Anknüpfungspunkt für die unterschiedlichen Steuerregime herausgebildet.⁹⁴¹ Konsequenz ist eine hybride Besteuerung sowohl der *société en commandite simple* als auch der *société en participation*, sofern deren Gesellschafter lediglich beschränkt haften oder namentlich nicht bekannt sind.⁹⁴² Die haftungsabhängige Einordnung wird durch Optionsrechte und Ausnahmen vielfach durchbrochen.⁹⁴³ So können die Personengesellschaften zeitlich unbegrenzt und die meisten Kapitalgesellschaften – in der Regel zeitlich begrenzt auf die ersten fünf Jahre – zum jeweils anderen Steuerregime optieren.⁹⁴⁴ Während mangels Dokumentation einer entsprechenden legislativen Intention über die Hintergründe der Optionsrechte für die Personengesellschaften letztlich nur spekuliert werden kann,⁹⁴⁵ werden die Optionsrechte für die Kapitalgesellschaften in der Gründungsphase ausdrücklich mit der staatlichen Unterstützung dieser Unternehmen durch die Gewährung einer unmittelbaren Verlustzu- und -verrechnung an und durch die Gesellschafter begründet.⁹⁴⁶ Das zeitlich unbegrenzte Optionsrecht der *SARL de famille* ist dagegen durch die Förderung von Familienunternehmen motiviert.⁹⁴⁷ Die weiteren Durchbrechungen, das heißt die grundsätzlich transparente Besteuerung der *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, der *exploitation agricole à responsabilité limitée* sowie des *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, trotz ihrer beschränkten Haftung, liegen

der Besteuerung nach dem Einkommen wie eine Kapitalgesellschaft und ihre Gesellschafter wie die nicht persönlich haftenden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft behandelt zu werden.

940 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

941 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

942 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

943 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

944 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

945 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

946 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

947 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

in der Gleichstellung mit einem Einzelunternehmer respektive einem landwirtschaftlichen Familienbetrieb begründet.⁹⁴⁸ Wie schon in den USA findet auch in Frankreich insoweit eine Abkehr von der beschränkten Haftung als Einordnungskriterium in das Körperschaftsteuerregime statt.

Nach Literaturmeinung ist das Optionsrecht für die Personengesellschaft, vergleichbar den USA, der Praktikabilität und Flexibilität der Personengesellschaften geschuldet.⁹⁴⁹ Insbesondere bezogen auf die *société en commandite simple* sowie die *société en participation*, die durch das Optionsrecht einer komplizierten hybriden Besteuerung entgehen können, führt das Optionsrecht zur Steuervereinfachung.⁹⁵⁰

Ebenso wie in Deutschland und den USA resultiert auch in Frankreich eine Besteuerung nach dem Semi-Transparenzprinzip in der unmittelbaren Verlustzu- und -verrechnung an und durch die Gesellschafter.⁹⁵¹ Auch hier gilt es auf Gesellschafterebene die Verlustverrechnungsbeschränkungen zu beachten.⁹⁵² Jedoch ist Frankreich eine haftungsabhängige Verlustverrechnungsbeschränkung fremd.⁹⁵³ Im Bereich des Trennungsprinzips findet allein im Rahmen der Gruppenbesteuerung eine unmittelbare Verlustzurechnung statt. Andernfalls ergeben sich auf Gesellschafterebene einzig mittelbare Auswirkungen.⁹⁵⁴ In gleicher Weise wie in den USA ist auch hier zu bedenken, dass den Unternehmen infolge der Optionsrechte grundsätzlich freisteht, zwischen der Besteuerungsart und damit über die Verlustzurechnung zu entscheiden. Dies gilt bezogen auf die Kapitalgesellschaften gleichwohl grundsätzlich nur innerhalb der ersten fünf Jahre seit ihrer Gründung.⁹⁵⁵

948 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

949 Hellio/Rädler Jr., IStR 2000, 401, 405.

950 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

951 S.o. C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.

952 S.o. C.I.3.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkung.

953 S.o. C.I.3.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkung, sowie mit einer diesbezüglichen Begründung: D.I.3.a Eine dem § 15a EStG und den §§ 704(d), 1366(d), 465 IRC vergleichbare Regelung.

954 S.o. C.I.3.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips.

955 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

4. Rechtsvergleichende Analyse

Der Rechtsvergleich zeigt, dass alle hier untersuchten Rechtssysteme auf die ein oder andere Weise einen Dualismus der Unternehmensbesteuerung kennen und praktizieren. Aufgrund der Bedeutung der transparenten Besteuerung in den einzelnen Ländern kommt es auch nicht zu einem faktisch einheitlichen Unternehmenssteuergesetz.⁹⁵⁶ Weiter wird ersichtlich, dass keines der Rechtssysteme bei der Abgrenzung zwischen Körperschaftsteuer und transparenter Besteuerung strikt an ein einziges Kriterium anknüpft.⁹⁵⁷ Die fehlende Stringenz ist nicht überraschend, spiegelt sie doch die Komplexität und Vielzahl der heutigen Rechtsformen wider.⁹⁵⁸ Dies ist letztlich auch der Grund, warum sowohl die USA als auch Frankreich (und nunmehr auch Deutschland; allerdings in überschaubaren Umfang)⁹⁵⁹ umfangreiche – dem Pragmatismus geschuldete – Optionsrechte und Frankreich zudem diverse Durchbrechungen ihrer grundsätzlichen Einordnung vorsehen.⁹⁶⁰ Darauf stützt *Gutmann* die Aussage, dass jeder

956 Zur Bedeutung der transparenten Besteuerung in den drei Jurisdiktionen: s.o. B.I Entwicklung und Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung; das Argument des faktisch einheitlichen Unternehmenssteuerrechts in anderen Staaten und daraus resultierender stärkerer Wettbewerbsfähigkeit infolge des geringen Körperschaftsteuersatzes wird in der deutschen Literatur teilweise für die Einführung einer Unternehmenssteuer für Personenunternehmen und die Anwendung des niedrigen Körperschaftsteuersatzes auf diese ins Feld geführt, vgl. *Lang*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), S. 154 f.; *Lang*, GmbHR 2000, 453, 455, *Herzig/Bohn*, DB 2006, 1, 1; generell zur Einführung einer einheitlichen Unternehmenssteuer insbesondere: *Stiftung Marktwirtschaft*, Kommission „Steuergesetzbuch“ (2006), S. 16 ff.; *Müller-Gatermann*, Stbg 2007, 145, 155 ff. sieht dagegen eine Mischform einer einheitlichen Unternehmenssteuer für Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften mit beschränkter Haftung und eines Optionsrechts für die übrigen Personenunternehmen vor.

957 Vgl. auch *Gutmann*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 1, 4; *Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 17, 22.

958 *Gutmann*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 1, 5.

959 Durch das KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f., steht es Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften seit dem 01.01.2022 offen, für Zwecke der Besteuerung nach dem Einkommen wie eine Kapitalgesellschaft und ihre Gesellschafter wie die nicht persönlich haftenden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft behandelt zu werden; s.o. C.II.1 Deutschland: rechtsformabhängiger Dualismus.

960 Zu den USA: C.II.2 USA: Dualismus nur als Antizipation der Option; zu Frankreich: C.II.3 Frankreich: haftungsabhängiger Dualismus mit teilweiser Option.

Versuch, den subjektiven Anwendungsbereich der Körperschaftsteuer auf dogmatische Grundlagen stellen zu wollen, eine ex-post Rationalisierung der Realität darstelle, die in den meisten Fällen nicht den gesetzgeberischen Willen widerspiegele.⁹⁶¹ Dennoch konstatiert er positiv, dass vergleichbare Wirtschaftssubjekte in den unterschiedlichen Staaten vergleichbaren Steuerregimen unterliegen, wenn auch aufgrund unterschiedlicher theoretischer Grundlage.⁹⁶² Dies gilt im Wesentlichen auch für Deutschland, die USA und Frankreich. In allen drei Jurisdiktionen folgt die Besteuerung von Kapitalgesellschaften grundsätzlich dem Trennungs- und die der Personengesellschaften grundsätzlich dem (Semi-)Transparenzprinzip. Frankreich und die USA verfolgen dabei einen pragmatischen Ansatz, während Deutschland einen grundsätzlich dogmatischen Ansatz fährt.⁹⁶³ Daher wird zuweilen behauptet, dass die Stellung der Option in Frankreich „in der deutschen Diskussion vollkommen überbewertet“⁹⁶⁴ wird und sie einen „aus französischer Sicht eher unbedeutenden Teilbereich des französischen Steuerrechts“⁹⁶⁵ darstellt.

Daneben ist sowohl in den USA als auch in Frankreich ein Trend zur transparenten Besteuerung trotz lediglich beschränkter Haftung zu erkennen.⁹⁶⁶ Für die USA ist hier die *LLC* und für Frankreich die *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist), die *exploitation agricole à responsabilité limitée* sowie der *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* zu nennen.

Nachfolgend soll eine Analyse der drei differenten Besteuerungsmodelle, insbesondere unter dem Aspekt der Haftung und Verlustverrechnung erfolgen, bevor abschließend ein taugliches Besteuerungssystem de lege ferenda für Deutschland dargestellt wird.

961 Gutmann, in: Gutmann (Hrsg.), *Corporate Income Tax Subjects* (2015), 1, 6.

962 Gutmann, in: Gutmann (Hrsg.), *Corporate Income Tax Subjects* (2015), 1, 6.

963 Vgl. zum Erfordernis einer rechtsformneutralen Besteuerung etwa: Sieker, in: Seeger (Hrsg.), *Perspektiven der Unternehmensbesteuerung* (2002), S. 149 ff.; Hey, in: Ebling (Hrsg.), *Besteuerung von Einkommen* (2001), 155, 157 ff.; dieser dogmatische Ansatz wurde jedoch zum 01.01.2022 durch das KöMoG und die darin enthaltene Optionsmöglichkeit nach § 1a KStG für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften aufgeweicht.

964 Hellio/Rädler Jr., *IStR* 2000, 401, 405.

965 Hellio/Rädler Jr., *IStR* 2000, 401, 405.

966 Zu den USA: C.II.2 USA: Dualismus nur als Antizipation der Option; zu Frankreich: C.II.3 Frankreich: haftungsabhängiger Dualismus mit teilweiser Option.

a. Auseinandersetzung mit dem deutschen Modell

Der deutsche – grundsätzlich – rechtsformabhängige Unternehmensbesteuerungsdualismus basiert auf der Abschirmwirkung der Kapitalgesellschaft als juristische Person auf der einen und der Personengesellschaft als Gesamthand auf der anderen Seite.⁹⁶⁷ Die trennscharfe Differenzierung wurde zivilrechtlich in den letzten Jahren zunehmend aufgeweicht, sodass sie eine rechtsformabhängige unterschiedliche Besteuerung nicht zu rechtfertigen vermag.⁹⁶⁸ So wird auch die Außen-GbR zivilrechtlich weitestgehend als eigenständiger Rechtsträger und eine Trennung der Vermögenssphären anerkannt.⁹⁶⁹ Sie ist darüber hinaus selbst rechtsfähig und kann Rechtsbeziehungen mit ihren Gesellschaftern unterhalten.⁹⁷⁰ Bestimmte Personengesellschaften müssen bereits die für Kapitalgesellschaften geltenden Normen der Handelsbilanz anwenden.⁹⁷¹ Unterschiede bestehen noch in Randbereichen wie der Möglichkeit, eine Ein-Personen-GmbH zu gründen, der Fremddorganschaft bei den Kapitalgesellschaften sowie der freien Handelbarkeit ihrer Anteile.⁹⁷²

Auch unter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise lässt sich ein rechtsformabhängiger Dualismus nicht rechtfertigen. So stellt Hey bereits 2001 richtig fest, dass „sich Einmann-GmbH und Einzelunternehmer wirtschaftlich betrachtet näher [stehen] als Einmann-GmbH und internationaler Konzern, sind Familien-AG und Familien-KG sicherlich eher vergleichbar als Familien- und Publikums-KG“⁹⁷³. Allein die Rechtsform ist mithin

967 Siehe hierzu etwa: BVerfG, Beschluss v. 21.06.2006 – 2 BvL 2/99, BGBl. I 2006, 1857 (Tz. 113, 117).

968 *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 205 ff.; *Palm*, in: Kube et al. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts (2013), 1697, 1700; *Hennrichs/Lehmann*, StuW 2007, 16, 18; *Pezzer*, in: Widmann (Hrsg.), Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter (1997), 5, 10; a.A.: *Hüttemann*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), 123, 139 f.; *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9, 25; *Reiß*, in: Wassermeyer (Hrsg.), Grundfragen der Unternehmensbesteuerung (1994), 3, 10 f., 18; *Schmitt*, FR 2010, 750, 750.

969 Statt vieler: BGH, Urteil v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (Tz. 5, 7 f.); *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 207; *Palm*, in: Kube et al. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts (2013), 1697, 1700; *Hennrichs/Lehmann*, StuW 2007, 16, 18, 20.

970 *Prinz*, FR 2010, 736, 741.

971 §§ 264a bis 264c HGB.

972 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 145; *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 207.

973 *Hey*, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 155, 179.

nicht Indikator einer unterschiedlichen Leistungsfähigkeit.⁹⁷⁴ Es sollte daher, anders als durch das KöMoG geschehen, sämtlichen Personengesellschaften sowie auch den Kapitalgesellschaften grundsätzlich ein Optionsrecht eingeräumt werden.

Auch die unterschiedlichen Haftungsregime rechtfertigen eine Anknüpfung des Besteuerungsregimes allein an die Rechtsformen nicht. Zum einen existiert mit den Kommanditisten auch im Rahmen der Personengesellschaften ein Gesellschaftertyp, der grundsätzlich nur beschränkt haftet. Zum anderen besteht mit der GmbH & Co. KG eine Personengesellschaft, die wirtschaftlich betrachtet ohne Vollhafter auskommt.⁹⁷⁵ Spiegelbildlich existiert mit dem persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA ein Vollhafter im Rahmen einer Kapitalgesellschaft.⁹⁷⁶ Diese Besteuerung unterliegt, in Abweichung zur ansonsten grundsätzlich rechtsformabhängigen Besteuerung, bereits einer Ausnahme. Der Gesetzgeber misst offenbar der unbeschränkten Gesellschafterhaftung eine höhere Bedeutung als der Rechtsform der KGaA als Kapitalgesellschaft zu. Hinzu kommt, dass die Haftung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter aufgrund ihres Regressanspruchs nach § 110 HGB wirtschaftlich der eines GmbH-Gesellschafter-Bürgen vergleichbar ist.⁹⁷⁷ Die Mehrheit der deutschen GmbHs hat weniger als drei Gesellschafter.⁹⁷⁸ Aufgrund der personenbezogenen Struktur und der üblichen Bankenpraxis kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass hier jedenfalls ein Gesellschafter eine persönliche Bürgschaft erklärt hat.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass im Gewinnfall, welcher als Zweck jeder wirtschaftlichen Tätigkeit betrachtet werden kann, jegliche Gesellschafterhaftung irrelevant ist. Sie wirkt sich dann gerade nicht, geschweige denn unterschiedlich auf die Leistungsfähigkeit aus.⁹⁷⁹

974 Hey, in: Ebling (Hrsg.), *Besteuerung von Einkommen* (2001), 155, 179.

975 Hennrichs, *StuW* 2002, 201, 209.

976 Hennrichs, *StuW* 2002, 201, 209.

977 S.o. C.I.1.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

978 Fechner/Bäumel, *FR* 2010, 744, 748.

979 So auch Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego, in: Gutmann (Hrsg.), *Corporate Income Tax Subjects* (2015), 17, 34; Palm, in: Kube et al. (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts* (2013), 1697, 1704; Hennrichs, *StuW* 2002, 201, 211, letzterer konstatiert, dass die Gesellschafterhaftung auch eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters erst dann relevant wird, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten genügt.

Auch der deutsche Gesetzgeber hat den Handlungsbedarf erkannt und nunmehr mit dem KöMoG ein Optionsrecht jedenfalls für Personenhandels- sowie für Partnerschaftsgesellschaften normiert.⁹⁸⁰ Diesen Gesellschaftsformen steht seit dem 1. Januar 2022 der Weg zur Besteuerung nach dem Trennungsprinzip offen.⁹⁸¹ Aufgrund der aufgezeigten Argumente ist es jedoch nicht verständlich und gar unbefriedigend, dass der Gesetzgeber mit dem KöMoG nicht die Gelegenheit ergriffen hat, ein sehr umfangreiches wechselseitiges Optionsrecht zu schaffen, sondern dieses stattdessen auf Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften beschränkt hat.⁹⁸² Das geltende deutsche Recht zwingt daher nach wie vor bei Unternehmensneugründungen für die Rechtsformwahl neben dem Handelsrecht auch das Steuerrecht in den Blick zu nehmen und löst damit steuerlichen Beratungsbedarf aus;⁹⁸³ wenn auch dieser durch das KöMoG und das darin enthaltene Optionsrecht für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften verringert wurde.⁹⁸⁴ So ist grundsätzlich die Wahl einer Kapitalgesellschaft – und bei Optionsausübung einer Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaft⁹⁸⁵ – steuerlich im Falle der Thesaurierung und Reinvestition aufgrund einer geringeren laufenden Besteuerung vorteilhafter. Die Wahl einer Personengesellschaft bringt dagegen bei Verlusten und Übertragungen von Wirtschaftsgütern zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Vorteile mit sich. Der Unternehmer kann zwar im Laufe des Unternehmenslebens zwischen den beiden Steuerregimen wechseln, dies setzt jedoch, mit Ausnahme des als Personenhandels- oder Partnerschaftsgesellschaft geführten Unternehmens,⁹⁸⁶ zwingend eine Umwandlung der Gesellschaft voraus. Das deutsche Steuerrecht verhindert de lege lata mithin, dass ein Unternehmen die Wahl seiner Gesellschaftsform allein an handelsrechtlichen und ökonomischen Überlegungen ausrichten kann.⁹⁸⁷

980 § 1a KStG i.d.F. des KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

981 § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG.

982 S.o. C.II.1 Deutschland: rechtsformabhängiger Dualismus.

983 *Hennrichs*, StW 2002, 201, 201.

984 KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

985 § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG.

986 Das KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f., sieht für diese beiden Gesellschaftsformen seit dem 01.01.2022 ein Optionsrecht vor.

987 *Schön*, Stbg 2000, 1, 5; eine von diesen Aspekten freie unternehmerische Entscheidung würde ein umfangreiches steuerliches Optionsrecht für sämtliche Gesellschaftsformen voraussetzen.

b. Auseinandersetzung mit dem US-amerikanischen Modell

Wie soeben gezeigt, ist die Rechtsform als Abgrenzungskriterium für den Unternehmenssteuerdualismus inadäquat und führt eventualiter zu einer steuerlich getriebenen Rechtsformwahl. Es stellt sich mithin die Frage, ob ein generelles wechselseitiges Optionsrecht nach dem Vorbild der USA, in dem die gesetzliche Einordnung in eines der beiden Steuerregime lediglich Ausdruck einer vermuteten Optionsausübung ist und Ausnahmen lediglich für den Einzelunternehmer und börsennotierte Gesellschaften mit aktiver Tätigkeit vorgesehen sind, auch für Deutschland ein möglicher oder gar vorzugswürdiger Ansatz ist.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass in Deutschland und den USA nicht die gleiche Ausgangssituation herrscht. Im Unterschied zu den USA gilt in Deutschland bundeseinheitlich das gleiche Handels- und Gesellschaftsrecht und ein Numerus clausus an Gesellschaftsformen. Mithin ergeben sich hier nicht die gleichen Abgrenzungsschwierigkeiten, die in den USA auf die Vielzahl unterschiedlicher Gesetzgeber und Gesellschaftsformen zurückgehen und ein überwiegend auf Praktikabilitätsabwägungen gestütztes Optionsrecht erforderlich machten. Dennoch könnte ein wechselseitiges Optionsmodell aus gleichheitsrechtlichen Aspekten geboten und aus Verlustverrechnungsgesichtspunkten sinnvoll erscheinen. So wird ein wechselseitiges Optionsrecht teilweise zur Wahrung der Rechtsformneutralität gefordert.⁹⁸⁸ Da diese Arbeit jedoch keine verfassungsrechtliche Analyse umfassen soll, unterbleibt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Aspekten und soll an dieser Stelle ein Verweis auf die einschlägige Literatur genügen.⁹⁸⁹

Gegen die Einführung eines Optionsrechts wird teilweise ins Feld geführt, dass auch ein solches den essentiellen Fehler, nämlich die transparente Besteuerung als solche, nicht beheben könne.⁹⁹⁰ Zudem gehe ein Optionsrecht immer zulasten einer gesetzmäßigen und am Leistungsfähig-

988 Etwa *Bippus*, DStZ 2000, 541, 550.

989 Für ein wechselseitiges Optionsrecht aus Gründen der Rechtsformneutralität: *Bippus*, DStZ 2000, 541, 550; gegen ein Optionsrecht aus Gründen des Leistungsfähigkeitsprinzips: *Hey*, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 155, 216; *Sieker*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), 145, 171.

990 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 728.

keitsprinzip gemessenen Besteuerung.⁹⁹¹ Diametral entgegengesetzt wird teilweise argumentiert, dass gerade durch ein wechselseitiges Optionsrecht die Rechtsform als solche in den Hintergrund und die Leistungsfähigkeit stärker in den Vordergrund trete, mithin es zu einer leistungsgerechteren Besteuerung komme.⁹⁹² Ferner wird in einem wechselseitigen Optionsrecht eine konziliante Lösung zwischen der zwingenden Unterwerfung der Personengesellschaften (und eventuell der Einzelunternehmer) unter das Trennungsprinzip und der vollständigen Abschaffung der Körperschaftsteuer gesehen.⁹⁹³ Die Eröffnung einer Wahlmöglichkeit im Gegensatz zu einem Zwang sei weniger einschneidend und trage damit zu mehr Akzeptanz der Besteuerung generell bei.⁹⁹⁴ Zudem gewährleistet ein wechselseitiges Optionsrecht hinsichtlich der Rechtsform eine Entscheidungsneutralität, verhindert Ungleichbehandlung und erhöht die Wettbewerbsneutralität.⁹⁹⁵ Ein wechselseitiges Optionsmodell verhindert damit auch, dass das Steuerrecht zur „unerwünschte[n] Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts“⁹⁹⁶ wird. Ein Optionsrecht würde damit auch die vorgegebenen Unternehmensstrukturen berücksichtigen.⁹⁹⁷ Die teilweise geäußerte Kritik, aufgrund der Umwandlungsmöglichkeit bedürfe es keines Optionsrechts, übersieht, dass die Rechtsformwahl eine rein von unternehmerischen Erwägungen, ergo von betriebswirtschaftlichen, haftungsrechtlichen und organisatorischen Überlegungen geleitete Entscheidung – frei vom Steuerrecht – sein soll.⁹⁹⁸ Nur dies garantiert die nötige Allokationseffizienz, das heißt ein von steuerlichen Erwägungen freier, allein an marktwirtschaftlichen Erfordernissen ausgerichteter Ressourceneinsatz.⁹⁹⁹ Ferner ist die Option gegenüber einer Umwandlung flexibler und vermeidet neben steu-

991 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 728; *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 210; *Hey*, in: Eb-
ling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 155, 216; *Sieker*, in: Seeger
(Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), 145, 171.

992 *Fechner/Bäumel*, FR 2010, 744, 749.

993 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011),
139, 144.

994 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 729.

995 *Fechner/Bäumel*, FR 2010, 744, 749; *Hahn*, DStR 1999, 833, 839; *Hüttemann*, in:
Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), 123, 140.

996 Etwa *Windbichler*, ZGR 2014, 110, 138.

997 *Fechner/Bäumel*, FR 2010, 744, 744.

998 *Sieker*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002),
145, 149; *Drüen*, in: Drüen (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
2014/2015 (2014), XI, XV; *Müller-Gatermann*, Stbg 2007, 145, 148.

999 *Sieker*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002),
145, 149.

erlichen Transaktionskosten auch Risiken.¹⁰⁰⁰ Auch das Argument, ein Optionsmodell verursache hohe Informations- und Transaktionskosten, geht meines Erachtens fehl, da Informationskosten sowie Beratungskosten derzeit bereits bei der Rechtsformwahl im Rahmen der Unternehmensneugründung sowie im Hinblick auf eine mögliche Umwandlung anfallen.¹⁰⁰¹ Mit einem wechselseitigen Optionsmodell geht zudem eine Flexibilität und Freiheit einher, welche die Wettbewerbsfähigkeit stärkt.¹⁰⁰² So gilt die Flexibilität als „klassischer Treiber“¹⁰⁰³ des Mittelstandes und ist als solcher besonders erhaltenswert und förderungswürdig.¹⁰⁰⁴ Dieser streitet in besonderem Maße für ein zeitlich unbegrenztes Optionsrecht nach dem Vorbild der USA, insbesondere für kleinere personalistisch geprägte Kapitalgesellschaften.¹⁰⁰⁵ Denn die weit überwiegende Mehrheit der inländischen GmbHs zeichnet sich durch eine personalistische Prägung mit unter drei Gesellschaftern aus, die in der Regel mit den Geschäftsführern identisch sind.¹⁰⁰⁶ Überdies fördert die Kombinationsmöglichkeit aus Personengesellschaft und einer über § 34a EStG hinausgehenden Thesaurierungsbegünstigung in Form der Körperschaftsteuer auch in diesem Bereich Investitionen gegenüber Ausschüttungen und damit eine höhere Eigenkapitalquote, was gerade zu Krisenzeiten, wie etwa der Finanzkrise oder der Covid-19-Pandemie, Vorteile in sich birgt.¹⁰⁰⁷

Dass ein wechselseitiges Optionsmodell nicht nur zur Rechtsformneutralität beiträgt, sondern auch als Wirtschaftsmotor fungiert und damit den Wirtschaftsstandort Deutschland stärkt, zeigen auch die Zahlen in den USA.¹⁰⁰⁸ So weist die Gesetzesbegründung in Frankreich ausdrücklich da-

1000 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727; *Bippus*, DStZ 2000, 541, 549.

1001 Kritik aufgrund anfallender Informations- und Transaktionskosten äußern: *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 210; *Hey*, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 155, 216; *Sieker*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), 145, 171; zu bereits derzeit hohen Informations- und Transaktionskosten, die mit der richtigen Rechtsformwahl zusammenhängen: *Drüen*, GmbHHR 2008, 393, 394; *Schön*, StbG 2000, 1, 5.

1002 *Prinz*, FR 2010, 736, 743.

1003 *Prinz*, FR 2010, 736, 744.

1004 *Lang*, GmbHHR 2000, 453, 456, wirft die Frage auf, „ob das Steuerrecht legitimiert sein kann, die in Deutschland herrschende mittelständische Kultur der Personenunternehmen auszurotten“.

1005 *Fechner/Bäumel*, FR 2010, 744, 744.

1006 *Fechner/Bäumel*, FR 2010, 744, 744, 748.

1007 Zur hinter der Körperschaftsteuer zurückbleibenden Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 34a Rz. 6.

1008 Zur Stärkung der Standortqualität Deutschlands: *Hahn*, DStR 1999, 833, 837.

rauf hin, dass in den USA 10 bis 20 % der Unternehmensneugründungen auf das Optionsrecht der *S-Corporations* zurückzuführen seien.¹⁰⁰⁹

Nicht zuletzt kann mittels eines Optionsrechts die Verlustverrechnung stärker mit der individuellen Haftung der Gesellschafter verknüpft werden. So könnte de lege ferenda im Rahmen einer transparenten Besteuerung einer GmbH eine zusätzliche Haftungsübernahme eines Gesellschafters, etwa in Form einer Bürgschaft, erhöhend bei der Bestimmung des Verlustverrechnungsvolumens berücksichtigt werden.¹⁰¹⁰

In den USA ist die Personengesellschaft fünf Jahre an ihre Optionsausübung hin zur Körperschaftsteuer gebunden. Für die Wahl, als *S-Corporation* behandelt zu werden, sieht das US-Recht keine vergleichbare Bindungswirkung vor. Um Missbrauch zu verhindern, sollte auch in Deutschland, entgegen § 1a KStG in der Fassung des KöMoG vom 25. Juni 2021¹⁰¹¹ eine Bindungswirkung für die – de lege ferenda hoffentlich wechselseitige – Optionsausübung vorgesehen werden. Die in § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG kodifizierte Unwiderruflichkeit bezieht sich allein auf das jeweilige Veranlagungsjahr, räumt anschließend jedoch eine jederzeitige Rückoption ein.¹⁰¹² Die Folgen, die sich im deutschen Steuerrecht durch eine Rückoption innerhalb von sieben Jahren ergeben, scilicet eine Sperrfristverletzung nach § 22 Abs. 1 beziehungsweise Abs. 2 UmwStG, sind meines Erachtens nur ein kleiner Schritt, um Missbrauch einzuschränken, verhindern diesen aber nicht ernsthaft.¹⁰¹³ Für eine Bindungswirkung bietet sich ein Zeitraum von fünf Jahren nach dem Vorbild der USA an. Dieser sollte jedoch auf sämtliche Optionsrechte sowie den Widerruf ausgeweitet werden. Nach dem Vorbild der USA sollte eine Ausnahme von der Bindungswirkung für den Fall, dass ein Gesellschafterwechsel in Höhe von mindestens 50 % der Anteile erfolgt, vorgesehen werden. Liegt ein mehrheitlicher Gesellschafterwechsel vor, sollten die Gesellschafter nicht weiter an die von ihnen nicht selbst getroffene Entscheidung gebunden sein. Eine weitere Ausnahme sollte für die Fälle vorgesehen werden, in denen kein Steuerregimewechsel eintritt, das heißt, wenn eine Gesellschaft mit der Gesellschaftsgründung eine Option ausübt oder im Zuge einer Umwandlung sich für das bisher schon geltende Steuerregime entscheidet.

1009 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1010 Siehe zu dem insoweit neuen Reformvorschlag: E.II Reformvorschlag.

1011 KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

1012 § 1a Abs. 4 Satz 1 KStG.

1013 Zu den Folgen einer Rückoption innerhalb von sieben Jahren auch: BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 98).

c. Auseinandersetzung mit dem französischen Modell

Auch hier ist zunächst zu konstatieren, dass die Ausgangslage in Frankreich und Deutschland divergiert. Während in Frankreich sowohl die *société de personnes* als auch die *société de capitaux* auf die *société* zurückgeht, welche als *personne morale* qualifiziert, gehen die deutschen Personenhandelsgesellschaften auf die GbR und die Kapitalgesellschaften auf den eingetragenen Verein zurück. Nur Letzterer, und in der Konsequenz auch die Kapitalgesellschaften, qualifizieren als juristische Person. In Frankreich war mithin, konträr zu Deutschland, ein Anknüpfen an die Rechtspersönlichkeit von vornherein ausgeschlossen. Als Teil der Kritik an der deutschen – grundsätzlich – rechtsformabhängigen Unternehmensbesteuerung¹⁰¹⁴ erheben sich seit Jahren Stimmen in der Literatur, die – nach dem Vorbild Frankreichs – ein Anknüpfen an die Haftung und damit eine Besteuerung des Kommanditisten und vergleichbar beschränkt haftender Personengesellschafter nach dem Trennungsprinzip fordern.¹⁰¹⁵ Teilweise wird ein Vorbehalt für die Fälle gefordert, in denen der Kommanditist aufgrund noch nicht vollständig erbrachter Einlage oder (teilweiser) Rückgewähr dieser Einlage vergleichbar einem Komplementär haftet.¹⁰¹⁶ Der Vorbehalt solle auf Antrag des Steuerpflichtigen zu einer Besteuerung nach dem Transparenzprinzip in den Jahren führen, in denen er tatsächlich aus seiner Haftung in Anspruch genommen wurde.¹⁰¹⁷ Mit dem Erfordernis der tatsächlichen Inanspruchnahme werden an die unmittelbare Verlustzurechnung an den beschränkt haftenden Gesellschafter, obgleich er in diesen Konstellationen gleich einem Vollhafter haftet, höhere Anforderung gestellt als an die unmittelbare Verlustzurechnung zu letzterem.

Für die Besteuerung des Kommanditisten nach dem Körperschaftsteuerregime wird argumentiert, dass der beschränkt haftende Gesellschafter aufgrund seiner Haftung dem Kapitalgesellschafter näher stehe als dem Einzelunternehmer.¹⁰¹⁸ Die transparente Besteuerung stelle eine Besserstellung des beschränkt haftenden Personengesellschafter gegenüber dem

1014 S.o. C.II.4.a Auseinandersetzung mit dem deutschen Modell.

1015 Etwa Bippus, DStR 1998, 749, 758; Hennrichs, StuW 2002, 201, 210 f.; Raupach, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 155, 156, 162; Raupach, in: Widmann (Hrsg.), Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter (1997), S. 73.

1016 Bippus, DStR 1998, 749, 758.

1017 Bippus, DStR 1998, 749, 758.

1018 Bippus, DStR 1998, 749, 753.

Kapitalgesellschaften dar.¹⁰¹⁹ Eine steuerliche Gleichstellung zum Einzelunternehmer sei nur mit Blick auf den unbeschränkt haftenden Gesellschafter gerechtfertigt.¹⁰²⁰ Letzteres legt den Schluss nahe, dass in der Gleichstellungsthese die Rechtfertigung der transparenten Besteuerung gesehen wird. Dagegen sehen andere das Regelungsziel des Transparenzprinzips in einer zeitnahen Besteuerung der auf Gesellschaftsebene realisierten Gewinne.¹⁰²¹ Eine solche zeitnahe Besteuerung kann sowohl mittels transparenter Zurechnung an und unmittelbarer Besteuerung des Gesellschaftsergebnisses durch die Gesellschafter als auch mittels des Trennungsprinzips durch unmittelbare Besteuerung durch die Gesellschaft als solche gewährleistet werden.¹⁰²² Was von den Fürsprechern des französischen Modells offenbar nicht umfassend erörtert wird, ist, dass nach dem französischen Steuerrecht die *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, grundsätzlich transparent besteuert wird.¹⁰²³ Auf das deutsche Recht übertragen, würde dies eine transparente Besteuerung der Ein-Personen-GmbH, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, bedeuten. Die Gleichstellung des Gesellschafters mit dem Einzelunternehmer trotz dessen beschränkter Haftung beabsichtigt das französische Steuerrecht.¹⁰²⁴ Insoweit erfolgt eine Abkehr des haftungsabhängigen Dualismus und eine stärkere Bezugnahme auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse. Inwieweit danach die bedingungslose Besteuerung beschränkt haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft nach dem Trennungsprinzip, ohne Optionsmöglichkeit zum Transparenzprinzip, gerechtfertigt ist, wird hier skeptisch gesehen. So kommt unweigerlich die Frage auf, warum nicht auch bei den beschränkt haftenden Gesellschaftern die wirtschaftlichen Verhältnisse in den Blick genommen werden. Dies würde jedenfalls einen Vorbehalt für die Fälle erfordern, in denen der beschränkt haftende Gesellschafter gleich einem Vollhafter respektive dem einzigen natürlichen Gesellschafter einer *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* haftet. Soweit in der deutschen Literatur argumentiert wird, der beschränkt haftende Gesell-

1019 Hey, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), FS für Arndt Raupach (2006), 479, 493.

1020 Bippus, DStR 1998, 749, 752; Hennrichs, StuW 2002, 201, 210 f.

1021 Etwa Schön, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 147; Schön, DStR 1993, 185, 191; Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 362.

1022 Schön, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 147.

1023 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1024 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

schafter trage die über seine Kapitaleinlage hinausgehenden Verluste nicht aktuell,¹⁰²⁵ sei entgegnet, dass dies auch für den unbeschränkt haftenden Gesellschafter gilt. Dieser trägt wirtschaftlich die Verluste erst, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten genügt.¹⁰²⁶ Dies ist Konsequenz der mittlerweile anerkannten getrennten Vermögenssphären der Personengesellschaft und ihrer Gesellschafter.¹⁰²⁷

Als weiterer Vorteil des haftungsabhängigen Dualismus wird die Entbehrlichkeit des § 15a EStG genannt.¹⁰²⁸ Insoweit ist zwar beizupflichten, dass nach dem Vorbild Frankreichs in diesem Modell eine haftungsabhängige Verlustverrechnungsbeschränkung obsolet wird. Doch sei darauf hingewiesen, dass damit ein an die formale Stellung des beschränkt haftenden Gesellschafters geknüpftes Verlustverrechnungsverbot einhergeht. Sofern kein umfassender Vorbehalt für sämtliche Haftungstatbestände erfolgt, gilt dies auch für etwaige gesetzliche oder schuldrechtliche Haftungsfälle im Innen- wie Außenverhältnis. Schließlich wird für den haftungsabhängigen Dualismus ins Feld geführt, dass das Gesetz mit der transparenten Besteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA sowie mit § 15a EStG bereits eine Durchbrechung der rechtsformabhängigen Besteuerung mit der Konsequenz einer hybriden Besteuerungsform respektive einer haftungsabhängigen Verlustverrechnung kodifiziere.¹⁰²⁹ Die Regelungen zur Besteuerung der KGaA könnten dabei als „umgekehrt analoger Fall“ für die hybride Besteuerung der Kommanditgesellschaft herangezogen werden.¹⁰³⁰ Genau wie in Frankreich soll danach der Gewinnanteil der beschränkt haftenden Gesellschafter der Körperschaftsteuer unterliegen und der Gewinnanteil der unbeschränkt haftenden Gesellschafter diesen unmittelbar zugerechnet werden.¹⁰³¹ Dabei soll nicht der beschränkt haftende Gesellschafter Steuersubjekt der Körperschaftsteuer werden, sondern nach dem Vorbild Frankreichs lediglich der Gewinnanteil der beschränkt haftenden Gesellschafter auf Gesellschaftsebene von dieser nach dem Kör-

1025 Bippus, DStR 1998, 749, 752; Raupach, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 155, 156.

1026 Hennrichs, StuW 2002, 201, 211.

1027 S.o. C.II.4.a Auseinandersetzung mit dem deutschen Modell.

1028 Bippus, DStR 1998, 749, 758.

1029 Bippus, DStR 1998, 749, 749; zur dem deutschen Steuerrecht bereits bekannten hybriden Besteuerung auch: Hennrichs, StuW 2002, 201, 210 f.; Hennrichs, FR 2010, 721, 725.

1030 Bippus, DStR 1998, 749, 757 f.

1031 Bippus, DStR 1998, 749, 758.

perschaftsteuerregime versteuert werden.¹⁰³² Steuerschuldner der Körperschaftsteuer wäre dann die Gesellschaft und nicht der einzelne Gesellschafter.¹⁰³³

Die Befürworter dieses Modells sehen hierin „die Lösung der Probleme“.¹⁰³⁴ Es ist jedoch zu entgegnen, dass ein solches System eine Vielzahl neuer Probleme mit sich bringt. So entfielen das Sonderbetriebsvermögen der beschränkt haftenden Gesellschafter und die Ausgleichswerte, die sonst in der Ergänzungsbilanz festgehalten werden, müssten in der Gesellschaftsbilanz nachgezogen werden. Ferner stellt sich die Frage, wie in diesem Modell Übertragungen im Sinne des § 6 Abs. 3 oder Abs. 5 EStG zu beurteilen wären. Wie bereits angeklungen erfordert ein hybrides System die Abgabe verschiedener Steuererklärungen mit einer gespaltenen Gewinnermittlung und mündet in einer „unpraktikable[n] Spaltung im Kreis der Gesellschafter“.¹⁰³⁵ Zudem führt ein solches hybrides System, wie es bereits die Besteuerung der KGaA zeigt, zu Kohärenzproblemen auch im Zusammenhang mit der Gewerbesteuer.¹⁰³⁶ Es lässt sich konstatieren, dass hybride Systeme komplex und dabei Folgerichtigkeitsprobleme vorprogrammiert sind.¹⁰³⁷ Dies verdeutlicht auch ein Blick nach Frankreich. Während sich die Kommanditgesellschaft in Deutschland, gerade im Mittelstand, besonderer Beliebtheit erfreut, ist die *société en commandite simple* in Frankreich, insbesondere aufgrund der steuerlichen Komplexität

1032 So entgegen der schlagwortartigen Überschrift „Kommanditisten und andere beschränkt haftende Gesellschafter in die Körperschaftsteuer“ zu verstehen: *Bippus*, DStR 1998, 749, 758.

1033 Dies gilt auch entgegen § 1 Abs. 1a KStG in der Fassung des StSenKG v. 15.02.2000, BT-Drs. 14/2683, der vorsah, dass nach einer Option zur Körperschaftsteuer die Gesellschafter Schuldner der Körperschaftsteuer seien. Der Gesetzentwurf wurde insoweit zu Recht kritisiert, vgl. *Dorenkamp*, in: Pelka (Hrsg.) Unternehmenssteuerreform (2001), 61, 82; *Lang*, GmbHR 2000, 453, 461.

1034 *Raupach*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 162.

1035 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 146, 157; zum Erfordernis, zwei verschiedene Steuererklärungen abgeben zu müssen, auch *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 234.

1036 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 725 f., mit einem exemplarischen Verweis auf §§ 8 Nr. 4, 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GewStG; zu Schwierigkeiten im Bereich der Körperschaftsteuer: *Kollruss/Weißert/Ilin*, DStR 2009, 88 ff.

1037 *Hennrichs*, FR 2010, 721, 725 f.; *Hey*, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), FS für Arndt Raupach (2006), 479, 492.

und Nachteile, praktisch bedeutungslos.¹⁰³⁸ 60 % der dennoch vorhandenen *sociétés en commandite simple* optieren zur einheitlichen Körperschaftsteuer.¹⁰³⁹ Dies zeigt, dass auch in Deutschland ein haftungsabhängiger Dualismus zwingend mit einem Optionsrecht der Personengesellschaft, wie es das KöMoG eingeführt hat,¹⁰⁴⁰ zur Körperschaftsteuer verknüpft sein muss, möchte das Steuerrecht nicht zur vollständigen Unattraktivität der Kommanditgesellschaft als solcher und damit nicht nur als unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts fungieren, sondern auch den Mittelstand erheblich schwächen. Doch trotz Optionseinräumung führt dieses Modell (entweder hybride Besteuerung oder einheitliche Besteuerung nach dem Trennungsprinzip) zum Flexibilitätsverlust der Kommanditgesellschaft und damit zu deren erheblicher Schwächung. Um den Mittelstand hierdurch nicht über Gebühr zu schwächen, sollte ein solcher Systemwechsel allenfalls mit einer langen Übergangsfrist eingeführt werden, um dem Mittelstand ausreichend Zeit zu geben, sich hierauf einzustellen und eventuell eine andere Gesellschaftsform zu wählen. Auch aus diesem Grund wird dieses System hier abgelehnt.

Aufgrund der Komplexität, der Folgeprobleme sowie des Umstands, dass die Haftung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters der eines Gesellschafter-Bürgen einer Kapitalgesellschaft gleicht und zudem die Haftung aufgrund individual vertraglicher Vereinbarungen oder auch gesetzlicher Regelungen (etwa § 176 HGB) stark von der typisierten formalen Stellung eines Gesellschafters abweichen kann, wird hier ein haftungsabhängiger Unternehmenssteuerdualismus nach dem Vorbild Frankreichs abgelehnt. Hinzu kommt, dass sich die Haftung in dem intendierten Gewinnfall nicht auf die Leistungsfähigkeit der Gesellschafter auswirkt. Auch unter dem Aspekt der Verlustverrechnung wird hier eine stärker am Einzelfall und den tatsächlichen Haftungsverhältnissen orientierte Lösung angestrebt, die insbesondere durch eine stärkere haftungsabhängige Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung erreicht werden kann.¹⁰⁴¹ Von einer Ausdehnung der Durchbrechungsregel für den unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer KGaA auf andere im Einzelfall vergleichbar haftende Gesellschafter wird hier Abstand genommen,

1038 Röder, RabelsZ 2014, 109, 110, 121; siehe auch oben: B.I Entwicklung und Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung.

1039 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1040 § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG i.d.F. des KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

1041 S.u. E.II Reformvorschlag.

denn eine solche würde wiederum zu einer unpraktikablen Spaltung der Gesellschafter und damit zu weiterer Komplexität führen. Zudem stellt auch hier die Haftung im Gewinnfall keinen Indikator für Leistungsfähigkeit dar.

Auch Öffnungsklauseln im Rahmen des Trennungsprinzips, die ausnahmsweise im Falle einer einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter vergleichbaren Haftung zu einer unmittelbaren Verlustverrechnung führen, werden hier abgelehnt, denn hierdurch würde es zu einer Divergenz der Gewinn- und Verlustbehandlung kommen. Während die Gewinne von der Thesaurierungsbesteuerung profitieren, würden Verluste unmittelbar zugerechnet. Die unmittelbare Verlustzurechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung ist letztlich im Zusammenspiel mit der unmittelbaren Gewinnzurechnung zu sehen, die eine zeitnahe Besteuerung der auf Gesellschaftsebene erwirtschafteten Gewinne bezweckt.¹⁰⁴² Hier ist die Verlustzurechnung aufgrund eines abstrakten Haftungsrisikos mit der Gewinnzurechnung aufgrund einer rein abstrakten Vermögensmehrung gerechtfertigt. Auch eine Öffnungsklausel für die Fälle der tatsächlichen Inanspruchnahme wird hier abgelehnt.¹⁰⁴³ Um Diskrepanzen zu vermeiden, sollten diese wie bisher als (verdeckte) Einlage respektive nachträgliche Anschaffungskosten behandelt werden.¹⁰⁴⁴ Andernfalls wären zudem Abgrenzungsschwierigkeiten im Falle einer Teilwertabschreibung absehbar, soweit diese auf bereits unmittelbar zugerechneten Verlusten beruht.

Neben dem haftungsabhängigen Dualismus hat auch das französische Steuerrecht diverse Optionsrechte implementiert. Dabei unterscheidet es sich von dem US-amerikanischen Optionsmodell durch seine Ausdifferenzierung. Während Personengesellschaften und anderen transparent besteu-

1042 U.a. *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), *Die Personengesellschaft im Steuerrecht* (2011), 139, 147.

1043 Einen Verlusttransfer von der Unternehmens- auf die Unternehmerebene will die *Stiftung Marktwirtschaft* in bestimmten Fällen, namentlich bei Anlaufverlusten neu gegründeter Unternehmen (insoweit Durchbrechung der einheitlichen Unternehmenssteuer für Kleinunternehmer; Kapitalgesellschaften sind ausgenommen), laufenden Verlusten, die wirtschaftlich durch den Beteiligten getragen werden, sowie Liquidationsverlusten zulassen, *Stiftung Marktwirtschaft*, Kommission „Steuergesetzbuch“ (2006), S. 18, 23 f.; ebenso: *Herzig/Bohn*, DB 2006, 1, 6, die aus Gründen der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Verlustübertragung auf die Unternehmerebene im Falle einer tatsächlichen Verlusttragung durch diese fordern.

1044 BFH, Urteil v. 12.12.2000 – VIII R 22/92, BStBl. II 2001, 385 (Tz. 39 ff.); *Roser*, in: Gosch, KStG, 4. Auflage 2020, § 8 Rz. 107; *Watermeyer*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 8 KStG [Stand 03/2017] Rz. 463.

erten Gesellschaftsformen, etwa der *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, ein zeitlich unbegrenztes Optionsrecht zusteht, ist das Optionsrecht der Kapitalgesellschaften grundsätzlich auf die ersten fünf Jahre nach ihrer Gründung begrenzt, um so den Unternehmen die Möglichkeit zu bieten, ihre Anfangsverluste – aber auch nur diese – mit anderen positiven Einkünften ihrer Gesellschafter zu verrechnen.¹⁰⁴⁵ Daneben wird der *SARL de famille* ein zeitlich unbegrenztes Optionsrecht gewährt, allerdings inter alia unter der Voraussetzung, dass diese gewerbliche oder landwirtschaftliche Einkünfte erwirtschaftet, um auf diese Weise Missbrauch zu verhindern.¹⁰⁴⁶ Vorteil eines derart ausdifferenzierten Optionsmodells ist die geringere Missbrauchs- und Gestaltungsanfälligkeit. Dieses ausdifferenzierte Optionsmodell gemeinsam mit der grundsätzlich transparenten Besteuerung der *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* würde, übertragen auf das deutsche Steuerrecht, wohl ein zeitlich unbefristetes Optionsrecht für die Mehrheit der deutschen GmbHs, die unter drei Gesellschafter haben, personalistisch strukturiert sind und damit die Voraussetzungen einer „Familien-GmbH“ erfüllen würden, sowie eine grundsätzlich transparente Besteuerung der Ein-Personen-GmbH, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, bedeuten. Gegen ein zeitlich begrenztes Optionsrecht der übrigen Kapitalgesellschaften, mit Ausnahme der börsennotierten Kapitalgesellschaften, spricht meines Erachtens, dass die Haftung als solche nicht per se als Indikator der Leistungsfähigkeit taugt, mithin als Abgrenzungskriterium keinen Unternehmenssteueraldualismus trägt. Dies gilt nicht nur beschränkt auf die Gründungsphase, sondern auch darüber hinaus.

In Frankreich ist die Optionsausübung der Kapitalgesellschaften grundsätzlich auf die ersten fünf Gründungsjahre beschränkt und eine erneute Optionsausübung nach Rückfall in das ursprüngliche Steuerregime – gleich aus welchem Grund – für alle optionsberechtigten Gesellschaftsformen ausgeschlossen.¹⁰⁴⁷ Auch für den Fall einer Umwandlung hält das französische Steuerrecht Beschränkungen vor. So darf eine Personengesellschaft, die durch Umwandlung aus einer Kapitalgesellschaft hervorgeht, lediglich innerhalb der ersten drei Monate oder nach Ablauf von 15 Jahren von ihrem Optionsrecht Gebrauch machen.¹⁰⁴⁸ Für Wirtschaftsjahre, die

1045 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1046 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1047 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1048 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

am oder nach dem 31. Dezember 2018 enden, ist zudem ein Widerruf nur bis zum fünften Jahr nach Optionsausübung möglich, andernfalls wird sie unwiderruflich.¹⁰⁴⁹ Um Missbrauch zu verhindern, sollte auch in Deutschland eine Bindungswirkung für eine wechselseitige Optionsausübung vorgesehen werden. Von einem endgültigen Optionsverlust nach einem Widerruf respektive einem Widerrufsverlust nach Nichtausübung innerhalb eines gewissen Zeitraums sollte hingegen Abstand genommen werden und ist auch in dem neuen § 1a KStG, der ein Optionsrecht für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften normiert, erfreulicherweise nicht vorgesehen. Eine derartige Regelung würde zu einer unverhältnismäßigen Restriktion im Leben eines Unternehmens führen, die eine Anpassung an neue wirtschaftliche Verhältnisse wesentlich erschwert oder aber ganz ausschließt.

d. Mögliches Steuermodell de lege ferenda

Allein das US-amerikanische Modell gewährleistet ein (nahezu) rechtsformunabhängiges und leistungsgerechtes Unternehmenssteuersystem, in dem die Rechtsformwahl frei von steuerlichen Einflüssen getroffen werden kann.¹⁰⁵⁰ Ein weitreichendes Optionsmodell, das durch eine Einordnung unter ein Steuerregime die Optionsausübung lediglich antizipiert, bietet zum einen eine umfangreiche Flexibilität, die sowohl der Ein-Personen-GmbH als auch der Publikums-KG Rechnung trägt, und stärkt zum anderen damit auch den Mittelstand. Wie die Zahlen in den USA zeigen, fördert die Optionsmöglichkeit für kleine Kapitalgesellschaften Unternehmensneugründungen, was auch den Wirtschaftsstandort Deutschland interessant machen und neue Arbeitsplätze schaffen könnte.¹⁰⁵¹ Im Gegensatz zu einer einheitlichen Unternehmenssteuer, die teilweise in der deutschen Literatur gefordert wird,¹⁰⁵² verhindert ein umfangreiches wechsel-

1049 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1050 Zur erhöhten Flexibilität bei der Rechtsformwahl auch: *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 405.

1051 10 bis 20 % der Unternehmensneugründungen werden in den USA der Optionsmöglichkeit der *S-Corporations* zugeschrieben. S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1052 *Lang*, StuW 1989, 3, 9 ff.; *Pezzer*, in: Widmann (Hrsg.), Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter (1997), 5, 19; *Lang*, in: Widmann (Hrsg.), Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter (1997), 70, 71; *Lang*, BB 2006, 1769, 1772, verweist jedoch darauf, dass es Ausnahmen für Kleinunternehmer geben

seitiges Optionsmodell Zwänge, wahrt die Flexibilität und vermeidet neue systematische Brüche.¹⁰⁵³

Einem wechselseitigen Optionsrecht stehen auch nicht (vermeintlich) hohe Beratungs- und Informationskosten entgegen. Solche existieren bereits mit Blick auf die Beratung einer möglichen Umwandlung. Für ein umfangreiches Optionsmodell spricht zudem die jahrzehntelange gute Praxis in anderen Ländern, wie vor allem den USA und Frankreich.¹⁰⁵⁴ Die USA haben etwa bei Einführung des *check-the-box*-Verfahrens ausdrücklich darauf hingewiesen, die Missbrauchsanfälligkeit beobachten und beim Erkennen einer solchen handeln zu wollen.¹⁰⁵⁵ Seither sind über 20 Jahre vergangen, ohne dass die USA Handlungsbedarf erkannt haben.

Wenngleich die Forderung nach einem Optionsmodell in Deutschland nicht neu ist – so sah unter anderem § 4a KStG in der Fassung des StSenkG vom 15. Februar 2000, BT-Drs. 14/2683 (§ 4a KStG-E (StSenkG-E 2000)) eine solche Option für natürliche Personen und Mitunternehmerschaften vor¹⁰⁵⁶ – und erst kürzlich mit dem KöMoG ein auf Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften beschränktes Optionsrecht eingeführt wurde,¹⁰⁵⁷ ergeben sich im Rahmen einer möglichen Ausgestaltung zahlreiche Fragen, angefangen bei der Frage, (i) wem (nur inländischen Gesellschaften mit im Inland unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Gesellschaftern?)¹⁰⁵⁸ und (ii) für welche Einkunftsarten¹⁰⁵⁹ ein solches Optionsrecht gewährt werden soll, über die Frage, (iii) ob eine solche Option unwiderruflich ist oder zumindest eine gewisse zeitliche Bindung bestehen soll, (iv) wer die Steuer schuldet, (v) der Behandlung von Sonderbetriebsvermögen bis hin zu der Frage, (iv) ob die Optionsausübung über das Ertragsteuerrecht hinaus Folgen zeitigt, etwa im Rahmen der Erbschaft-

muss; gegen die Einbeziehung des Einzelunternehmers zudem: *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9, 42.

1053 Zur erhöhten Akzeptanz gegenüber einer Zwangseinordnung: *Hennrichs*, FR 2010, 721, 728 f.; zu neuen Brüchen durch eine einheitliche Unternehmenssteuer: *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 144.

1054 *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 401; *Hennrichs*, FR 2010, 721, 728.

1055 *IRS/Treasury*, 61 FR 66584, 66585, Dec. 18, 1996; *McMahon/Simmons/Luke/Wells*, Federal Income Taxation of Partnerships and S Corporations (2020), S. 8.

1056 BT-Drs. 14/2683, S. 77 (§ 4a Abs. 1 Satz 1 KStG-E).

1057 § 1a KStG i.d.F. des KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

1058 *Bippus*, DStR 1998, 749, 756.

1059 *Bippus*, DStR 1998, 749, 756.

und Schenkungsteuer.¹⁰⁶⁰ Daneben stellt sich augenscheinlich die Frage nach der Behandlung bis dato festgestellter Verluste.

Da die Untersuchung all dieser Aspekte den Rahmen der Arbeit sprengen würde, soll hier allein auf die Auswirkungen eines wechselseitigen Optionsmodells auf etwaige festgestellte Verlustvorträge eingegangen und darüber hinaus nachfolgend Rahmenbedingungen bestimmt werden, die ein meines Erachtens notwendiges und umfangreicheres als das in § 1a KStG eingeführte Optionsmodell berücksichtigen sollte. Dabei gilt es, die Attraktivität der deutschen Personengesellschaften, die insbesondere auf deren Flexibilität beruht, beizubehalten und zur Stärkung des Mittelstandes auf Kapitalgesellschaften auszudehnen.¹⁰⁶¹

1. Um weitestgehende Flexibilität in alle Richtungen zu gewährleisten, sollte ein umfangreiches wechselseitiges Optionsmodell nach dem Vorbild der USA mit Ausnahmen lediglich für Einzelunternehmer und börsennotierte Aktiengesellschaften, vergleichbar den USA und Frankreich, implementiert werden, für das § 1a KStG nur als erster Schritt gesehen werden kann.¹⁰⁶² Die Ausnahme für Einzelunternehmer lässt sich mit der fehlenden Vermögenstrennung einerseits und dem Selbstkontrahierungsverbot andererseits rechtfertigen. Ein Ausschluss bör-

1060 Hey, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), FS für Arndt Raupach (2006), 479, 491; zur Berücksichtigung auch Erbschaft- und schenkungsteuerlicher sowie privatrechtlicher Auswirkungen auch: *Bippus*, DStZ 2000, 541, 542, 546 f.; zur Notwendigkeit, die Folgen für das Sonderbetriebsvermögen zu klären: *Bippus*, DStZ 2000, 541, 544; *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 405.

1061 Zur Attraktivität der Personengesellschaften in Folge ihrer Flexibilität: *Prinz*, FR 2010, 736, 738.

1062 Zu nötigen Ausnahmen für den Einzelunternehmer und börsennotierte Aktiengesellschaften auch: *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 146; auch *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9, 64, und *Lang*, GmbHR 2000, 453, 461, halten ein Optionsrecht für Einzelunternehmer für problematisch; gegen ein Optionsrecht der börsennotierten AG auch: *Fechner/Bäumel*, FR 2010, 744, 749; zu gravierenden Unterschieden eines Einzelunternehmers im Vergleich zu Personengesellschaften sowie von börsennotierten zu nicht börsennotierten Aktiengesellschaften auch: *Hennrichs*, StuW 2002, 201, 214 f. m.w.N.; a.A. wohl: Hey, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 155, 213, diese verweist darauf, dass auch hier keine unterschiedlich hohe Steuerbelastung gleich hoher Einkünfte zulässig ist; zu Problemen, die im Rahmen eines Optionsrechts für einen Einzelunternehmer, wie es etwa § 4a Abs. 1 Satz 1 KStG-E (StSenkG-E 2000) vorsah, auftreten: *Schön*, StbG 2000, 1, 17; *Prinz*, FR 2010, 736, 743, schlägt dagegen ein Optionsrecht allein für die Personengesellschaften in Konzernstrukturen oder mit Kapitalgesellschaften als Mitunternehmer vor.

KStG-E (StSenkG-E 2000) nicht auf Gewinneinkunftsarten beschränkt werden.¹⁰⁶⁵ Andernfalls würde die Rechtsform der Kapitalgesellschaft, die unabhängig von ihrer tatsächlichen Einkünfteerzielung von der Thesaurierungsbegünstigung des Körperschaftsteuerrechts profitieren könnte, bevorteilt.¹⁰⁶⁶

4. Die Optionsausübung muss einheitlich oder jedenfalls wie in § 1a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KStG normiert, in sinngemäßer Anwendung des § 217 UmwG erfolgen.
5. Eine zur Körperschaftsteuer optierende Personengesellschaft sollte einer Körperschaft in allen körperschaftsteuerrelevanten Bereichen gleichgestellt werden.¹⁰⁶⁷ Dies gilt neben ihrer Steuerschuldnerschaft (und nicht die der Gesellschafter, wie es § 1 Abs. 1a KStG-E (StSenkG-E 2000) vorsah) aufgrund des anzuwendenden Trennungsprinzips auch für die Möglichkeit, eine ertragsteuerliche Organschaft zu bilden.¹⁰⁶⁸ Darüber hinaus löst die Option die Umqualifizierung sämtlicher Einkünfte in gewerbliche Einkünfte und die Gewerbesteuerpflicht aus.¹⁰⁶⁹
6. Spiegelbildlich löst die Option einer Kapitalgesellschaft zum Transparenzprinzip alle damit zusammenhängenden Folgen, das heißt insbe-

1065 So auch *Dorenkamp*, in: Pelka (Hrsg.) Unternehmenssteuerreform (2001), 61, 82; *Lang*, GmbHR 2000, 453, 460, die sich darüber hinaus beide für ein Optionsrecht der Arbeitnehmer aussprechen; *Bippus*, DStR 1998, 749, 756.

1066 So auch *Schön*, Stbg 2000, 1, 7, allerdings mit Blick auf den Umfang eines einheitlichen Unternehmenssteuerrechts.

1067 Eine solche Gleichstellung zieht grundsätzlich auch die Option nach § 1a KStG nach sich. Siehe BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 49 ff.). Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt, da die optierenden Gesellschaften zivilrechtlich Personengesellschaften bleiben und damit – nach Auffassung des BMF – nicht die Voraussetzungen für eine Organgesellschaft in einer ertragsteuerlichen Organschaft erfüllen können (BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 56)).

1068 Für eine Steuerschuldnerschaft allein der Gesellschaft sprechen sich auch: *Dorenkamp*, in: Pelka (Hrsg.) Unternehmenssteuerreform (2001), 61, 82, und *Lang*, GmbHR 2000, 453, 461, aus; erfreulicherweise geht § 1a KStG ebenfalls von der Steuerschuldnerschaft der optierenden Gesellschaft aus; nach dem BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 55 f.), soll einer optierenden Gesellschaft zwar der Weg als Organträgerin nicht jedoch als Organgesellschaft offenstehen. Begründet wird dies mit der fehlenden Eintragungspflicht für Unternehmensverträge mit Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften.

1069 Auch das durch das KöMoG eingeführte Optionsrecht in § 1a KStG bewirkt eine solche Umqualifizierung. Siehe BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 49 ff.).

sondere die Bestimmung der Einkunftsart frei von § 8 Abs. 2 KStG, sowie auch die Verlustverrechnungsbeschränkungen wie etwa § 15a EStG aus.

7. Vergleichbar den USA und Frankreich sollte auch in Deutschland, entgegen § 1a KStG,¹⁰⁷⁰ keine jederzeitige Rückoption und erneute Optionsausübung möglich sein.¹⁰⁷¹ Hier bietet sich nach dem Vorbild der USA eine befristete Bindungswirkung von fünf Jahren sowohl an die Ausübung der Option als auch für deren Widerruf an. Dabei handelt es sich zum einen um einen im Wirtschaftsleben überschaubaren Zeitraum. Zum anderen wird ein Zeitraum von fünf Jahren gemeinhin als ausreichend lang betrachtet, um Steueroptimierungsstrategien zu unterbinden.¹⁰⁷² Von einer derart restriktiven Regel, wie sie in Frankreich vorgesehen ist, wird hier aus den oben genannten Gründen Abstand genommen.¹⁰⁷³ Es sollten Ausnahmen dieser Bindungswirkung sowohl für den Fall eines mehrheitlichen Gesellschafterwechsels als auch für die Fälle vorgesehen werden, die keinen Steuerregimewechsel nach sich ziehen.¹⁰⁷⁴ Vergleichbar zu Frankreich¹⁰⁷⁵ sollte zudem ein zeitweiser Optionsausschluss nach einer Umwandlung, sofern diese einen Steuerregimewechsel nach sich zieht, geregelt werden. Entsprechend der Bindungswirkung einer Option respektive eines Widerrufs sollte nach einer solchen Umwandlung ein fünfjähriger Optionsausschluss vorgesehen werden.
8. Für die Konsequenzen einer Optionsausübung sollte, wie in § 1a Abs. 2 KStG geschehen, auf die Regelungen des Umwandlungssteuergesetzes verwiesen werden. Das wechselseitige Optionsrecht soll lediglich den Steuerregimewechsel von einem Rechtsformwechsel unabhängig machen, um eine Entscheidungsneutralität hinsichtlich der Rechtsformwahl zu gewährleisten.¹⁰⁷⁶ Sie soll aber nicht zu einer Bevorteilung gegenüber der Umwandlung führen. Für die Gesellschaft resultiert daraus die Wahlfreiheit zwischen einem Ansatz der Wirtschaftsgüter zum gemeinen Wert, zum Buchwert oder einem dazwischenliegenden

1070 S.o. C.II.4.b Auseinandersetzung mit dem US-amerikanischen Modell.

1071 Für eine begrenzte Bindung auch: *Hahn*, DStR 1999, 833, 839.

1072 *Hahn*, DStR 1999, 833, 839.

1073 S.o. C.II.4.c Auseinandersetzung mit dem französischen Modell.

1074 S.o. C.II.4.b Auseinandersetzung mit dem US-amerikanischen Modell.

1075 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

1076 *Schön*, Stbg 2000, 1, 13.

Zwischenwert.¹⁰⁷⁷ Damit kann ein Optionsgewinn generiert werden. Für die nach § 15a Abs. 4 EStG (respektive § 2b Abs. 4 EStG (neu))¹⁰⁷⁸ sowie § 8 Abs. 1 KStG in Verbindung mit § 10d EStG festgestellten Verluste bedeutet die Anwendung des Umwandlungssteuerrechts, dass diese, sofern sie nicht mit einem Optionsgewinn verrechnet werden können, untergehen.¹⁰⁷⁹

9. Die Optionsausübung soll, wie dies auch bei einer Option nach § 1 KStG der Fall ist, für die Erbschaft- und Schenkungsteuer unbeachtlich bleiben. Im Rahmen der Erbschaft- und Schenkungsteuer sollten, genau wie in Frankreich, allein die zivilrechtlichen Verhältnisse ausschlaggebend sein, die durch die steuerliche Option gerade nicht berührt werden.¹⁰⁸⁰

Da hier keine vollständige Übernahme des französischen Unternehmenssteuersystems und ein vollständiges wechselseitiges Optionsrecht favorisiert werden, besteht nach wie vor, beziehungsweise durch das vorgeschlagene Optionsrecht für GmbHs gar vermehrt, die Problematik der Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung bei lediglich beschränkter Gesellschafterhaftung. Dieser Thematik widmet sich der nachfolgende Teil der Arbeit.

1077 § 25 Satz 1 UmwStG i.V.m. § 20 Abs. 2 UmwStG resp. § 3 Abs. 2 UmwStG; BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 29 ff.).

1078 S.u. zu einem entsprechenden Reformvorschlag: E.II Reformvorschlag.

1079 § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG; BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 47); FM Schleswig-Holstein v. 07.04.2020, DStR 2020, 1573, 1573.

1080 So im Ergebnis auch: *Bippus*, DStZ 2000, 541, 550.