Steuerwissenschaftliche Schriften 83

Caroline Glenk

Verlustverrechnung bei Personengesellschaften und anderen transparent besteuerten Gesellschaftsformen

Eine rechtsvergleichende Analyse zwischen Deutschland, Frankreich und den USA

Nomos

C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Steuerwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. Lars P. Feld, Walter Eucken Institut, Freiburg i. Br.
Prof. Dr. Ekkehart Reimer, Universität Heidelberg
Prof. Dr. Christian Waldhoff, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 83

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Caroline Glenk

Verlustverrechnung bei Personengesellschaften und anderen transparent besteuerten Gesellschaftsformen

Eine rechtsvergleichende Analyse zwischen Deutschland, Frankreich und den USA

Nomos

C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

MAX PLANCK
digital library

Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max Planck Digital Library.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: LMU München, Univ., Diss., 2022

1. Auflage 2022

© Caroline Glenk

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0499-7
ISBN (ePDF): 978-3-7489-3822-4

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748938224

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizensiert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Meiner ganzen Familie

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zum Geleit

Das deutsche Unternehmenssteuerrecht wird geprägt durch den Dualismus von Körperschaften und Personengesellschaften. Diese Differenzierung zwischen eigenständig und transparent besteuerten Rechtsformen korrespondiert indessen nicht exakt mit der Grenzlinie zwischen Gesellschaften mit beschränkter und unbeschränkter Haftung. Dieser Ausgangsbefund wirft die steuerrechtspolitische Grundfrage nach der „richtigen" Behandlung von Verlusten in Personengesellschaften und anderen transparent besteuerten Gesellschaftsformen auf. Diese Grundfrage verschärft sich in rechtsvergleichender Perspektive: In anderen Ländern wird nämlich nicht nur die Grenzlinie zwischen transparenter und getrennter Besteuerung (trotz ähnlicher gesellschaftsrechtlicher Grundlagen) anders gezogen. Hinzu treten umfangreiche Optionsrechte, namentlich in Frankreich und den Vereinigten Staaten, die in den generösen „check-the-box"-Regeln des US-Steuerrechts ihre Zuspitzung finden.

Vor diesem Hintergrund hat die Verf. eine umfassende rechtsvergleichende und rechtspolitische Grundsatzarbeit vorgelegt, die sich mit den Techniken des Umgangs mit Unternehmensverlusten bei Kapital- und Personengesellschaften ebenso differenziert auseinandersetzt wie mit den Möglichkeiten einer Option für entweder das Trennungsprinzip oder eine transparente Besteuerung. Dabei reicht ihre Perspektive über die jüngst eingeführte Option für Personengesellschaften nach § 1a KStG weit hinaus. Die Arbeit gründet sich vielmehr auf eine beeindruckende rechtsvergleichende Durchsicht der deutschen, französischen und US-amerikanischen Regelungen zur Verlustverrechnung bei Personengesellschaften. Die Breite der verarbeiteten Quellen ist eben so groß wie die Ausdifferenzierung der vielfältigen praktischen Probleme und Lösungen. Doch verliert sich die Verf. nie im Detail: Alles ist sorgfältig aufgebaut und arrangiert und führt klar in eine systematische Analyse der eigentlichen Sachprobleme.

Die Arbeit mündet in konkret ausgearbeitete Gesetzesentwürfe für den deutschen Steuergesetzgeber. Die Grundtendenz dieser Vorschläge überzeugt. Sie plädiert für einen Verzicht auf ein „gespaltenes" Regime für einzelne Gesellschaftsformen, für die Ausweitung von Optionsrechten und für die Konzentration der Verrechnungsmöglichkeiten auf alle rechtlichen und wirtschaftlich ähnlichen Haftungstatbestände. Man kann der Verfasse-

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rin und uns allen nur wünschen, dass eine zielgerichtete Reform des deutschen Unternehmenssteuerrechts sich an diesen Regelungsvorschlägen orientiert, damit zugleich die Rechtsformabhängigkeit der Besteuerung reduziert und zu den systematischen Grundgedanken der Einkommensbesteuerung zurückfindet.

Wolfgang Schön

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität München als Dissertation angenommen. Sie berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich November 2020. Darüber hinaus berücksichtigt sie die im KöMoG enthaltenen Neuerungen.

Mein Dank gilt zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Schön. Er hat nicht nur die Betreuung und Erstbegutachtung dieser Arbeit übernommen, sondern sie durch meine Anstellung als Wissenschaftliche Mitarbeiterin, die vielfältige Förderung am Max-Planck-Institut und seine stete Diskussionsbereitschaft, in dieser Weise erst möglich gemacht.

Darüber hinaus möchte ich Frau Prof. Dr. Jachmann-Michel für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Für die schöne Zeit am Institut danke ich dem gesamten Institutsteam. Besonderer Dank gilt Frau Auer, die sich engagiert um den reibungslosen Ablauf kümmert, wie auch Frau Golombek, die stets für eine sehr angenehme Atmosphäre in der Bibliothek gesorgt hat. Ferner danke ich Prof. Dr. Erik Röder für die fruchtbare Diskussion beim Entstehen dieser Arbeit und das stets ernst gemeinte Angebot, jederzeit für weitere Diskussionen zur Verfügung zu stehen. Ein besonderer Dank gilt auch Sarah von Schmeling-Diringshofen. Sie hatte als Zimmerkollegin am Max-Planck-Institut stets ein offenes Ohr. Unsere Gespräche waren nicht immer fachlicher Natur, aber durchweg sehr anregend. Sie hat im Wesentlichen zu der unvergesslichen Zeit am Institut beigetragen; in ihr habe ich eine gute Freundin gefunden.

Ich danke zudem David Bastian und William Lovett (Amerika) sowie Prof. Dr. Daniel Gutmann (Frankreich) für Ihren länderspezifischen Input.

Ferner danke ich meiner Schwägerin Frau Dr. Karoline Jäckh für die rasche orthographische und grammatikalische Korrektur des Manuskripts.

Des Weiteren danke ich Prof. Dr. Dr. h. c. Lars P. Feld, Prof. Dr. Ekkehart Reimer und Prof. Dr. Christian Waldhoff für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Steuerwissenschaftliche Schriften“. Zudem danke ich dem Max-Planck-Institut für einen großzügigen Druckkostenzuschuss sowie der Max-Planck-Gesellschaft für einen Zuschuss zur Open

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Access Veröffentlichung. Darüber hinaus danke ich der Esche Schümann Commichau Stiftung, die diese Arbeit mit dem Förderpreis 2023 ausgezeichnet hat, für die damit verbundene Förderung.

Von Herzen danken möchte ich zudem meiner gesamten Familie für die fortwährende, tatkräftige Unterstützung. Allen voran meinen Eltern, die mich während meines gesamten Lebensweges vorbehaltslos unterstützt haben, mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen und v.a. – aber nicht nur – hingebungsvoll halfen, die Betreuung unserer Tochter Lena auch in den Mühewaltungen der Pandemie sicherzustellen und so ein ungestörtes, zeitnahes Fertigstellen der Dissertation ermöglicht haben. Auch meinem Bruder danke ich für jedwede Unterstützung und die gemeinsamen Erlebnisse, die mich wesentlich geprägt haben. Gemeinsam haben Sie den Grundstein für meine persönliche und letztlich auch berufliche Entwicklung gelegt.

Besonders danke ich meinem Mann Alexander. Er steht seit nunmehr über 10 Jahren an meiner Seite und hat mich stets in meinen Entscheidungen unterstützt und bestärkt. Er hat nicht nur das Erste und Zweite Staatsexamen geduldig mit mir bewältigt, sondern nun auch die Promotion. Er stand und steht dabei stets liebevoll, unterstützend, hilfsbereit, nachsichtig und mit viel Verständnis an meiner Seite. Ich danke ihm nicht nur für seinen unermüdlichen Zuspruch, sondern auch für anregende fachliche Diskussionen. Zudem danke ich unseren beiden wundervollen Töchtern Lena und Jule, die seit vier bzw. einem Jahr unser Glück und unsere Familie komplettieren.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 21

A. Einleitung 25

B. Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung sowie Systematik der Verlustverrechnung 30

I. Entwicklung und Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung 30
II. Die Systematik der Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung 37
1. Umgang mit Personengesellschaftsverlusten 38
2. Die Rolle der persönlichen Haftung im Zusammenhang mit Personengesellschaftsverlusten 38
3. Problematik der unmittelbaren Verlustzurechnung und Verlustverrechnung bei lediglich beschränkter Haftung 39
4. Methoden zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verlustnutzung im Rahmen einer grundsätzlich transparenten Besteuerung 40
a. Uneingeschränkte Verlustnutzung 41
b. Beschränkte Verlustnutzung bei Beibehaltung der transparenten Besteuerung 42
c. Übergang zum Trennungsprinzip 44

C. Systemische Aspekte: das französische Modell – ein gangbarer Weg für Deutschland? 46

I. Länderberichte 46
1. Bundesrepublik Deutschland 47
a. Einführung in das deutsche Einkommensteuerrecht 47
b. Unternehmensbesteuerung: Anwendungsbereich sowie Wirkungsweise der transparenten Besteuerung 48
i. Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip 48
ii. Folgen einer Optionsausübung 53
iii. Wirkungsweise der transparenten Besteuerung 54

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. „Verlustverrechnung“ – Begriffsbestimmung und Wirkung im System der transparenten Besteuerung 60
i. Verlust 60
(1) Verlust – Gegenstand 61
(2) Echter/unechter Verlust 62
(3) Steuerlich relevante Verluste 63
(4) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung 63
ii. Verlustverrechnung 64
(1) Verlustausgleich/intraperiodische Verlustverrechnung 65
(2) Verlustabzug/interperiodische Verlustverrechnung 67
(3) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung 70
iii. Verlustverrechnungsbeschränkungen 71
(1) Kategorisierung der Verlustverrechnungsbeschränkungen 72
(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung 76
d. Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips 77
e. Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung 82
2. USA 89
a. Einführung in das US-amerikanische Einkommensteuerrecht 89
b. Wirkungsweise und Anwendungsbereich der (teilweise) transparenten Besteuerung 92
i. Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip 92
ii. Folgen einer Optionsausübung 97
iii. Wirkungsweise der transparenten Besteuerung 101
c. „Verlustverrechnung“ – Begriffsbestimmung und Wirkung im System der transparenten Besteuerung 105
i. Verlust (loss) 105
(1) Allgemeines zum Verlustbegriff 105
(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung 106

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Verlustverrechnung 107
(1) Intraperiodische Verlustverrechnung 108
(2) Interperiodische Verlustverrechnung 108
(3) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung 109
iii. Verlustverrechnungsbeschränkung 110
(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen 110
(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung 112
d. Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips 113
e. Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung 116
3. Frankreich 122
a. Einführung in das französische Einkommensteuerrecht 123
b. Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung 124
i. Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip 125
ii. Folgen einer Optionsausübung 137
iii. Wirkungsweise der semi-transparenten und hybriden Besteuerung 140
(1) Semi-transparente Besteuerung 141
(2) Hybride Besteuerung 147
c. „Verlustverrechnung" – Begriffsbestimmung und Wirkung im System der transparenten Besteuerung 149
i. Verlust 150
(1) Allgemeines zum Verlustbegriff 150
(2) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung 150
ii. Verlustverrechnung 151
(1) Intraperiodische Verlustverrechnung 151
(2) Interperiodische Verlustverrechnung 151
(3) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung 152

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

iii. Verlustverrechnungsbeschränkung 152
(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen 152
(2) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung 154
d. Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung im Rahmen des Trennungsprinzips 156
e. Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung 160
II. Rechtsvergleichende Analyse 163
1. Deutschland: rechtsformabhängiger Dualismus 164
2. USA: Dualismus nur als Antizipation der Option 165
3. Frankreich: haftungsabhängiger Dualismus mit teilweiser Option 167
4. Rechtsvergleichende Analyse 169
a. Auseinandersetzung mit dem deutschen Modell 171
b. Auseinandersetzung mit dem US-amerikanischen Modell 174
c. Auseinandersetzung mit dem französischen Modell 178
d. Mögliches Steuermodell de lege ferenda 185

D. Detailvergleich: USA – Renaissance eines einstigen Vorbilds? 192

I. Länderberichte zu Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen einer transparenten Besteuerung 192
1. Bundesrepublik Deutschland: Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15a EStG 192
a. Hintergrund 193
b. Regelung im Einzelnen 196
i. Grundtatbestand des § 15a EStG – § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG 196
(1) Anteil am Verlust 199
(2) Kapitalkonto 205
ii. Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich 214
iii. Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel 219
iv. Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a 228
v. Verlustverrechnung in späteren Wirtschaftsjahren nach § 15a Abs. 2 EStG 232

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vi. Folgen einer Einlage- und einer Haftungsminderung nach § 15a Abs. 3 EStG 239
vii. Gesonderte Verlustfeststellung nach § 15a Abs. 4 EStG 247
viii. Besonderheiten im Rahmen vermögensverwaltender Personengesellschaften 251
ix. Ausländische Verluste im Sinne des § 2a EStG im Rahmen des § 15a EStG 252
x. Verhältnis des § 15a EStG zu anderen Normen des EStG 253
2. USA: Verlustverrechnungsbeschränkungen gem. §§ 704(d), 1366(d), 465, 469 IRC 255
a. § 704(d) IRC – *limitation to the partner's outside basis* 257
i. Hintergrund 258
ii. Regelung 258
(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt 260
(2) Ermittlung der *adjusted outside basis* 263
(3) Einlagen in die Gesellschaft 265
(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten 265
(a) Bürgschaft und Nachschusspflicht 266
(b) Schuldübernahme (assumption agreement) 268
(c) Hingabe von eigenen Vermögensgegenständen als Sicherheit für Gesellschaftsschulden 270
(5) Persönlicher Anwendungsbereich 271
(6) Maßgeblicher Verlust 271
(7) Steuerpflichtige Veräußerung des Anteils 272
(8) Steuerfreie Verfügung eines Anteils 274
(9) Tod des Gesellschafters 275
(10) Beendigung der Gesellschaft 276
b. § 1366(d) IRC – *limitation to shareholder's basis in stock and debt* 276
i. Hintergrund 276
ii. Regelung 277
(1) *Adjusted basis*an den Aktien und den Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner 278

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Verlust im Rahmen des § 1366(d) IRC 280
iii. Vertragliche Haftungsübernahme durch einen Anteilseigner 280
iv. Übertragung eines Gesellschaftsanteils 281
v. Verhältnis zu anderen Vorschriften 282
c. § 465 IRC – *at risk rule* 282
i. Hintergrund 283
ii. Regelung 283
(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich 284
(2) Verlust 286
(3) Bestimmung des Tätigkeitsumfanges 287
(4) *Amount at risk*als Anknüpfungspunkt 288
(a) Maßgeblicher Zeitpunkt 288
(b) Berechnung des amount at risk 289
(c) Bürgschaft, Nachschusspflicht et cetera 296
(d) Gesellschafterdarlehen 298
(e) Kurzfristige Erhöhung des amount at risk 299
(f) Negativer amount at risk 300
(g) Qualified nonrecourse financing 301
(5) Rechtsfolge 302
(6) Übertragung oder Veräußerung eines Teils oder der gesamten Tätigkeit 303
(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC 304
(8) Verhältnis zu anderen Vorschriften 306
d. § 469 IRC – *passive activity rule* 307
i. Hintergrund 307
ii. Regelung 308
(1) Persönlicher Anwendungsbereich 308
(2) Passive Tätigkeit 309
(a) Wesentliche Teilnahme an der Tätigkeit 310
(b) Activity 313
(c) Limited Partner 315
(d) Vermietungstätigkeiten 320
(e) Sonderregel für Veräußerungsgeschäfte 322
(3) Bestimmung der relevanten Einnahmen respektive des relevanten Verlustes 322
(a) Umqualifizierung von Einnahmen 324

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(b) Ausgaben im Zusammenhang mit einer passiven Tätigkeit 325
(4) Rechtsfolge 326
(5) Konsequenzen bei Wegfall der passiven Tätigkeit 327
(6) Veräußerung des gesamten Anteils an einer passiven Tätigkeit 327
(7) Teilveräußerung eines Anteils an einer Tätigkeit 328
(8) Unentgeltliche Übertragung eines Anteils 329
(9) Sonderregeln für *Partnerships* und *S-Corporations (passthrough entity)* 330
(10) Verhältnis zu anderen Normen 332
iii. Fazit 333
3. Frankreich 333
a. Eine dem § 15a EStG und den §§ 704(d), 1366(d), 465 IRC vergleichbare Regelung 334
b. Art. 156-I, 1 bis CGI 335
i. Hintergrund 336
ii. Regelung 336
II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte in Deutschland, den USA und Frankreich 340
1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich 340
a. Deutschland 340
b. USA 342
c. Wertung 343
2. Bestimmung des Verlustausgleichsvolumens – technische Anknüpfung 346
a. Deutschland 347
i. Ausgangspunkt: das Kapitalkonto 347
ii. Einbeziehung der Haftung 348
iii. Berücksichtigung einer Haftungsbeschränkung 350
b. USA 350
i. Ausgangspunkt: die Einlage 351
ii. Einbeziehung der Haftung 352
iii. Berücksichtigung einer Haftungsbeschränkung 357
c. Wertung 358
i. Ausgangspunkt 358
ii. Einbeziehung einer erweiterten Haftung 360
iii. Berücksichtigung einer Haftungsbeschränkung 373

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Tätigkeits- oder beteiligungsbezogene Betrachtung des Verlustausgleichs 374
a. Deutschland 374
b. USA 374
c. Wertung 375
4. Folgen einer Einlage- oder Haftungsminderung 376
a. Deutschland 377
b. USA 378
c. Wertung 378
5. Auswirkungen vorweggenommener sowie nachträglicher Einlagen 380
a. Deutschland 380
b. USA 382
c. Wertung 382
6. Statuswechsel von beschränkt haftendem zu voll haftendem Gesellschafter (und umgekehrt) 385
a. Deutschland 385
b. USA 388
c. Wertung 389
7. Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben 391
a. Deutschland 391
b. USA 393
c. Wertung 394
8. *Passive-activity-rule* 395
a. Deutschland 396
b. USA 399
c. Frankreich 400
d. Wertung 401

E. Reformvorschlag 405

I. Vorgaben an einen Reformvorschlag im Bereich der Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Steuerpflichtigen 405
1. Zielsetzung der Neuregelung 406
a. Rechtspolitische und ökonomische Intention 407
b. Steuersystematik 409
2. Handlungsrahmen 409
a. Allgemeiner Gleichheitssatz 410
b. Leistungsfähigkeitsprinzip 412

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Gebot der Folgerichtigkeit 413
d. Europäische Grundfreiheiten 414
3. Würdigung von Reformvorschlägen der Literatur 416
a. Lösung von der handelsrechtlichen Haftung 417
b. Steuerbilanzmodell 418
c. Ersatzlose Streichung des § 15a EStG 419
4. Fazit 420
II. Reformvorschlag 421
1. Formulierung eines konkreten Reformvorschlages 424
2. Kommentar zum Reformvorschlag 425
a. Regelungsziel und -technik des Reformvorschlages 426
b. Absatz 1 Satz 1: persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich 428
c. Absatz 1 Satz 1: wirtschaftliches Risiko und positiver Risikobetrag 429
d. Absatz 1 Satz 2: Bestimmung und Bedeutung des Risikobetrages 431
e. Absatz 1 Satz 2: das Kapitalkonto – Einbeziehung von Sonderbetriebsvermögen? 434
f. Absatz 1 Satz 2: Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft 435
g. Absatz 1 Sätze 2 bis 4: die persönliche sowie dingliche Haftung 438
i. Absatz 1 Satz 2: die persönliche Haftung 438
ii. Absatz 1 Sätze 2 bis 4: die dingliche Haftung 439
h. Absatz 1 Sätze 5 und 6: Bestimmung des Haftungsumfangs 440
i. Absatz 1 Satz 5: Bestimmung der Haftung 440
ii. Absatz 1 Satz 6: Haftungsreduktion 441
i. Absatz 2: Behandlung nicht ausgleichsfähiger Verluste 442
j. Absatz 3 Sätze 1 bis 3: Nachversteuerung namentlich aus Gründen der Entnahme und Haftungsminderung 443
k. Absatz 3 Satz 4: Rechtsfolgen insbesondere nachträglicher oder vorweggenommener Einlagen 446
l. Absatz 3: Rechtsfolgen eines Statuswechsels 447
m. Absatz 4: gesonderte Feststellung des verrechenbaren Verlusts 448
n. Absatz 5: Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs 449

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

o. Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben 449
p. Besonderheiten im Zusammenhang mit vermögensverwaltenden Personengesellschaften (und anderen Nicht-Bilanzierern) 451
3. Fazit 452

F. Schlussbetrachtung 453

Literaturverzeichnis 455

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

10th Cir.	Tenth Circuit
11th Cir.	Eleventh Circuit
2d Cir.	Second Circuit
4th Cir.	Fourth Circuit
5th Cir.	Fifth Circuit
6th Cir.	Sixth Circuit
9th Cir.	Ninth Circuit
Am. U. Int. L. Rev.	American University International Law Review (Zeitschrift)
AT Rev.	Australian Tax Review (Zeitschrift)
Austl. Tax F.	Australian Tax Forum (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar BGB
BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des BFH, die nicht in der amtlichen Sammlung des BFH veröffentlicht werden (Zeitschrift)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Zeitschrift)
BOI-BIC-AMT	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Bénéfices industriels et commerciaux-Amortissements
BOI-BIC-CHAMP	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Bénéfices industriels et commerciaux-Champ d'application et territorialité
BOI-BIC-DEF	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Bénéfices industriels et commerciaux-Déficits
BOI-BIC-PROV	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Bénéfices industriels et commerciaux-Provisions
BOI-IR-BASE	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Impôt sur le revenue-Base d'imposition
BOI-IS-CHAMP	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Impôt sur les sociétés-Champ d'application et territorialité

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BOI-IS-DEF	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Impôt sur les sociétés-Déficits et moins-values nettes à long terme
BOI-IS-GPE	Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôt-Impôt sur les sociétés-Régime fiscal des groupes de sociétés
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Zeitschrift)
C.B.	Cumulative Bulletin
CGI	Code Général des Impôts
D. Or.	District of Oregon
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung (Zeitschrift)
EARL	exploitation agricole à responsabilité limitée
EATLP	European Association of Tax Law Professors
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
EIRL	entrepreneur individuel à responsabilité limitée
EURL	entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
F. Supp.2d	Federal Supplement, second series
F.2d	Federal Reporter, second series
F.3d	Federal Reporter, third series
Fed. Cir.	Federal Circuit
Fed. Cl.	United States Court of Federal Claims
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift), Federal Register
FS	Festschrift
FSA	Field Service Advice
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
H.R. Rep.	House of Representatives Report
H/H/R	Herrmann/Heuer/Raupach
H/H/S	Hübschmann/Hepp/Spitaler
I.R.B.	Internal Revenue Bulletin
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
ISR	Internationale SteuerRundschau (Zeitschrift)
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
J. Passthrough Entities	Journal of Passthrough Entities (Zeitschrift)
J. Tax'n	Journal of Taxation (Zeitschrift)
J.O.	Journal Officiel
JoA	Journal of Accountancy (Zeitschrift)
K/S/M	Kirchhof/Söhn/Mellinghoff
KÖSDI	Kölner Steuerdialog (Zeitschrift)
LLC	Limited Liability Company
LLP	Limited Liability Partnership
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ÖEStG	Einkommensteuergesetz (Österreich)
ÖVerfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
Pacs	pacte civil de solidarité
Prop. Reg.	Proposed Regulation
Pub. L.	Public Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
REG	Regulations
Rev. Rul.	Revenue Ruling
RFHE	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs (Zeitschrift)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
RStBl.	Reichssteuerblatt (Zeitschrift)
RULPA	Revised Uniform Limited Partnership Act
RUPA	Revised Uniform Partnership Act
S. Rep.	Senate Report
SA	société anonyme

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SARL	société à responsabilité limitée
SAS	société par actions simplifiée
SMU	Southern Methodist University
SSR	Sous-sections réunies
Stat.	United States Statutes at Large
Stbg	Die Steuerberatung (Zeitschrift)
StB-Handbuch	Steuerberater-Handbuch
StStud	Steuer und Studium (Zeitschrift)
StuB	Steuer- und Bilanzpraxis (Zeitschrift)
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review (Zeitschrift)
T.C.	United States Tax Court Reports
T.C. Sum. Op.	Tax Court Summary Opinions
T.C.M.	Tax Court Memorandum Decisions
Temp. Reg.	Temporary Regulation
Temp. Regs.	Temporary Regulations
Treas. Reg.	Treasury Regulation
Treas. Regs.	Treasury Regulations
Tz.	nichtamtliche Textziffer nach juris
U.S.	United States Supreme Court
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift)
ULLCA	Uniform Limited Liability Company Act
ULPA	Uniform Limited Partnership Act
UPA	Uniform Partnership Act
USD	United States Dollar
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Einleitung

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Frage des Verlustausgleiches im Rahmen der transparenten Besteuerung. Im Zentrum stehen dabei insbesondere die Personengesellschaften. Aber auch Körperschaften, die entweder aufgrund einer Optionsausübung oder aufgrund gesetzlicher Gleichstellung mit einer Personengesellschaft transparent besteuert werden, sind Gegenstand dieser Arbeit. Darüber hinaus werden Unterschiede der Verlustberücksichtigung bei dem Trennungsprinzip unterliegenden Gesellschaften herausgearbeitet sowie ein Vergleich mit anderen Jurisdiktionen hergestellt.

Ziel der Arbeit ist ein Reformvorschlag zu den deutschen Vorschriften des Verlustausgleichs im Rahmen der transparenten Besteuerung. Das Mittel der Wahl und den Schwerpunkt der Arbeit stellt dabei die rechtsvergleichende Methode dar.

Im Rahmen der Betrachtung des deutschen Steuerrechts spielt die Kommanditgesellschaft (KG) eine herausgehobene Rolle. Aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Struktur, die eine Kombination von voll und beschränkt haftenden Gesellschaftern ermöglicht, und nicht zuletzt der Option, die Haftung durch Strukturierung einer Körperschaft als Komplementärin faktisch gänzlich zu beschränken, erfreut sich die KG großer Beliebtheit im Mittelstand und hier insbesondere bei Familienunternehmen.[1] Neben dem gesellschaftsrechtlich determinierten Haftungsregime liegt der Vorteil der Personengesellschaft vor allem auch im Steuerrecht.[2] Dieser Vorteil liegt zuvorderst in der unmittelbaren Zurechnung der Verluste an die Gesellschafter.[3] Daneben ermöglichen Personengesellschaften eine ertragsteuerneutrale Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern[4] oder die Schaffung von

1 *Schmelz*, DStR 2006, 1704, 1704; *Peters*, RNotZ 2002, 425, 425.

2 *Prinz*, FR 2010, 736, 737.

3 *Prinz*, FR 2010, 736, 737; *Schmitt*, FR 2010, 750, 751; etwas anderes gilt seit dem 01.01.2022, sofern die Gesellschaft von ihrer Optionsmöglichkeit nach § 1a KStG Gebrauch macht.

4 § 6 Abs. 5 EStG; *Prinz*, FR 2010, 736, 737; *Schmitt*, FR 2010, 750, 751; etwas anderes gilt seit dem 01.01.2022, sofern die Gesellschaft von ihrer Optionsmöglichkeit nach § 1a KStG Gebrauch macht.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abschreibungspotential mittels Ergänzungsbilanzen.[5] Die Personengesellschaft weist mithin ein hohes Maß an Freiheit und Flexibilität auf.[6]

Während in den meisten Staaten überwiegend die Kapitalgesellschaft als Unternehmensform gewählt wird und Personengesellschaften nur eine untergeordnete Rolle spielen, herrscht in Deutschland eine „Kultur der Personengesellschaften".[7] 2017 wurden über 70 % aller Unternehmen als Einzelunternehmen oder in der Rechtsform einer Personengesellschaft, mithin als Personenunternehmen betrieben.[8] Zwar machen den Großteil hiervon die Einzelunternehmer aus, doch entschieden sich 2017 immerhin knapp über 10 % der Unternehmen für eine Personengesellschaft, was nicht zuletzt an den angesprochenen gesellschaftsrechtlichen sowie steuerrechtlichen Vorteilen liegen dürfte. So werden namhafte deutsche Unternehmen wie etwa Würth[9], Lidl[10] und Ritter Sport[11] als Personengesellschaften in Form einer GmbH & Co. KG betrieben.

Eine genauere Untersuchung der Verlustverrechnung ist besonders interessant, da diese, trotz ihrer steuerlichen Bedeutung, vom Gesetzgeber noch stiefmütterlich behandelt wird. So bezeichnete *Wolfgang Ritter* die Verluste schon 1978 als die „Stiefkinder des Steuerrechts" .[12] Da der Begriff „Verlust" im Gesetz nicht vorkommt, erwecke der Gesetzgeber den Eindruck, dass er Verluste nicht mag und „mit ihrem Namen auch ihre

---

5 *Prinz*, FR 2010, 736, 737; etwas anderes gilt seit dem 01.01.2022, sofern die Gesellschaft von ihrer Optionsmöglichkeit nach § 1a KStG Gebrauch macht.

6 *Prinz*, FR 2010, 736, 737 f.; *Schmitt*, FR 2010, 750, 751; seit dem 01.01.2022 haben Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften nach § 1a KStG zudem die Möglichkeit, für Zwecke der Besteuerung nach dem Einkommen auf Antrag wie eine Kapitalgesellschaft behandelt zu werden.

7 *Raupach*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 151, 152; genereller zur Kultur der Personenunternehmen: BT-Drs. 14/2683, S. 97; *Rädler*, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), FS für Arndt Raupach (2006), 97, 98; *Prinz,* FR 2010, 736, 737; *Lang*, BB 2006, 1769, 1770; *Lang*, in: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 49, 54.

8 *Statistisches Bundesamt*, Unternehmen in Deutschland: Anzahl der rechtlichen Einheiten* nach Rechtsform und Anzahl der Beschäftigten im Jahr 2018, abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/237346/umfrage/unternehmen-in-deutschland-nach-rechtsform-und-anzahl-der-beschaeftigten/ (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

9 Siehe https://www.wuerth.de/web/de/awkg/impressum/impressum.php (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

10 Siehe https://www.lidl.de/de/impressum/s5 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

11 Siehe https://www.ritter-sport.de/de/impressum.html (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

12 *Ritter*, FR 1978, 397, 397.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Existenz verdrängt“[13]. Auch über 40 Jahre später wird der Begriff „Verlust“ im deutschen Steuerrecht nicht definiert. Darüber hinaus ist § 15a EStG, der sich explizit insbesondere mit der Verlustverrechnung von Kommanditisten befasst, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur und Gesetzgebung kontinuierlich präsent.[14] So erfolgte zuletzt 2009 eine Änderung, die teils heftig kritisiert wird.[15] Das Spektrum der Beurteilung des § 15a EStG reicht von: es handele sich „nicht um ein Meisterwerk des deutschen Gesetzgebers“[16] bis hin zu einer schlichten „Mißgeburt“[17]. Die Verlustbehandlung hat erst kürzlich, in Folge der Covid19-Pandemie, wieder an Relevanz gewonnen. Nicht zuletzt deshalb, weil durch eine erhöhte und zeitnahe Verlustverrechnungsmöglichkeit eine stärkere Entlastung insbesondere der Unternehmen erreicht werden kann.

Ein Rechtsvergleich lohnt, da auch im Ausland die Bedeutung der transparenten Besteuerung aufgrund der mit einer transparenten Besteuerung einhergehenden Vorteile – namentlich der unmittelbaren Verlustzurechnung an die Gesellschafter – und nicht zuletzt wegen Optionsrechten und neuen Gesellschaftsformen immer mehr zunimmt.[18] Ein Rechtsvergleich mit Frankreich ist dabei besonders interessant, da Frankreich für die Einordnung unter das Transparenz- oder Trennungsprinzip historisch an die Haftung der Gesellschafter anknüpft. Dieses Qualifizierungskriterium führt bis heute zu einer hybriden Besteuerung einer *société en commandite simple* (vergleichbar der deutschen Kommanditgesellschaft).[19] Während die voll haftenden Gesellschafter, sofern es sich dabei um natürliche Personen handelt, mit ihren Gesellschaftsergebnissen der Einkommensteuer unterliegen, wird das Gesellschaftsergebnis der beschränkt haftenden Gesellschafter dem Körperschaftsteuerregime unterworfen. Demzufolge unterliegen Ausschüttungen an beschränkt haftende Gesellschafter der Dividendenbesteuerung.[20] Infolge der Sonderstellung beschränkt haftender Gesellschafter blieb in Frankreich das Problem der Verlustzuweisungsge-

13 *Ritter*, FR 1978, 397, 397.
14 *Kopplin/Maßbaum/Sureth*, WPg 2010, 1203, 1203.
15 S.u. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.
16 *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1115.
17 *Knobbe-Keuk,* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 487; *Knobbe-Keuk*, NJW 1980, 2557, 2557, 2560.
18 Zur zunehmenden Bedeutung der Personengesellschaften und Nachweisen zu Vor- und Nachteilen der Personengesellschaft: *Spengel/Schaden/Wehrße*, StuW 2010, 44, 44.
19 S.u. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
20 S.u. C.I.3.b.iii(2) Hybride Besteuerung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sellschaften, wie es in den 60er Jahren in Deutschland auftrat, aus. Einer dem § 15a EStG vergleichbaren Vorschrift bedarf es in Frankreich nicht. Unter einem anderen Aspekt ist daneben ein Rechtsvergleich mit den USA lohnend. Die deutsche Regelung zur Verlustverrechnungsbeschränkung bei beschränkter Haftung ist von den US-amerikanischen Vorschriften inspiriert.[21] Nach dem Vorbild der USA bezieht auch der deutsche Gesetzgeber hierfür die zivilrechtliche Haftung mit ein. Wie sich zeigen wird, hat der deutsche Gesetzgeber dies jedoch nicht konsequent umgesetzt und hierdurch – von der Literatur teils für verfassungswidrig gehaltene – Unstimmigkeiten verursacht.[22]

Ein Rechtsvergleich ist möglich, da allen hier in den Blick genommenen Ländern das Instrument der Personengesellschaft bekannt und das Verständnis einer solchen im Wesentlichen gleich ist. Danach ist eine „Personengesellschaft ein Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen auf Grundlage eines Vertrages zur Verfolgung eines gemeinsamen, (hier) wirtschaftlichen Zwecks […], dass die Gewinne unmittelbar oder mittelbar via Ausschüttung zwischen den Gesellschaftern aufgeteilt werden, dass der Fortbestand der Gesellschaft mit dem Fortbestand der Gesellschafter in einer bestimmten Art und Weise verbunden ist, dass lediglich unbeschränkt haftende Gesellschafter zur (gemeinsamen) Geschäftsführung berechtigt sind und dass zumindest ein Gesellschafter unbeschränkt im Außenverhältnis für die Gesellschaft haftet."[23] Eine Kapitalgesellschaft zeichnet sich demgegenüber durch eine von ihren Gesellschaftern getrennte Rechtspersönlichkeit aus, bei der der persönliche Status der Gesellschafter für die Gesellschaft unbedeutend ist.[24] Außerdem haften die Gesellschafter nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, es besteht die Möglichkeit der Fremdorganschaft und ein Gesellschaftsanteil ist leicht, wenn nicht gar frei, auf andere übertragbar.[25]

---

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

22 S.u. zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit: D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel, und D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a, sowie zum Rechtvergleich: D.II.2 Bestimmung des Verlustausgleichsvolumens – technische Anknüpfung.

23 *Spengel/Schaden/Webrße*, StuW 2010, 44, 44; ausführlicher hierzu: *Hermann*, Die Besteuerung von Personengesellschaften in den EU-Mitgliedstaaten und den USA (2006), S. 27 ff.

24 *Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 17, 18.

25 *Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 17, 18.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In einem ersten Teil wird zunächst die Bedeutung der Personengesellschaft sowie des Transparenzprinzips erläutert, bevor sodann auf die verschiedenen Herangehensweisen an die Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung eingegangen wird. Dabei wird auf einen möglichen, aber nicht zwingenden Gleichlauf von zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Behandlung eingegangen. Als mögliche Vorbilder für ein von den deutschen Steuervorschriften abweichendes System werden anschließend sowohl das französische als auch das US-amerikanische Konzept näher erörtert. Dem schließt sich eine rechtsvergleichende Analyse an, die zu klären versucht, ob ein vergleichbares System auch für Deutschland gangbar und erstrebenswert ist.

Im Anschluss erfolgt eine detaillierte Darstellung sowohl der deutschen als auch der US-amerikanischen Regelungen zum Verlustausgleich im Rahmen der transparenten Besteuerung sowie einer vergleichbaren französischen Regelung. Hierauf aufbauend werden einzelne Regelungsinhalte gegenübergestellt und die Möglichkeiten einer etwaigen Reform der deutschen Regelung insbesondere nach dem US-amerikanischen Vorbild erörtert.

Der letzte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen einer potenziellen Neuregelung und den Zielanforderungen, die an sie gestellt werden, und mündet in einen konkreten Formulierungsvorschlag, der im Anschluss abschließend kommentiert wird.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung sowie Systematik der Verlustverrechnung

Verluste aus einer Gesellschaftsbeteiligung stellen die Jurisdiktionen, insbesondere im Zusammenhang mit einer etwaig beschränkten Haftung der Gesellschafter, vor diverse Herausforderungen. Ungeachtet der genauen Ausgestaltung stellen sich stets die gleichen Fragen:

- Sollen die Ergebnisse aus einer Gesellschaftsbeteiligung, und damit auch Verluste, den Gesellschaftern unmittelbar zugerechnet werden?
- Sollen etwaig zugerechnete Verluste von den Gesellschaftern direkt und uneingeschränkt mit anderen Einnahmen ausgleichsfähig sein?
- Sollte diesbezüglich zwischen den einzelnen Gesellschaftern differenziert werden?

Diese Fragen werden teils sehr unterschiedlich beantwortet. Bevor die verschiedenen Ansätze näher beleuchtet werden, soll zunächst auf die Entwicklung der Personengesellschaften, ihre aktuelle Bedeutung sowie die damit eng zusammenhängende transparente Besteuerung eingegangen werden.

I. Entwicklung und Bedeutung der Personengesellschaft respektive der transparenten Besteuerung

Wie einleitend bereits erwähnt, erfreut sich die Kommanditgesellschaft in Deutschland großer Beliebtheit.[26] So kamen im Jahr 2018 auf eine Personengesellschaft lediglich 1,86 Kapitalgesellschaften.[27] Insbesondere

---

26 *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 401; so auch: *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 110, mit dem Hinweis, dass diese sich insbesondere im Mittelstand großer Beliebtheit erfreut.

27 *Statistisches Bundesamt*, Rechtliche Einheiten nach zusammengefassten Rechtsformen 2018, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Unternehmensregister/Tabellen/unternehmen-rechtsformen-wz08.html (zuletzt abgerufen am 02.12.2020); ebenfalls zur Bedeutung der Kommanditgesellschaft in Deutschland: *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 123 f., allerdings belegt mit Zahlen aus den Jahren 2010 und 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in der Form der GmbH & Co. KG ist die Kommanditgesellschaft in Deutschland von wirtschaftlicher Relevanz. Dies verdeutlicht ein Blick in die Umsatzsteuerstatistik. So erbringen Unternehmer in der Rechtsform der GmbH & Co. KG Umsätze in knapp 50 % der Höhe der Umsätze derjenigen Unternehmer in der Rechtsform der GmbH; die Unternehmer in der Rechtsform der GmbH & Co. KG sind damit die zweitumsatzstärksten Unternehmer.[28] Gemeinsam mit der Grundform der Kommanditgesellschaft und der AG & Co. KG erwirtschaftet sie gar ca. 56 % der GmbH-Umsätze.[29]

Konträr gestaltet sich dagegen die Lage in Frankreich. Hier spielen die Personengesellschaften eine untergeordnete Rolle.[30] Nur 3 % der neu gegründeten Unternehmen wählen hier nicht die Form einer *société à responsabilité limitée* (*SARL*) oder einer s*ociété par actions simplifiée* (*SAS*), Tendenz fallend.[31] Die *société en commandite simple* spielt dabei praktisch keine Rolle.[32] Röder konstatiert gar, die *société en commandite simple* sei „quasi inexistent" und erlösche „langsam und in allgemeiner Gleichgültigkeit".[33]

---

28 *Statistisches Bundesamt*, Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen), Steuerpflichtige und deren Lieferungen und Leistungen 2018 nach der Rechtsform, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/voranmeldungen-rechtsformen.html (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

29 *Statistisches Bundesamt*, Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen), Steuerpflichtige und deren Lieferungen und Leistungen 2018 nach der Rechtsform, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/voranmeldungen-rechtsformen.html (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

30 *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 401, allerdings mit Zahlen zum 31.05.1999.

31 Ihr Anteil hat sich die letzten Jahre kontinuierlich reduziert. Während im Jahr 2011 noch 5 % der Unternehmen in einer anderen Form als der *SARL* oder *SAS* gegründet wurden, waren es im Jahr 2012 lediglich 4 % und seit dem Jahr 2017 ging der Anteil gar auf 3 % zurück. Siehe zu den Zahlen 2011-2015: *Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)*, Tableaux de l'économie française - Édition 2017, abrufbar unter: https://www.insee.fr/fr/statistiques/2569432?sommaire=2587886#tableau-T17F151G1 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020) sowie zu den Zahlen der Jahre 2014-2018: *INSEE*, Tableaux de l'économie française - Édition 2020, abrufbar unter: https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277829?sommaire=4318291#tableau-figure2 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020); *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 123, spricht von einem Verhältnis der Kommanditgesellschaft zu den Kapitalgesellschaften von 1:2.000.

32 Nach den Zahlen von *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 401, allerdings mit Zahlen zum 31.05.1999, sind es noch knapp über 1 %; nach *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 121, sind es im Jahr 2011 unter 1 %.

33 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 121.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In den USA bewegt sich die Bedeutung der Personengesellschaften zwischen Deutschland und Frankreich.[34] So wurden 2015 3,9 Millionen *Partnerships* und 6,5 Millionen *Corporations* besteuert.[35] Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass für Steuerzwecke auch die *Limited Liability Company* (*LLC*) unter die *Partnerships* gefasst werden. Diese stellten mit 2,5 Millionen das Gros der *Partnerships* dar.[36] Die *General Partnership* sowie die *Limited Partnership* bleiben deutlich dahinter zurück, wobei die *Limited Partnership* in den letzten Jahren kontinuierlich gegenüber der *General Partnership* aufgeholt hat und das Verhältnis im Jahr 2017 bei ca. 1:1,1 lag.[37]

Gründe für die unterschiedliche Bedeutung der Personengesellschaften und hier insbesondere der „Kommanditgesellschaft"[38] finden sich sowohl im Zivil- als auch im Steuerrecht. Ein Nachteil zivilrechtlicher Natur liegt in der grundsätzlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft.[39] Zwar wird in allen drei Staaten die Möglichkeit eröffnet, eine „Kommanditgesellschaft" mit einer Kapitalgesellschaft als alleinigem Vollhafter zu bilden, doch erfolgt hierdurch lediglich eine haftungsrechtliche Gleich- und keine Besserstellung.[40] Zugleich geht damit eine im Vergleich zur Kapitalgesellschaft aufwendigere Gründung einher.[41] Diese wird in Deutschland und den USA, mit einem steuerlichen Vorteil – namentlich in Form einer unmittelbaren Verlustzurechnung auch an die

34 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 123, der für Deutschland ein Verhältnis der Kommanditgesellschaften zu den Kapitalgesellschaften von ca. 1:4,4, für Frankreich von ca. 1:2.000 und in den USA von ca. 1:20 ermittelt hat.

35 Die Zahlen wurden auf eine Nachkommastelle gerundet. *Internal Revenue Service*, Statistics of Income Tax Stats - Historical Table 21, abrufbar unter: https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-historical-table-21 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

36 Die Zahlen wurden auf eine Nachkommastelle gerundet. *Internal Revenue Service*, Statistics of Income Tax Stats - Partnership Statistics by Entity Type, Tax Years 2015-2016, abrufbar unter: https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-partnership-statistics-by-entity-type (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

37 *Internal Revenue Service*, Statistics of Income Tax Stats - Partnership Statistics by Entity Type, Tax Years 2015-2016 sowie 2016-2017, abrufbar unter: https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-partnership-statistics-by-entity-type (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

38 Die Kommanditgesellschaft steht hier in Anführungszeichen, da es sich hierbei nicht um den rechtlichen Begriff der deutschen Kommanditgesellschaft handelt, sondern sogleich die vergleichbaren Rechtsformen der *société en commandite simple* sowie die *Limited Partnership* miterfasst sein sollen.

39 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 126 f., zum Vorteil der beschränkten Haftung der Kapitalgesellschaften.

40 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 129 f.

41 Zum Nachteil der unbeschränkten Haftung: *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 130.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur beschränkt haftenden Gesellschafter – ausgeglichen.[42] Diese steuerliche Kompensation stellt indes nur insoweit einen Vorteil dar, als er den Kapitalgesellschaften verwehrt bleibt.[43] Dies ist lediglich in Deutschland der Fall. Nur hier hat die Kapitalgesellschaft & Co. KG ein Monopol auf eine unmittelbare Verlustzuweisung bei lediglich beschränkter Haftung.[44] In den USA hingegen wird bestimmten kleinen Kapitalgesellschaften, sogenannten *S-Corporations*, ein Optionsrecht hin zur transparenten Besteuerung mit einer unmittelbaren Verlustzurechnung an die Gesellschafter eingeräumt.[45] Daneben ermöglicht die *Limited Liability Company* auf einfachem Wege eine Kombination aus beschränkter Haftung sämtlicher Gesellschafter und transparenter Besteuerung.[46] Neben vergleichbaren Optionsrechten für Kapitalgesellschaften in der Gründungsphase sowie einem Optionsrecht für die *SARL de famille* treten in Frankreich weitere Aspekte, die zu der geringen Bedeutung der Personengesellschaft generell und der *société en commandite simple* im Speziellen führen. So wird eine *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (*EURL*), deren alleiniger Gesellschafter eine natürliche Person ist, trotz lediglich beschränkter Haftung grundsätzlich transparent besteuert.[47] Der Gewinnanteil des *commanditaire* (beschränkt haftender Gesellschafter) unterliegt hingegen stets der Körperschaftsteuer.[48] Ihm bleibt ein Optionsrecht zur transparenten Besteuerung auch in der Gründungsphase verwehrt.[49] Dagegen wird der Gewinnanteil des *commandité* (Vollhafter) diesem unmittelbar zugerechnet und von ihm besteuert.[50] Dies führt zu einer hybriden Besteuerung der *société*

---

42 Zur fehlenden Kompensation durch einen weitergehenden Vorteil: *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 130; zur Verlustbehandlung bei den beschränkt haftenden Gesellschaftern: s.u. B.II.4 Methoden zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verlustnutzung im Rahmen einer grundsätzlich transparenten Besteuerung.

43 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 135.

44 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 136.

45 S.u. C.I.2.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der (teilweise) transparenten Besteuerung.

46 S.u. C.I.2.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der (teilweise) transparenten Besteuerung.

47 S.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

48 S.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

49 S.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

50 S.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

en commandite simple.[51] Mithin bleiben dem *commanditaire*, konträr zu den USA und Deutschland, sämtliche Steuervorteile einer transparenten Besteuerung verwehrt. Die Differenzierung in der Besteuerung von *commandité* und *commanditaire* lässt sich in Frankreich schon im Jahr 1875 nachweisen.[52] Diese Differenzierung wurde sowohl bei der erstmaligen Einführung der modernen Einkommensteuer 1914/1917 als auch bei Einführung des gegenwärtig noch gültigen Ertragsteuersystems 1948 beibehalten.[53] Neben die zwingende Anwendung des Trennungsprinzips auf den Gewinnanteil des *commanditaire* tritt die sogenannte *défense d'immixtion* als zivilrechtlicher Nachteil. Diese verbietet es dem *commanditaire*, externe Verwaltungshandlungen auch bei Vorliegen einer Vollmacht vorzunehmen.[54] Er ist auf die Stellung eines passiven Investors beschränkt.[55] Angesichts der historisch verankerten und gefestigten Besteuerungsprinzipien in Bezug auf den *commanditaire*, der *défense d'immixtion* und der Konkurrenz durch andere Gesellschaftsformen ist nicht davon auszugehen, dass die Bedeutung der *société en commandite simple* in den kommenden Jahren zunimmt.[56]

Nicht eins-zu-eins gleichzusetzen mit der Bedeutung der Personengesellschaft ist die Bedeutung der transparenten Besteuerung. Während in Deutschland für die Einordnung unter das Transparenz- oder Trennungsprinzip streng an die Rechtsform angeknüpft wird (eine Ausnahme bildet hier der unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG, sowie seit dem 1. Januar 2022 das Optionsrecht für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften nach § 1a KStG), wird in Frankreich historisch bedingt auf die Haftung der Gesellschafter und in den USA auf die Handelbarkeit der Gesellschaftsanteile als Abgrenzungskriterium abgestellt.[57] In beiden Jurisdiktionen gibt es aufgrund diverser Optionsrechte und Sonderregelungen

51 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 131; s.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.
52 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 131.
53 *Paerels*, Le dépassement de la personnalité morale (2008), S. 319; *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 131; zur Einführung des modernen Steuerrechts im Jahr 1948 auch: *Kouraleva-Cazals*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 255, 257; Décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale (J.O. n° 1 v. 01.01.1949).
54 Art. L222-6 *Code de commerce*.
55 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 138.
56 Zur Perspektive der *société en commandite simple*: *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 149.
57 Zu Frankreich: C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip; zu den USA: C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zahlreiche Ausnahmen, die diese Grundsätze verwischen. So verschieben sich die Zahlen in den USA von 3,9 Millionen besteuerten *Partnerships* und 6,5 Millionen *Corporations* bei der Abgrenzung von Transparenz- zu Trennungsprinzip deutlich. Nach einer Schätzung des *Internal Revenue Service* (*IRS*) für das Jahr 2015 wurden 8,6 Millionen Gesellschaften für Steuerzwecke als transparent behandelt, wohingegen nur 1,8 Millionen selbst als Kapitalgesellschaft besteuert wurden.[58] Für die Attraktivität der transparenten Besteuerung wird häufig auf den lediglich einmaligen Anfall von Steuern – allein auf Gesellschafterebene und nicht wie bei der Körperschaftsteuer sowohl auf Gesellschafts- als auch, im Falle einer Gewinnausschüttung, zusätzlich auf Gesellschafterebene[59] – hingewiesen.[60] Dies greift jedoch zu kurz. Ausschlaggebend ist nicht die Häufigkeit eines Steueranfalls, sondern die Gesamtsteuerbelastung, die auf ein und denselben Gewinn entfällt.[61] Diese kann je nach Steuersatz (beziehungsweise in Kombination mit einem Anrechnungsverfahren) variieren.[62] In Folge des *Tax Cuts and Jobs Act 2017*[63] differieren die Körperschaft- und Einkommensteuersätze in den USA nunmehr stärker. Durch das signifikante Absenken des Körperschaftgrenzsteuersatzes von 35 % auf 21 % beträgt die Differenz zwischen den Grenzsteuersätzen gegenwärtig 16 %-Punkte, statt zuvor 4,6 %-Punkte.[64] Die Gesamtsteuerbelastung nähert sich damit an.[65]

---

58 Die Zahl der transparent besteuerten Gesellschaften setzt sich zusammen aus 3,9 Mio. *Partnerships* und 4,7 Mio. *S-Corporations* (Körperschaften, die sich für die transparente Besteuerung entschieden haben). Die Zahlen wurden jeweils auf eine Nachkommastelle gerundet. *Internal Revenue Service*, Statistics of Income Tax Stats - Historical Table 21, abrufbar unter: https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-historical-table-21 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

59 *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 5; *Thiele*, Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 92 f.; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 33; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 6; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 2-3.

60 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 2.

61 *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 6 ff.; *Röder*, Combining Limited Liability and Transparent Taxation (2017), S. 10.

62 *Röder*, Combining Limited Liability and Transparent Taxation (2017), S. 10.

63 *Tax Cuts and Jobs Act*, Pub. L. 115–97, Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2054.

64 21 % (§ 11(b) IRC) zu 37 % (§ 1(j) IRC); zuvor waren es 35 % (§ 11(b) IRC a.F.) zu 39,6 % (§ 1(a)-(d) IRC); *Röder*, Combining Limited Liability and Transparent Taxation (2017), S. 43 f.

65 Gesamtsteuerbelastung bei einer natürlichen Person als Gesellschafter einer *Partnership*: Grenzsteuersatz von 37 % in den Jahren 2018 bis 2025 (§ 1(j) IRC); Gesamtsteuerbelastung bei einer ausschüttenden Körperschaft: 44,8 %, davon

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es bleibt abzuwarten, ob die Attraktivität der transparenten Besteuerung in den USA infolge des Verlusts einer deutlich niedrigeren Gesamtsteuerbelastung in den kommenden Jahren abnimmt. Neben der steuerlichen Gesamtbelastung tragen jedoch weitere Punkte zur Attraktivität der transparenten Besteuerung bei. So findet eine Übertragung zwischen der *Partnership* und ihren Gesellschaftern grundsätzlich steuerneutral statt.[66] Zudem erfolgt eine unmittelbare Zurechnung von Ausgaben und Verlusten an die Gesellschafter.[67]

Die Bedeutung der transparenten Besteuerung nimmt auch in Frankreich gegenüber der Bedeutung der Personengesellschaft zu. Dies liegt neben der grundsätzlich transparent besteuerten *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (eine Form der *SARL*),[68] deren alleiniger Gesellschafter eine natürliche Person ist, an den Optionsrechten der *SARL de famille* sowie der nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften in der Gründungsphase.[69] So haben die Gesellschaften im Jahr 2018 7,6 Mrd. Euro Einkommensteuer und 54,2 Mrd. Körperschaftsteuer gezahlt.[70] Indes op-

---

entfallen 21 % auf die Gesellschaftsebene (§ 11(b) IRC) und 23,8 % auf die Gesellschafterebene (diese setzen sich zusammen aus 20 % auf Kapitalertäge, § 1(h)(1)(D) IRC, und 3,8 % auf Investmenteinnahmen, § 1411 IRC); *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 8.

66 §§ 721, 731 IRC; Ausnahme geregelt in § 721(b) IRC; ferner erfolgt auch eine Übertragung zwischen einer grds. transparent besteuerten *S-Corporation* und ihren Gesellschaftern nicht steuerneutral: § 1368 IRC; §§ 1371(a), 311(b) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 48 f.; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 2 ff., 14, 16, 24 ff.; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 99; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 6, Fn. 16; bei einer Übertragung zwischen einer Kapitalgesellschaft, die dem Trennungsprinzip unterliegt, und ihrem Gesellschafter wird gleich in doppelter Weise (sowohl auf Gesellschafts- als auch auf Gesellschafterebene) ein steuerrelevanter Sachverhalt ausgelöst: § 351 IRC; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 3 f.; zu weiteren Vorteilen, aber auch Nachteilen siehe: *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 10-40.

67 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 5; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 6; zur unmittelbaren Zurechnung an die Gesellschafter einer *Partnership*: § 702(a) IRC; zur unmittelbaren Zurechnung an die Gesellschafter einer *S-Corporation*: § 1366(a)(1) IRC; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 95.

68 Art. L223-1 *Code de commerce*.

69 S.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

70 *INSEE*, Les entreprises en France - Édition 2019, abrufbar unter: https://www.insee.fr/fr/statistiques/4255774?sommaire=4256020 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tieren knapp 60 % der *société en commandite simple* hin zur Körperschaftsteuer.[71] Dies ist dem Ziel einer einheitlichen Besteuerung der *société* geschuldet. Im Vergleich dazu optieren nicht einmal 10 % der *société en nom collectif* (vergleichbar der deutschen Offenen Handelsgesellschaft) zur Körperschaftsteuer.[72]

II. Die Systematik der Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung

Die transparente Besteuerung zeichnet sich jurisdiktionenübergreifend durch eine unmittelbare Zurechnung von durch eine Gesellschaft erwirtschafteten Ergebnissen zu ihren Gesellschaftern aus. Diese versteuern das ihnen zugerechnete Gesellschaftsergebnis im Rahmen ihrer persönlichen Steuererklärung, wohingegen die Gesellschaft kein eigenständiges Steuersubjekt darstellt. Auch Verluste, die die Gesellschaft erwirtschaftet, werden grundsätzlich unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet und wirken sich bei diesen mindernd auf ihre persönliche Steuerlast aus.[73] Irrelevant ist dabei die genaue Ausgestaltung der transparenten Besteuerung, wie etwa die Frage einer dominierenden Einheits- oder Vielheitsbetrachtung, d.h. ob die Einheit der Gesellschaft oder die Vielheit der Gesellschafter im Mittelpunkt der steuerlichen Betrachtung steht.[74]

Konträr zum Transparenzprinzip steht das Trennungsprinzip. In diesem Fall wird die Gesellschaft als eigenständiges Steuerrechtssubjekt anerkannt. Als solches versteuert und verrechnet die Gesellschaft ihre eigenen Gewinne respektive Verluste. Eine Besteuerung auf Gesellschafterebene findet nur im Falle einer Ausschüttung an diese oder bei Verkauf des Gesellschaftsanteils statt. In letzterem Fall wirken sich die Verluste der Gesellschaft mittelbar bei dem Gesellschafter, in Form eines geminderten Verkaufspreises, aus. Eventualiter können sich Gesellschaftsverluste bereits vorab durch eine Teilwertabschreibung der Buchwerte der Anteile oder Vergleichbares auf Gesellschafterebene auswirken.[75]

---

71 *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 402.
72 *Hellio/Rädler Jr.*, IStR 2000, 401, 402.
73 *Spengel/Schaden/Wehrße*, StuW 2010, 44, 48, 53.
74 Siehe für Deutschland etwa: *Kempermann*, GmbHR 2002, 200 ff.; *Rätke*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 90 ff., 94 f.
75 Siehe etwa zur Möglichkeit einer Rückstellungsbildung in Frankreich: C.I.3.c „Verlustverrechnung" – Begriffsbestimmung und Wirkung im System der transparenten Besteuerung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Umgang mit Personengesellschaftsverlusten

In der Behandlung der Personengesellschaftsverluste unterscheiden sich die Länder teils stark. Das Spektrum reicht von einem kompletten Abzugsverbot auf Gesellschafterebene (per se bei Anwendung des Trennungsprinzips),[76] über eine grundsätzliche Zurechnung an die Gesellschafter unter Beschränkung der konkreten Verlustverrechnung.[77] Denkbar ist zudem eine unmittelbare Verlustzurechnung an die Gesellschafter ohne spezifische Verlustverrechnungsbeschränkung. Diesen Ansatz verfolgen Deutschland sowie Frankreich grundsätzlich für die unbeschränkt haftenden Gesellschafter.[78]

2. Die Rolle der persönlichen Haftung im Zusammenhang mit Personengesellschaftsverlusten

Die persönliche Haftung führt im Zusammenhang mit Personengesellschaftsverlusten auf zwei unterschiedlichen Ebenen zu Streit. So wird unter Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten diskutiert, ob die persönliche Haftung der Gesellschafter als Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der transparenten Besteuerung herangezogen werden kann beziehungsweise, ob aus ihr eine zwingende Zurechnung von Gesellschaftsverlusten an

---

76 *Spengel/Schaden/Wehrße*, StuW 2010, 44, 53; *Easson/Thuronyi*, in: Thuronyi (Hrsg.), Tax Law Design and Drafting (1998), 925, 937; zum fehlenden Verlustausgleich im Rahmen des Trennungsprinzips auch: *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 650, mit dem Hinweis, dass dies unabhängig der Gesellschafterhaftung gilt; in den USA und Frankreich nach entsprechender Optionsausübung oder in Frankreich per se in Bezug auf den Anteil als *commanditaire*; zu den USA: C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip; zu Frankreich: C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

77 Eine betragsmäßige Beschränkung gibt es etwa generell in den USA sowie in Deutschland für beschränkt haftende Gesellschafter; zu Deutschland: D.I.1 Bundesrepublik Deutschland: Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15a EStG; zu den USA: D.I.2.a § 704(d) IRC – *limitation to the partner's outside basis*, sowie D.I.2.c § 465 IRC – *at risk rule*.

78 Es gilt jedoch, die allgemeinen Verlustverrechnungsregeln zu beachten sowie in Deutschland insbesondere § 15b EStG und in Frankreich Art. 156-I, 1° bis CGI, siehe hierzu Deutschland: C.I.1.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkungen, sowie zu Frankreich: C.I.3.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Gesellschafter folgt.[79] Nachgelagert stellt sich die Frage, ob allein die persönliche Haftung schon zu einer Minderung der Leistungsfähigkeit und damit zu einer unmittelbaren Berücksichtigung der Verluste im Sinne einer Verlustverrechnung mit anderen Einnahmen führt oder ob erst die tatsächliche Verlusttragung durch den Gesellschafter ausschlaggebend sein sollte.[80] Die erste Frage soll in dieser Arbeit vertieft im Rahmen eines Systemvergleichs erörtert werden.[81] Die Beantwortung der zweiten Frage hingegen stellt die Weichen für einen beschränkten oder einen unbeschränkten Verlustausgleich auf Gesellschafterebene und wird in dieser Arbeit im Rahmen des Detailvergleichs näher beleuchtet.[82]

3. Problematik der unmittelbaren Verlustzurechnung und Verlustverrechnung bei lediglich beschränkter Haftung

Misst man der persönlichen Haftung eine akute Minderung der Leistungsfähigkeit bei,[83] stellt die unmittelbare Zurechnung von Gesellschaftsverlusten an die Gesellschafter nicht per se ein Problem dar. Soweit die Gesellschafter persönlich für die Gesellschaftsverluste haften, sie diese damit wirtschaftlich tragen, ist es gerechtfertigt, ihnen auch steuerlich die Verluste zuzurechnen. Komplexer ist es, wenn ein Gesellschafter nicht (in voller Höhe) für die Gesellschaftsverluste einzustehen hat, sei es aufgrund einer beschränkten Haftung des einzelnen Gesellschafters, sei es, weil

---

79 Gegen die persönliche Haftung als Abgrenzungskriterium zwischen Transparenz- und Trennungsprinzip: *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727; *Schulze-Osterloh*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 178; die persönliche Haftung als unzulängliches Abgrenzungskriterium für die transparente Besteuerung ansehend, allerdings für das anschließende Folgeproblem des Verlustausgleichs heranziehend: *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 146 f.; für die Berücksichtigung der Außenhaftung als bereits akute Minderung der Leistungsfähigkeit: *Hüttemann*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 179.

80 Gegen die Berücksichtigung eines bloß abstrakten Haftungsrisikos: *Hennrichs*, FR 2010, 721, 727; *Schulze-Osterloh*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 178; für die Berücksichtigung der Außenhaftung als bereits akute Minderung der Leistungsfähigkeit: *Hüttemann*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 179.

81 S.u. C.II.1 Deutschland: rechtsformabhängiger Dualismus.

82 S.u. D.II.2 Bestimmung des Verlustausgleichsvolumens – technische Anknüpfung.

83 So *Hüttemann*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), S. 179.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Gesellschaft als solche eine Abschirmwirkung gegenüber ihren Gesellschaftern entfaltet. Letzteres ist etwa in den USA bei der *Limited Liability Company*, den *S-Corporations* sowie in Frankreich bei der *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, sowie den Kapitalgesellschaften, die von ihrem Optionsrecht Gebrauch gemacht haben, der Fall.[84] Hier kann eine unmittelbare Verlustzurechnung und hieran anschließend ein unbeschränkter Verlustausgleich dazu führen, dass der beschränkt haftende Gesellschafter mittels der Gesellschaftsverluste seine persönliche Steuerlast über Jahre hinweg in einem Umfang reduziert, der seine ursprüngliche Investition übersteigt. Diese Möglichkeit wurde sowohl in Deutschland als auch in den USA in den 60er Jahren im Wege sogenannter Verlustzuweisungsgesellschaften in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft, respektive *Limited Partnership*, genutzt.[85] Um eine solche, mitunter teils missbräuchliche, Verlustnutzung zu verhindern, haben sich in den beiden Jurisdiktionen vergleichbare Methoden entwickelt.[86] Aufgrund eines abweichenden Besteuerungssystems für die *société en commandite simple* scheiden derartige Gestaltungen mit Verlustzuweisungsgesellschaften in Frankreich aus.[87]

4. Methoden zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verlustnutzung im Rahmen einer grundsätzlich transparenten Besteuerung

Weltweit finden sich mannigfaltige Wege zum Umgang mit der unmittelbaren Verlustnutzung bei lediglich beschränkter Haftung. Vergleichbar

---

84 Siehe zur transparenten Besteuerung von Gesellschaften, denen eine Abschirmwirkung zukommt: in den USA: C.I.2.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip, sowie in Frankreich: C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

85 Siehe zu Deutschland: D.I.1.a Hintergrund, und den USA: D.I.2.c.i Hintergrund.

86 Zu Deutschland: D.I.1 Bundesrepublik Deutschland: Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15a EStG; zu den USA: D.I.2.c § 465 IRC – *at risk rule*.

87 Zur Besteuerung der *société en commandite simple* siehe unten: C.I.3.b.iii(2) Hybride Besteuerung. Auch die Ausgestaltung des Optionsrechts erfordert keine Missbrauchsvorschrift für Verlustzuweisungsmodelle: Das Optionsrecht der Kapitalgesellschaften ist auf maximal fünf Jahre begrenzt. Die Optionsmöglichkeit einer *SARL de famille* ist an die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit geknüpft, wodurch sichergestellt werden soll, dass sie als Lebensgrundlage der Familie auf Gewinne angewiesen ist. Siehe hierzu ausführlich unten: C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum generellen Umgang mit Personengesellschaftsverlusten[88] reicht auch hier das Spektrum von einem unbeschränkten Verlustausgleich über eine Verlustverrechnungsbeschränkung bis hin zum kompletten Abzugsverbot. Im Folgenden soll auf die unterschiedlichen Ansätze näher eingegangen werden.

a. Uneingeschränkte Verlustnutzung

Keine Methode zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verlustnutzung, sondern die Akzeptanz einer Verlustnutzung auch bei lediglich beschränkter Haftung stellt die Gewährung einer uneingeschränkten Verlustverrechnung durch den Gesellschafter trotz einer nur beschränkten Haftung dar. Dieser Ansatz bildet international die absolute Ausnahme. In Österreich war dies von 1988 bis 2016 der Fall, nachdem der dortige Verfassungsgerichtshof die ursprüngliche Regelung zur Verlustverrechnungsbeschränkung in § 23a ÖEStG (eine Parallelvorschrift zur deutschen Regelung des § 15a EStG) für verfassungswidrig erklärte.[89] Allerdings musste der Kommanditist bei Ausscheiden einen Ertrag in Höhe des entfallenden negativen Kapitalkontos versteuern, soweit er diesbezüglich keiner Nachschusspflicht unterlag.[90] Letztlich wurden auf diese Weise, periodenübergreifend, Verluste nur in Höhe der Einlage steuerlich berücksichtigt.[91]

Soweit ersichtlich verfolgen aktuell allein die Schweiz und Luxemburg den Weg der unmittelbaren Verlustzurechnung bei unbeschränkter Ver-

88 S.o. B.II.1 Umgang mit Personengesellschaftsverlusten.

89 ÖVerfGH, Urteil v. 11.12.1985 – G 139/85 u.a. (Abschnitt IV.), abrufbar unter: https://rdb.manz.at/document/ris.vfght.JFT_10148789_85G00139_00?execution=e2s1 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020); der Verfassungsgerichtshof sah in § 23a ÖEStG einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Als ausschlaggebend wurde beachtet, dass die „wirtschaftliche Belastung [des Kommanditisten] nicht davon abhängt, ob der Nachteil im Außen- oder im Innenverhältnis auftritt." Das Kapitalkonto bringe nicht „die wirtschaftlichen Verhältnisse adäquat zum Ausdruck".

90 *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 655.

91 *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 655; dies genügte dem Österreichischen Verfassungsgerichtshof jedoch nicht für eine andere Beurteilung der Frage. Er urteilte in ÖVerfGH, Urteil v. 11.12.1985 – G 139/85 u.a. (Abschnitt IV.), abrufbar unter: https://rdb.manz.at/document/ris.vfght.JFT_10148789_85G00139_00?execution=e2s1 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020), dass der Verlust eines Kommanditisten sich „gerade nicht in jenem Zeitpunkt [auswirke], in dem für ihn tatsächlich eine Beeinträchtigung der Vermögenslage verbunden ist".

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lustausgleichsmöglichkeit.[92] In der Schweiz sind allerdings die allgemeinen Verlustverrechnungsregeln zu beachten.[93]

b. Beschränkte Verlustnutzung bei Beibehaltung der transparenten Besteuerung

Für den Weg, die transparente Besteuerung beizubehalten, die Möglichkeit der Verlustnutzung jedoch zu beschränken, hat sich wohl die Mehrheit der Staaten entschieden.[94] Die Beschränkungen lassen sich im Wesentlichen in drei Kategorien einteilen, wobei die genaue Ausgestaltung variiert.[95] Die erste Kategorie stellt auf die Kosten des Gesellschafters („*membership cost basis*") ab.[96] Dabei erfolgt eine Anknüpfung an die Investition des Gesellschafters in die Gesellschaft, wobei es bei der Ermittlung teils gravierende Unterschiede gibt. Hier stellt sich insbesondere die Frage nach der Behandlung von Gesellschafter- sowie Drittdarlehen, Gesellschafterbürgschaften oder sogenannten *nonrecourse* Verbindlichkeiten.[97] Die zweite Kategorie knüpft an das Risiko des Gesellschafters („*risk rules*") an.[98] Dieses fließt teilweise schon in die Ermittlung der *cost basis* mit ein,[99] teilweise sehen die Jurisdiktionen hierfür eine separate Norm vor.[100] Die dritte Kategorie bezieht sich auf die Teilhabe („*passivity*") des

92 *Scholtus*, Luxembourg – Individual Taxation [Stand 09/2020] Sec. 1.4.3., 1.9.1., Country Tax Guides IBFD; *Fort*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Luxemburg [Stand 06/2019] Rn. 28, 50, 61; *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 652, 655.

93 Für natürliche Personen geregelt in Art. 31 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) und für juristische Personen in Art. 67 DBG; *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 655.

94 Etwa: USA, Deutschland, Niederlande, Österreich, Großbritannien, Irland, Dänemark; *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649, 652 ff.

95 *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 136 ff.

96 *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 136.

97 *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 137; *nonrecourse* Verbindlichkeiten sind in den USA Verbindlichkeiten der *Partnership* insoweit, als kein *Partner* oder eine verwandte Person hierfür das wirtschaftliche Risiko trägt, Treas. Reg. § 1.752-1(a)(2).

98 *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 147.

99 Z.B. Vereinigtes Königreich, Neuseeland; *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 148.

100 Z.B. die USA (D.I.2.c § 465 IRC – *at risk rule*); *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 147.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesellschafters.[101] Sie führt zu einer „Zweiklassengesellschaft"[102] zwischen aktiven Gesellschaftern und den im Wesentlichen passiven Investoren.[103] Soweit teilweise eine vierte Kategorie herangezogen wird, die auf die Möglichkeit, Gesellschaftsverluste disquotal zuzuteilen („*streaming*"), abstellt,[104] stellt diese meines Erachtens keine Verlustverrechnungsbeschränkung dar. Diese erfasst vielmehr die vorgelagerte Frage, in welchem Umfang Verluste dem einzelnen Gesellschafter zugerechnet werden können, und soll hier ausgespart werden.[105]

Während die USA für jede Kategorie eine separate Regelung vorsehen (§ 704(d) IRC/§ 1366(d) IRC, § 465 IRC, § 469 IRC) und bei deren Anwendungsbereich nicht bei den beschränkt haftenden Gesellschaftern Halt machen,[106] enthält das deutsche Steuerrecht lediglich eine Regelung (§ 15a EStG), die die ersten beiden Kategorien in sich vereint (§ 15a Abs. 1 Satz 1 EStG (*cost basis*) und § 15a Abs. 1 Satz 2, 3 EStG (*risk rule*)). Im Gegensatz zu den US-amerikanischen Normen ist die deutsche Norm in ihrem Anwendungsbereich auf Kommanditisten und diesen vergleichbare Unternehmer beschränkt.[107] Im weiteren Verlauf der Arbeit sollen sowohl die deutsche Verlustverrechnungsbeschränkungsnorm als auch die US-amerikanischen Beschränkungsnormen insbesondere mit Blick auf die genaue

---

101 *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 136; z.B. USA (D.I.2.d § 469 IRC – *passive activity rule*) und Frankreich (D.I.3.b Art. 156-I, 1° bis CGI); diese finden unabhängig der Gesellschafterhaftung Geltung.

102 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 158.

103 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 158; sowohl in den USA (D.I.2.d § 469 IRC – *passive activity rule*), Frankreich (D.I.3.b Art. 156-I, 1° bis CGI) als auch im Vereinigten Königreich, *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 152.

104 *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 136.

105 Vergleiche hierzu ausführlich: *Abel*, Der steuerliche Gewinnanteil des Personengesellschafters [im Erscheinen].

106 Der persönliche Anwendungsbereich der US-amerikanischen Regelungen reicht von allen Gesellschaftern einer *Partnership* bzw. *S-Corporation* (§ 704(d) IRC bzw. § 1366(d) IRC) hin zu sämtlichen natürlichen Personen einschließlich bestimmter *C-Corporations* (§§ 465 und 469 IRC).

107 Eine Ausnahme hierzu enthält § 15a Abs. 5 Nr. 4 EStG, der alle Unternehmer miteinbezieht, soweit sie sog. *nonrecourse* Verbindlichkeiten, d.h. haftungslose Schulden, eingegangen sind; siehe zu weiteren Unterschieden: D.II Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte in Deutschland, den USA und Frankreich.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausgestaltung der *cost basis* untersucht werden.[108] Frankreich hebt sich insoweit ab, als hier allein eine Regelung der dritten Kategorie, ergo mit Bezug auf die Teilhabe der Gesellschafter, kodifiziert ist.[109]

c. Übergang zum Trennungsprinzip

Als Gegenpol zum unbeschränkten Verlustausgleich stellt der Übergang zum Trennungsprinzip ein generelles Verlustausgleichsverbot für die Gesellschafter dar. Der Übergang kann unterschiedlich weit ausgestaltet sein. Zunächst kann ausschließlich für Verluste ein Übergang zum Trennungsprinzip vorgesehen sein, wohingegen Gewinne weiterhin transparent zugerechnet werden (Finnisches Modell).[110] Die Ergebnisse aus dem Gesellschaftsanteil können aber auch gänzlich dem Trennungsprinzip unterliegen. Einen solchen Systemwechsel vollzieht Frankreich insbesondere für den beschränkt haftenden Gesellschafter einer *société en commandite simple*.[111] Sein Gesellschaftsergebnis unterliegt auf Ebene der Gesellschaft der Körperschaftsteuer.[112] Frankreich knüpft für die Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip stark an die persönliche Gesellschafterhaftung an.[113] Obwohl Personenhandelsgesellschaften nach dem französischen Zivilrecht als *personne morale* eingestuft werden, werden sie für Steuerzwecke als semi-transparent behandelt, soweit die Gesellschafter persönlich und unbeschränkt haften.[114] Es kommt mithin zu einer

---

108 S.u. zu Deutschland: D.I.1 Bundesrepublik Deutschland: Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15a EStG; zu den USA: D.I.2.a § 704(d) IRC – *limitation to the partner's outside basis*, sowie: D.I.2.b § 1366(d) IRC – *limitation to shareholder's basis in stock and debt*, und: D.I.2.c § 465 IRC – *at risk rule*.

109 Art. 156-I, 1° bis CGI.

110 § 16 Tuloverolaki (TVL) sieht vor, dass nur die Geschäftserträge unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet werden. Die Verluste können dagegen nur mit einem positiven Ergebnis auf Ebene der Gesellschaft ausgeglichen werden; *Spengel/Schaden/Wehrße*, StuW 2010, 44, 53.

111 Siehe hierzu: C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

112 S.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

113 Siehe hierzu: C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip; neben Frankreich stellen auch die Niederlande auf die beschränkte Haftung ab und kennen damit auch eine hybride Besteuerung: *Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois/Vega Borrego*, in: Gutmann (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects (2015), 17, 27.

114 S.u. C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hybriden Besteuerung, sofern sowohl voll haftende als auch beschränkt haftende Gesellschafter an einer Gesellschaft beteiligt sind (Französisches Modell).[115] Dieses Prinzip kommt in Deutschland bei der transparenten Besteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters einer ansonsten der Körperschaftsteuer unterliegenden Kommanditgesellschaft auf Aktien zur Anwendung.[116]

115 Ebenso in der Slowakei und in Tschechien; *Hennrichs*, FR 2010, 721, 728; in Frankreich kann die hybride Besteuerung mittels Option der Gesellschaft hin zur Körperschaftsteuer vermieden werden. Ein spiegelbildliches Optionsrecht steht den beschränkt haftenden Gesellschaftern nicht zu; siehe zu den Optionsrechten: C.I.3.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der semi-transparenten sowie hybriden Besteuerung.

116 § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG; *Hennrichs*, FR 2010, 721, 725; *Bippus*, DStR 1998, 749, 750.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 besteuerter 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 „Familiensplitting"[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 „Familiensplitting" 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 „Familiensplittings" 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

25.06.2021[140] 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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Gewerbesteuer[153], Umsatzsteuer[154], Erbschaftsteuer[155] sowie die Grunderwerbsteuer[156] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Körperschaftsbesteuerung 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 Einbringungsgewinnbesteuerung.[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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Einkünftetatbestand 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Anteilserwerbs 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 Einkünfteerzielungsabsicht 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*, Verlustausgleichsverbote 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teln oder durch einen tatsächlichen Wertverzehr“[218] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*, GmbHR 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*, GmbHR 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verlustverrechnung[251] 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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 315 ff.

254 BFH, Urteil v. 28.07.1961 – VI 25/61 U, BStBl. III 1961, 436 (Tz. 7); *Thiemann*, 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; *Werz*, 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 *Thiemann*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 nichtselbständiger 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Lenkungsfunktion 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 Lenkungsfunktion 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verlustverrechnungs*beschränkung,* sondern vielmehr als ein Verlustverrechnungs*verbot* 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; *Niehus/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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 endeten[329] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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);

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Kapitalgesellschaft[343] – 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 KöMoG[352] 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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Grundsatzurteil 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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Credos „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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Haftung[367] 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*, GmbHR 2008, 393, 398; *Hey*, in: Ebling (Hrsg.), Be-

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Beschränkungsnormen[379] – 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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; *Kesselmeyer*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Gesellschaftsform[406] 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,

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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*,

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 bemächtigt; 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; *Kesselmeyer*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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),

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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; *Kesselmeyer*, 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; *Kesselmeyer*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Besteuerung[486] 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; *Kahle,* 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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Gesellschafter[503] 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; *Kesselmeyer*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verlustabzug[511] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Intraperiodische 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) Interperiodische 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 *Garcia 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 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; *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 286 f.; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verluste von natürlichen Personen[565] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

derten 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 *Kahle*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 79.
583 *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 23; zur Kompetenz der Einzelstaaten in Bezug auf das Handelsrecht auch: *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 118.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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: *Kesselmeyer*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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; *Kahle,* 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-transparent[644] 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 Mardière*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ergebnisermittlung 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.,

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 *EIRL* handelt es sich bei der *EURL* 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 886.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaftlicher oder freiberuflicher Natur ist, sie weniger als 50 Mitarbeiter[707] und einen Jahresumsatz[708] oder Bilanzwert[709] 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 directoire“*; 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 2008[720] 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)

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, 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 Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 885; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 910.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, 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 Mardière*, 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 Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 885.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, 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-20-20-20-20-20140325, Tz. 90; BOI-BIC-CHAMP-70-20-40-20-20140325, Tz. 100; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 36950, 38770.

742 BOI-IS-CHAMP-20-20-20-20-20140325, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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) Semitransparente Besteuerung.

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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.*, IStR 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 Körperschaftssteuer 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(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 Mardière*, 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 Mardière*, Droit fiscal de l'entreprise (2018), Tz. 872, 877; *Cozian/Deboissy/Chadefaux*, Précis de fiscalité des entreprises (2020), Tz. 960.
767 *La Mardière*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, 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 Mardière*, 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 Mardière*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, 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 Mardière*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesellschaft, zu einem gewerblichen Kapitalgewinn, jedoch unter Steueraufschub.[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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

-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 besteuerter 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mardière*, 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/Fermine*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 134; der

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-10-20-20-20120912, 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: Mennel/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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Boden[841] sowie aus beweglichem Kapital[842] 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: Mennel/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, 3 CGI.
851 Art. 39 quindecies-I, 2 CGI; *Tangermann*, in: Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2019/2020, 17. Auflage 2019, H. Steuerrecht europäischer Staaten und anderer

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verhältnisgrenzen.[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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verlustvor- oder, 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/Wehrße*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand10/2019] Rn. 69; zur beschränkten Verrechenbarkeit eines langfristigen Veräußerungsverlustes: Art. 39 quindecies-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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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) Semitransparente 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 quindecies-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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Trennungsrespektive 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.; *Drüen*, 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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 zwingenden[939] – 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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Fremdorganschaft 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/Bäuml*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Partnerschaftsgesellschaft[985] – 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*, StuW 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Praktikabilitätserwägungen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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: Ebling (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (2001), 155, 216; *Sieker*, in: Seeger (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (2002), 145, 171.

992 *Fechner/Bäuml*, 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/Bäuml*, 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/Bäuml*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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,* GmbHR 2008, 393, 394; *Schön*, Stbg 2000, 1, 5.

1002 *Prinz,* FR 2010, 736, 743.

1003 *Prinz,* FR 2010, 736, 744.

1004 *Lang*, GmbHR 2000, 453, 456, wirft die Frage auf, „ob das Steuerrecht legitimiert sein kann, die in Deutschland herrschende mittelständische Kultur der Personenunternehmen auszurotten".

1005 *Fechner/Bäuml*, FR 2010, 744, 744.

1006 *Fechner/Bäuml*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 2021[1011] 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).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Unternehmensbesteuerung[1014] 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 Personengesellschafters 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitalgesellschafter 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 entfiele 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Unternehmenssteuerdualismus 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 vor[1056] – 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 Einkunftsarten[1059] 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 Unternehmensteuer: *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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/Bäuml*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sennotierter Aktiengesellschaften rechtfertigt sich zum einen mit der fehlenden Praktikabilität und Durchführbarkeit einer transparenten Besteuerung aufgrund der Fluktuationen in deren Anteilseignerstruktur aufgrund der erhöhten Marktgängigkeit der am Kapitalmarkt geführten Anteile. Zum anderen ermöglicht der Zugang zum regulierten Kapitalmarkt eine vergleichsweise einfache Finanzierungsmöglichkeit, beispielsweise durch die Ausgabe neuer Aktien.

2. Um einen mitunter umfangreichen Fremdvergleich bei ausländischen Gesellschaften in weiten Teilen entbehrlich zu machen, sollte diesen ebenfalls ein Optionsrecht zugestanden werden; erneut wären börsennotierte Gesellschaften, die zwingend der Körperschaftsteuer zuzuordnen wären, ausgenommen. Dies bietet ausländischen Gesellschaften den Vorteil, eine hybride Behandlung in unterschiedlichen Ländern vermeiden zu können. Es sollte jedoch im Auge behalten werden, ob eine gezielte hybride Behandlung eine Missbrauchsgefahr in sich birgt. Ein Fremdvergleich wäre nur noch bei nichtbörsennotierten Gesellschaften, die von ihrem Optionsrecht keinen Gebrauch machen, durchzuführen, was eine erhebliche Verwaltungsvereinfachung mit sich bringt. Das in § 1a KStG neu eingeführte Optionsrecht verpasst ob seiner Begrenzung auf Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften hier leider eine Vereinfachungsmöglichkeit. Zwar steht das Optionsrecht auch ausländischen Gesellschaften zu, doch muss hier eine Vergleichbarkeit zu den in § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG genannten Gesellschaftsformen vorliegen.[1063] Zudem sollte das Optionsrecht auch Gesellschaften mit ausländischen Gesellschaftern offenstehen. Allerdings ist in jedem Fall der damit einhergehenden Gefahr ungewollter Gestaltungen zu begegnen. Für den Fall, dass durch die Ausübung der Transparenzoption ein deutsches Besteuerungsrecht von vorhandenen stillen Reserven (auf Ebene der inländischen, sodann transparent besteuerten GmbH) beschränkt oder ausgeschlossen wird, sollte deren Besteuerung, parallel zu den vergleichbaren Fällen des Wegzugs, sichergestellt werden.
3. Das Optionsrecht sollte Einkunftsarten übergreifend – wie dies auch in § 1a Abs. 1 Satz 1 KStG für die Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften der Fall ist[1064] – gewährt und entgegen § 4a Abs. 1 Satz 1

1063 BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 3).

1064 So ausdrücklich auch BMF, Schreiben v. 10.11.2021 – IV C 2-S 2707/21/10001:004, BStBl. I 2021, 2212 (Tz. 2).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Frankreich[1075] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Detailvergleich: USA – Renaissance eines einstigen Vorbilds?

Nachdem in dem vorangegangenen Kapitel bereits ein Systemvergleich zur Verrechnung gemeinschaftlich erwirtschafteter Verluste erfolgte, soll dieses Kapitel dem Detailvergleich zwischen der deutschen Regelung zur Verlustverrechnungsbeschränkung im Rahmen der transparenten Besteuerung sowie den entsprechenden US-amerikanischen Regelungen und der französischen Regelung gewidmet werden.

I. Länderberichte zu Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen einer transparenten Besteuerung

Nachfolgend wird auf die speziellen Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung ausführlich eingegangen. Diese Ausführungen erfolgen jeweils in einem Länderbericht zur Bundesrepublik Deutschland, den USA sowie Frankreich.

1. Bundesrepublik Deutschland: Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15a EStG

Mit § 15a EStG wurde im Jahr 1980 eine Norm eingeführt, die sich explizit mit der Verlustverrechnung von Kommanditisten und anderen vergleichbar haftenden Unternehmern auseinandersetzt. In den 40 Jahren seit ihrer Einführung sah sich die Vorschrift teils heftiger Kritik ausgesetzt. So wurde sie in der Literatur bereits als „Mißgeburt“[1081] sowie „abschreckendes Beispiel für den Gesetzgebungsstil“[1082] charakterisiert.[1083] Auch noch Jahre nach ihrer Einführung wurde ihre Abschaffung gefordert.[1084] Bis heute

1081 *Knobbe-Keuk*, NJW 1980, 2557, 2557, 2560.
1082 *Stuhrmann*, DStR 1997, 1716, 1716, unter Verweis auf *Knobbe-Keuk*, StuW 1981, 97.
1083 So auch *Knobbe-Keuk*, StuW 1981, 97, 103 f.
1084 *Deutscher Steuerverband*, Stbg 1987, 9 f.; *Deutscher Steuerverband*, Stbg 1987, 271 ff.; *Bundessteuerberaterkammer*, DStR 1987, 568; Antwort des BMF

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind die Stimmen, die Teile der Norm als verfassungswidrig einstufen, nicht verstummt.[1085] Eine genauere Betrachtung und Auseinandersetzung mit der Norm, in der Methode eines Rechtsvergleiches mit dem Ziel einer Reformierung des, bestenfalls nicht konsequent umgesetzten, § 15a EStG, erscheint daher sinnvoll.

Im Folgenden soll kurz auf die Hintergründe der Vorschrift des § 15a EStG eingegangen werden, bevor anschließend vertieft die Regelungen der Vorschrift dargestellt werden. Im Anschluss an die Länderberichte schließt sich eine vertiefte Diskussion ausgewählter Problemschwerpunkte im Rahmen der rechtsvergleichenden Analyse an.

a. Hintergrund

§ 15a EStG wurde mittels des StÄndG vom 20. August 1980[1086] eingeführt. Bis dato wurden beschränkt haftende Gesellschafter – im Anschluss an ein BFH-Urteil vom 13.03.1964[1087] – auch bezüglich des Verlustausgleichs gleich den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern behandelt.[1088] Das heißt auch den beschränkt haftenden Gesellschaftern stand ein unbeschränkter Verlustausgleich und -abzug zu. In dem zugrundeliegenden Urteil wurde das negative Kapitalkonto des Kommanditisten auch für steuerliche Zwecke anerkannt.[1089] Der BFH hat sich damit dem Zivilrecht angeschlossen.[1090] Diese Praxis stieß in der Folgezeit auf steuerrechtliche

---

v. 05.08.1987 in *BMF*, DStR 1988, 41, 41 f., in der sich das BMF gegen die Streichung des § 15a EStG ausspricht; *Stuhrmann*, DStR 1997, 1716, 1716.

1085 Etwa *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 26 ff.; *Sahrmann*, DStR 2012, 1109 ff.

1086 Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 20. August 1980, BGBl. I 1980, 1545, 1546.

1087 BFH, Urteil v. 13.03.1964 – VI 343/61 S, BStBl. III 1964, 359 (Tz. 9 ff.).

1088 *Bippus*, DStR 1998, 749, 752; *Mönikes*, Die Verlustverrechnungsbeschränkungen des Einkommensteuergesetzes im Lichte der Verfassung (2006), S. 171; BT-Drs. 8/4157, S. 1.

1089 BFH, Urteil v. 13.03.1964 – VI 343/61 S, BStBl. III 1964, 359 (Tz. 9 ff.); diese Rechtsprechung wurde auch vom Großen Senat bestätigt: BFH, Beschluss v. 10.11.1980 – GrS 1/79, BStBl. II 1981, 164; *Mönikes*, Die Verlustverrechnungsbeschränkungen des Einkommensteuergesetzes im Lichte der Verfassung (2006), S. 171; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 483 f.

1090 *Wacker*, in: Crezelius/Hirte/Vieweg (Hrsg.), FS für Volker Röhricht (2005), 1079, 1080.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bedenken.[1091] Zudem wurde die Besteuerungspraxis (unbeschränkter Verlustausgleich trotz zivilrechtlich beschränkter Haftung) ab Ende der 60er-Jahre vermehrt von sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften ausgenutzt.[1092] Diese bezweckten, insbesondere durch die gezielte Nutzung von Sonderabschreibungsmöglichkeiten,[1093] ihren beschränkt haftenden Gesellschaftern möglichst hohe Buchverluste zuzuweisen.[1094] Soweit die zugewiesenen Verluste über den Haftungsbetrag hinausgingen, hafteten die Kommanditisten zwar nicht zivilrechtlich, sie konnten diese aber steuerlich mit anderen positiven Einkünften verrechnen und so ihre Steuerlast reduzieren.[1095] Auf diese Weise konnten die beschränkt haftenden Gesellschafter Steuern in einem Umfang sparen, der den Betrag ihrer Einlage in die Gesellschaft deutlich überstieg. Diese Gestaltung war möglich, da bis zu einem Beschluss des Großen Senats des BFH im Jahr 1984 der Wille, Steuern zu sparen, zur Bejahung der Gewinnerzielungsabsicht genügte.[1096] Diesen sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften wollte der Gesetzgeber mit Einführung des § 15a EStG gerecht werden, indem fortan „Verluste nur ausgeglichen oder abgezogen werden dürfen, soweit die Haftung reicht“[1097].[1098] Die Gesetzesbegründung verweist dabei auf die parallele Problematik in den USA und die dort in den Jahren 1976 und 1978 eingeführten, dem § 15a EStG vergleichbaren Vorschriften.[1099] Neben der Einschränkung der Nutzung von Verlustzuweisungsgesellschaften sollte mit dieser Regelung auch dem Leistungsfähigkeitsprinzip Rechnung getragen werden.[1100] Hierfür wurde die Verlustverrechnung auf die Höhe der zivilrechtlichen Haftung beschränkt, da ein beschränkt haftender Gesellschafter mit Verlusten, die über seinen Haftungsbetrag hinausgehen, im

1091 BFH, Urteil v. 08.03.1973 – IV R 77/72, BStBl. II 1973, 398 (Tz. 16); *Knobbe-Keuk,* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 483 f., die die Einlage eines Kommanditisten übersteigenden Verluste diesen steuerlich nicht zuweisen will; vgl. auch BT-Drs. 8/3648, S. 15; BT-Drs. 8/4157, S. 1.

1092 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 4.

1093 *Raupach/Böckstiegel*, FR 1999, 557, 558, 561.

1094 BT-Drs. 8/4157, S. 1; *Knobbe-Keuk,* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 482.

1095 *Knobbe-Keuk,* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 482.

1096 BFH, Beschluss v. 25.06.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 (Tz. 178 ff.); *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 296.

1097 BT-Drs. 8/3648, S. 15.

1098 BT-Drs. 8/4157, S. 1; BR-Drs. 694/76 zitiert nach BT-Drs. 8/3648, S. 16, sowie *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 1.

1099 BT-Drs. 8/3648, S. 16.

1100 BT-Drs. 8/3648, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jahr ihrer Entstehung weder rechtlich noch wirtschaftlich belastet sei.[1101] Die Verluste trage er erst, wenn er spätere Gewinne gemäß § 169 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 HGB mit diesen Verlusten verrechnen müsse.[1102] Der BFH stellte daraufhin fest, dass „der Gesetzgeber […] damit einen Weg gegangen [ist], der insoweit durch das Handelsrecht vorgezeichnet ist, als das negative Kapitalkonto des Kommanditisten auch handelsrechtlich als Verlustvortrag bezeichnet werden kann"[1103]. Das Steuerrecht bildet insoweit das Spiegelbild des Handelsrechts.[1104]

Mit der Einführung von § 15a EStG sollten aber nicht nur Verlustzuweisungsgesellschaften eingeschränkt,[1105] sondern generell die Verlustnutzungsmöglichkeit an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gekoppelt und als Leistungsfähigkeitsindikator zentral auf die zivilrechtliche Haftung abgestellt werden. Daher erfasste die Vorschrift sämtliche Kommanditgesellschaften.[1106] Die dagegen teilweise geäußerte Kritik[1107] hat den Gesetzgeber bis heute nicht veranlasst, den Anwendungsbereich der Norm anzupassen.

Seit Einführung im Jahr 1980 wurde § 15a EStG wiederholt ergänzt beziehungsweise geändert.[1108] Die jüngste Änderung erfolgte durch das Jahressteuergesetz 2009.[1109] In diesem Zuge wurde die Vorschrift um Absatz 1a ergänzt. Auch dieser war bislang Gegenstand einiger Kritik.[1110]

1101 BT-Drs. 8/3648, S. 15 f.; *Haas*, DStZ 1992, 655, 656; *Wendt*, Stbg 2009, 1, 1; BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 13); *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 1.

1102 BT-Drs. 8/3648, S. 16.

1103 BFH, Beschluss v. 10.11.1980 – GrS 1/79, BStBl. II 1981, 164 (Tz. 66).

1104 BFH, Beschluss v. 19.05.1987 – VIII B 104/85, BStBl. II 1988, 5 (Tz. 31); v. 10.11.1980 – GrS 1/79, BStBl. II 1981, 164 (Tz. 66).

1105 Zu Unklarheiten hinsichtlich des genauen Regelungszwecks (Umsetzung des Leistungsfähigkeitsprinzips vs. Vermeidung von Verlustzuweisungsgesellschaften vs. Anpassung des Verlustausgleichs an den zivilrechtlichen Haftungsumfang) des § 15a EStG: vgl. *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 78 ff.

1106 BFH, Urteil v. 09.05.1996 – IV R 75/93, BStBl. II 1996, 474 (Tz. 6); *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 82.

1107 Etwa *Wendt*, Stbg 2009, 1, 4.

1108 Vgl. etwa die Ausführungen bei: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 4.

1109 BGBl. I 2008, 2794.

1110 Siehe hierzu unten D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Regelung im Einzelnen

Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15a EStG ist ein Alleinstellungsmerkmal der transparenten Besteuerung. In ihrer Grundkonstellation (§ 15a Abs. 1 Satz 1 EStG) beschränkt die Vorschrift den Verlustabzug eines Kommanditisten auf die Höhe seines (noch) positiven Kapitalkontos. Soweit durch den dem Kommanditisten zuzurechnenden „Anteil am Verlust" bei diesem ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht, darf der Verlust in dieser Höhe nur noch mit künftigen Gewinnen aus dieser Beteiligung ausgeglichen werden.[1111] Die Vorschrift enthält mithin keine Zurechnungsbeschränkung, die bereits eine Zurechnung an den Kommanditisten unterbindet, sondern eine Verlustverrechnungsbeschränkung.[1112] Diese enthält sowohl eine (horizontale und vertikale) Verlustausgleichs- als auch eine Verlustabzugsbeschränkung.[1113]

i. Grundtatbestand des § 15a EStG – § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG

Nach dem Grundtatbestand des § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG kann ein Kommanditist seinen Anteil am Verlust nur insoweit mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten sowie Einkünften aus Gewerbebetrieb (oder auch Gewinnen aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens derselben Beteiligung)[1114] ausgleichen oder von diesen abziehen, als der anteilige Verlust nicht zu einem negativen Kapitalkonto führt oder ein solches erhöht. Das heißt, allein ein negatives Kapitalkonto führt noch nicht zu einem Ausgleichsverbot.[1115] Maßgeblich ist die Verminderung des Kapitalkontos. Hierfür wird das Kapitalkonto zum Bilanzstichtag des Wirtschaftsjahres mit dem Kapitalkonto zum Bilanzstichtag des vorangegangenen Wirtschaftsjahres verglichen,[1116] unter Berücksichtigung etwaiger Einlagen und

---

1111 § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 EStG.
1112 H 15a EStH „Allgemeines".
1113 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 60, 70.
1114 S.u. D.I.1.b.i(1) Anteil am Verlust, sowie D.I.1.b.v Verlustverrechnung in späteren Wirtschaftsjahren nach § 15a Abs. 2 EStG.
1115 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 94.
1116 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 36); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 41; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 17; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 96, 98.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entnahmen.[1117] Dies bewirkt unter anderem, dass Einlagen, die in einem Verlustjahr erbracht werden, trotz bestehendem negativen Kapitalvermögen insoweit zu einem Verlustausgleich führen, als sich das negative Kapitalvermögen infolge der Einlage nicht weiter erhöht.[1118] Die Folgen einer Einlage, der im Jahr ihrer Leistung nicht in voller Höhe Verluste gegenüberstehen, regelt Absatz 1a EStG. Zu Einzelheiten hierzu wird auf die untenstehenden Ausführungen verwiesen.[1119] Im Falle eines Zusammentreffens von Entnahmen und Verlusten kommt es zum gegenteiligen Effekt. Die Entnahmen sind vorrangig von den Kapitalkonten abzuziehen, sodass auch bei zunächst positivem Kapitalkonto ein Verlustausgleich ausscheiden kann, wenn das Kapitalkonto infolge der Entnahme negativ wird und auch ein erweiterter Verlustausgleich nicht in Betracht kommt.[1120] Andererseits ermöglicht diese Systematik auch eine gezielte Umqualifizierung von ausgleichs- und abzugsfähigen Verlusten in nur verrechenbare, sollte dies aus Gründen der Steuerprogression im Einzelfall sinnvoll sein.[1121]

Dem Steuerpflichtigen steht kein Wahlrecht dahingehend zu, einen nach § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG ausgleichs- und abzugsfähigen Verlust als lediglich verrechenbaren Verlust im Sinne des § 15a Abs. 2 EStG zu behandeln, um diesen für Gewinne in späteren Wirtschaftsjahren aufzusparen.[1122] Grund hierfür ist, dass der Steuerpflichtige ein solches Wahlrecht unter Berücksichtigung der Progression für ein möglichst günstiges Steuerergebnis nutzen könnte oder, um einen nur nach § 10d EStG abzugsfähigen Verlust zu verhindern, wenn dem nach § 15a EStG ausgleichsfähigen Verlust keine anderen positiven Einkünften in ausreichender Höhe gegenüberstehen. Denn anders als der nach § 10d EStG festgestellte Verlustvortrag unterliegt der nach § 15a Abs. 2 und 4 EStG festgestellte verrechenbare Verlust hinsichtlich seiner späteren Ausgleichsfähigkeit weder einer zeitlichen noch einer betragsmäßigen Beschränkung.

Da es sich bei einer Kommanditgesellschaft um eine dynamische Unternehmenseinheit handelt, die überwiegend von wirtschaftlichen Überle-

---

1117 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 98.

1118 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 33); v. 26.06.2007 – IV R 28/06, BStBl. II 2007, 934 (Tz. 23); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 41; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 96.

1119 S.u. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

1120 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 97.

1121 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 97.

1122 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 60; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungen getrieben wird, kommt es vor, dass entweder die Kommanditgesellschaft im laufenden Veranlagungszeitraum in eine OHG oder eine GbR formgewechselt wird, oder aber ein Kommanditist die Stellung eines Komplementärs übernimmt. Ebenso ist denkbar, dass etwa eine OHG in eine KG formgewechselt wird oder ein Komplementär in die Stellung eines Kommanditisten eintritt. In all den genannten Fällen findet jeweils unterjährig ein Wechsel des Haftungsregimes zumindest für einen Gesellschafter statt. Dies hat nach der herrschenden Meinung zur Folge, dass § 15a EStG entweder für das gesamte Wirtschaftsjahr zur Anwendung gelangt (im Falle des Wechsels vom unbeschränkt haftenden zum beschränkt haftenden Gesellschafter) oder aber für das gesamte Wirtschaftsjahr nicht anzuwenden ist (im Falle des Wechsels vom beschränkt haftenden zum unbeschränkt haftenden Gesellschafter).[1123] Eine unterjährige beziehungsweise anteilige Aufteilung wird abgelehnt.[1124] Für weitere Einzelheiten in diesem Zusammenhang wird auf die untenstehenden Ausführungen im Rahmen der rechtsvergleichenden Analyse verwiesen.[1125]

Die Ausführungen zu § 15a EStG gelten entsprechend bei doppel- oder mehrstöckigen Personengesellschaften. Bei einer solchen Struktur ist lediglich zu beachten, dass die Ober-Personengesellschaft als solche Mitunternehmerin der Unter-Personengesellschaft ist, damit § 15a EStG auch im Verhältnis zwischen den Personengesellschaften gilt und daher das Verlustverrechnungspotential auf jeder Beteiligungsebene beschränkt.[1126] So resultiert ein Verlust auf Ebene der Unter-Personengesellschaft beim Gesellschafter der Ober-Personengesellschaft nur insofern in Verlustverrechnungspotential, als § 15a EStG die Verlustverrechnung auf jeder Beteiligungsebene gestattet, mithin (i) die Ober-Personengesellschaft selbst als Mitunternehmerin der Unter-Personengesellschaft ein positives Kapitalkonto hat und (ii) ihr Gesellschafter selbst ein positives Kapitalkonto

1123 BFH, Urteil v. 12.02.2004 – IV R 26/02, BFH/NV 2004, 1228 (Tz. 16); v. 14.10.2003 – VIII R 81/02, BStBl. II 2004, 118 (Tz. 8); H 15a EStH „Wechsel der Rechtsstellung eines Gesellschafters"; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 29 ff.; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 22; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54j.

1124 BFH, Urteil v. 12.02.2004 – IV R 26/02, BFH/NV 2004, 1228 (Tz. 16); v. 14.10.2003 – VIII R 81/02, BStBl. II 2004, 118 (Tz. 8).

1125 D.II.6 Statuswechsel von beschränkt haftendem zu voll haftendem Gesellschafter (und umgekehrt).

1126 BFH, Beschluss v. 18.12.2003 – IV B 201/03, BStBl. II 2004, 231 (Tz. 23 ff.); *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 307.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei der Obergesellschaft hat. Die Ober-Personengesellschaft entfaltet daher mittelbar eine gewisse Abschirmwirkung.[1127]

Nachdem nunmehr die Regelungstechnik des Grundtatbestandes erörtert wurde, wird in den nachfolgenden Punkten vertieft auf die einzelnen Voraussetzungen des § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG eingegangen.

(1) Anteil am Verlust

§ 15a Abs. 1 Satz 1 EStG stellt auf den „zuzurechnenden Anteil am Verlust der Kommanditgesellschaft" ab. Wie bereits dargestellt, ist „Verlust" eine Saldogröße zwischen Einnahmen und Ausgaben.[1128] Der „zuzurechnende Gewinn- und Verlustanteil" eines Mitunternehmers im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ergibt sich grundsätzlich mittels einer zweistufigen Gewinnermittlung.[1129] Diese erfasst auf der ersten Stufe das (anteilige) Ergebnis aus der Steuerbilanz der Gesellschaft sowie einer etwaigen Ergänzungsbilanz des jeweiligen Gesellschafters und auf der zweiten Stufe das Ergebnis einer etwaigen Sonderbilanz des jeweiligen Gesellschafters.[1130]

Etwas anderes gilt jedoch im Rahmen des § 15a EStG. Zwar bleibt der Verlustbegriff (Saldogröße zwischen Einnahmen und Ausgaben) gleich, doch unterbleibt eine zweistufige Ermittlung.[1131] Der „zuzurechnende Anteil am Verlust der Kommanditgesellschaft" ergibt sich vielmehr allein aus der ersten Stufe, das heißt aus dem anteiligen Ergebnis aus der Steuerbilanz der Gesellschaft unter Einbeziehung einer etwaigen Ergänzungsbilanz.[1132] Das Abstellen auf die Steuerbilanz der Gesellschaft bedeutet auch, dass steuerliche Aktivierungsgebote und Passivierungsverbote zu

1127 BFH, Beschluss v. 18.12.2003 – IV B 201/03, BStBl. II 2004, 231 (Tz. 23 ff.); *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 307; *Zerbe/Hafner*, DStR 2015, 1292, 1294; kritisch: *Nickel/Bodden*, FR 2003, 391, 392 f.

1128 S.o. C.I.1.c.i(1) Verlust – Gegenstand.

1129 S.o. C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

1130 S.o. C.I.1.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 401.

1131 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 49.

1132 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II, 1992, 167 (Tz. 30); v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 19); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 27; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 10; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 34; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 49 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berücksichtigen sind.[1133] Ferner gilt es, vor Anwendung des § 15a EStG auch außerbilanzielle Gewinnkorrekturen wie etwa § 4 Abs. 4a EStG zu berücksichtigen; es ist das Ergebnis der ersten Gewinnermittlungsstufe maßgeblich.[1134] Ein möglicher Gewinn oder Verlust im Bereich des Sonderbetriebsvermögens bleibt hingegen unberücksichtigt.[1135] Dies hat zur Folge, dass der Steuerpflichtige Verluste aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens ohne Einschränkung nach § 15a EStG nach den allgemeinen Vorschriften mit anderen positiven Einkünften verrechnen kann.[1136] Umgekehrt folgt daraus, dass der Kommanditist Verluste aus der ersten Stufe der Gewinnermittlung, die bei diesem zu einem negativen Kapitalkonto führen oder ein solches erhöhen, im Rahmen des § 15a EStG nicht mit etwaigen Gewinnen aus dem Sonderbetriebsvermögen verrechnen kann (sogenanntes Saldierungsverbot).[1137] Während der Verlustanteil

---

1133 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 42; OFD Frankfurt/M. v. 12.01.2015, DB 2015, 406 f.

1134 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 27; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 11; *Kopplin/Maßbaum/Sureth*, WPg 2010, 1203, 1205; a.A.: *Dornheim*, DStZ 2015, 174, 177, der die außerbilanziellen Korrekturen vergleichbar dem Sonderbetriebsvermögen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 15a EStG sieht; anders dagegen mit Blick auf § 7g EStG; FG Münster, Urteil v. 15.04.2014 – 1 K 3247/11 F, EFG 2015, 899 (Tz. 45 ff.); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 42.

1135 Ständige Rechtsprechung des BFH. Vgl. nur: BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167 (Tz. 30); v. 23.01.2001 – VIII R 30/99, BStBl. II 2001, 621 (Tz. 20); v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.2.a) und b)) m.w.N.; *Haas*, DStZ 1992, 655, 655; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 54.

1136 R 15a Abs. 2 Satz 1 EStR; *Haas*, DStZ 1992, 655, 657; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 34; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 27; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 54.

1137 BFH, Urteil v. 23.01.2001 – VIII R 30/99, BStBl. II 2001, 621 (Tz. 20); v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14); v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167 (Tz. 14); BMF, Schreiben v. 15.12.1993 – IV B 2-S 2241a-57/93, BStBl. I 1993, 976; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 62; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 168; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 28; *van Lishaut*, FR 1994, 273, 280; kritisch: *Prinz/Thiel*, DStR 1994, 341, 345 f.; *Bordewin*, DStR 1994, 673, 678, mit einem Umkehrschluss aus § 15a Abs. 2 EStG und dem Hinweis, dass unter „Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Jahren aus seiner Beteiligung an der KG zuzurechnen sind", gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auch die Gewinne aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens zu fassen seien. Dies müsse dann

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus dem Bereich der Gesamthand als nicht ausgleichsfähig im Jahr seiner Entstehung behandelt und für spätere Jahre festgestellt wird,[1138] wird der Gewinn aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens versteuert.[1139] Ferner sind spätere Gewinne aus dem Bereich der Gesamthand vorrangig mit verrechenbaren Verlusten nach § 15a Abs. 2 und 4 EStG vor solchen aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens zu verrechnen.[1140] Dies hat zur Folge, dass die Verluste aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens möglicherweise unter § 10d EStG fallen, wohingegen die zeitlich und betragsmäßig unbegrenzt vortragsfähigen verrechenbaren Verluste nach § 15a Abs. 2 und 4 EStG aufgebraucht werden.

Durch die Außerachtlassung des Sonderbetriebsvermögens im Rahmen des § 15a EStG wird dessen Zweck, Verluste nur insoweit zum Ausgleich zuzulassen, als der Gesellschafter durch diese wirtschaftlich belastet ist, Rechnung getragen.[1141] Anders als für die Verluste aus der Gesamthand besteht für Verluste aus dem Sonderbetriebsvermögen keine Haftungsbeschränkung.[1142] Insoweit besteht mithin kein struktureller Unterschied zwischen einem voll haftenden und einem beschränkt haftenden Gesellschafter, was einen sofortigen Ausgleich dieser Verluste rechtfertigt. Umgekehrt, ist der Kommanditist bei Vorliegen eines Gewinnes in seinem Sonderbetriebsvermögen nicht durch Verluste auf Ebene der Gesamthand wirtschaftlich belastet, da er mit diesen Gewinnen nicht zum Ausgleich der Gesamthandsverluste verpflichtet ist.[1143]

Für die Nichtberücksichtigung des Sonderbetriebsvermögens wird neben dem teleologischen Argument auch ein systematisches Argument angeführt.[1144] So sei in § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG von „Anteil am Verlust der

---

auch für das laufende Jahr gelten. Ebenso: *Brandenberg*, DB 1993, 2301, 2301 f.; *Söffing*, DStZ 1992, 129, 132. Diese Ansicht entsprach früher der herrschenden Ansicht, der auch die Verwaltung folgte.

1138 § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EStG.

1139 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 62; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 76 m.w.N.

1140 BMF, Schreiben v. 15.12.1993 – IV B 2-S 2241a-57/93, BStBl. I 1993, 976.

1141 BFH, Urteil v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.b)aa)); *Heuermann* in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 54; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 75.

1142 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 75; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 10; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 54.

1143 Statt vieler: *Röhrig/Doege*, DStR 2006, 489, 492.

1144 *Riegler/Riegler*, DStR 2014, 1031, 1034.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kommanditgesellschaft“ die Rede. Bezugspunkt sei mithin die Gesellschaft und nicht die Mitunternehmerschaft, die nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auch das Ergebnis der Sonderbilanz (die zweite Stufe der additiven Gewinnermittlung) miteinbeziehen würde.[1145] Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 15a Abs. 2 EStG. Der Wortlaut sei, anders als von der Gegenmeinung angeführt, nicht eindeutig.[1146] Selbiges gelte für das Argument, dass § 15a EStG nicht für alle denkbaren Haftungsfälle eine Kongruenz mit dem steuerlichen Verlustausgleich vorsehe.[1147] Dieses Argument missachte, dass die Beschränkung auf einzelne explizit genannte Haftungstatbestände dem ausdrücklichen, im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers entspreche, der diese Beschränkung – zulässigerweise – aus Gründen der Praktikabilität und Missbrauchsverhinderung vorgenommen habe.[1148]

Die Nichtberücksichtigung des Sonderbetriebsvermögens führt zu im Einzelnen teils schwierigen Abgrenzungsproblemen zwischen Gewinnvorab (Gewinn auf der ersten Stufe; gesellschaftsrechtliche Grundlage)[1149] und Sonderbetriebseinnahmen (Gewinn auf der zweiten Stufe; schuldrechtliche Grundlage)[1150] beziehungsweise allgemein zwischen dem Verlustanteil aus der Gesellschaft und dem Ergebnis aus dem Sonderbetriebsvermögen.[1151] Es kommt mithin zu der Abgrenzungsproblematik, die durch § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG vermieden werden sollte.[1152] Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob eine Sonderbetriebseinnahme oder ein Ge-

---

1145 *Riegler/Riegler*, DStR 2014, 1031, 1034.

1146 BFH, Urteil v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.a)); zur Gegenmeinung etwa: *Bordewin*, DStR 1994, 673, 678, mit dem Hinweis, dass unter „Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Jahren aus seiner Beteiligung an der KG zuzurechnen sind“, gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auch die Gewinne aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens zu fassen seien; ebenso: *Brandenberg*, DB 1993, 2301, 2301 f.; *Söffing*, DStZ 1992, 129, 132.

1147 BFH, Urteil v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.b)dd)).

1148 BFH, Urteil v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.b)dd)).

1149 *Hennrichs,* in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 10 Rz. 103.

1150 *Hennrichs,* in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 10 Rz. 103.

1151 *Prinz*, FR 2010, 736, 738; *Lüdemann,* in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 77.

1152 BFH, Urteil v. 11.12.1986 – IV R 222/84, BStBl. II 1987, 553 (Tz. 17); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rn. 561; *Röhrig/Doege*, DStR 2006, 489, 493; *Lüdemann,* in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 77 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

winnvorab vorliegen. Neben der Abgrenzungsproblematik eröffnet die erforderliche Unterscheidung Gestaltungsmöglichkeiten.[1153] So ist es für einen Steuerpflichtigen aus steuerlichen Gründen günstig, Gewinnvorab statt Sonderbetriebseinnahmen zu erzielen und möglichst viele Betriebsausgaben auf Ebene des Sonderbetriebsvermögens zu verlagern.[1154] Letzteres kann exempli causa durch eine unentgeltliche Überlassung von Wirtschaftsgütern des Gesellschafters an die Gesellschaft erfolgen.[1155] Die im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsgut anfallenden Aufwendungen stellen Sonderbetriebsausgaben des Gesellschafters dar, denen jedoch keine Betriebseinnahmen gegenüberstehen. Eine solche Gestaltung ist steuerlich grundsätzlich anzuerkennen und kann nicht durch den Ansatz eines fiktiven Gewinnes verhindert werden.[1156]

Aus Vereinfachungsgründen hatte der Bundesrat hierzu einen Änderungsvorschlag unterbreitet, der vorgesehen hätte, auch das Ergebnis des Sonderbetriebsvermögens in die Ermittlung des relevanten Verlustes miteinzubeziehen.[1157] Dies hätte eine Abgrenzung zwischen Gewinnvorab und Vergütung im Sonderbetriebsvermögen – wie schon im Rahmen des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG – obsolet und die Gestaltungsmöglichkeiten wirkungslos gemacht.[1158] Dieser Vorschlag wurde jedoch von der Bundesregierung abgelehnt.[1159] Als Grund wurde angeführt, dass dieses Modell zu keiner Vereinfachung für den Steuerpflichtigen führe und es durch die vorgeschlagene Änderung zu Nachteilen für diesen kommen könnte, wenn er im Bereich des Sonderbetriebsvermögens Verluste erleidet.[1160] Diese würden – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – nach dem

---

1153 Zu „Gestaltungsauswegen" vgl.: *van Lishaut*, FR 1994, 273, 281 f.

1154 *Bitz*, GmbHR 1992, 285, 287; *van Lishaut*, FR 1994, 273, 281; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 35, 62. Verluste auf Ebene der Gesamthand unterliegen der Beschränkung nach § 15a EStG, wohingegen Verluste im Bereich des Sonderbetriebsvermögens, von § 15a EStG unabhängig, unbeschränkt ausgleichsfähig sind.

1155 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 27.

1156 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 27.

1157 BR-Drs. 684/12, S. 2; BR-Drs. 92/14 (Antrag auf erneute Einbringung des Entwurfs eines Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Steuerrechts 2013 (StVereinfG 2013) BR-Drs. 684/12); *Riegler/Riegler*, DStR 2014, 1031, 1034.

1158 BR-Drs. 684/12, S. 16; BR-Drs. 92/14 (Antrag auf erneute Einbringung des Entwurfs eines Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Steuerrechts 2013 (StVereinfG 2013) BR-Drs. 684/12).

1159 BT-Drs. 17/12197, S. 21; BT-Drs. 18/1290, S. 26.

1160 BT-Drs. 17/12197, S. 21; BT-Drs. 18/1290, S. 26 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorschlag des Bundesrates ebenfalls unter die Abzugsbeschränkung des § 15a EStG fallen.[1161]

Die Einbeziehung der Ergänzungsbilanz ist hingegen wenig problematisch. Die Ergänzungsbilanz enthält Wertkorrekturen für den einzelnen Steuerpflichtigen hinsichtlich der in der Gesamthand befindlichen Wirtschaftsgüter und keine eigenen Wirtschaftsgüter.[1162] Sie weist ein Mehr- oder Minderkapital des einzelnen Gesellschafters in der Gesellschaft aus, mit dem der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.[1163] Die Ergänzungsbilanz stellt mithin ein Instrument auf der ersten Stufe der additiven Gewinnermittlung dar und ist bei der Ermittlung des maßgeblichen Verlustes zu berücksichtigen.

Unabhängig von der steuerlichen Verlustberücksichtigung richtet sich die vorgelagerte Verlustzurechnung grundsätzlich nach der handelsrechtlichen Verteilungsabrede.[1164] Eine Verlustzurechnung an den Kommanditisten scheidet aus steuerlicher Sicht in vollem Umfang aus, wenn gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen ist, dass ein negatives Kapitalkonto des Kommanditisten entsteht, wenn feststeht, dass ein Ausgleich des negativen Kapitalkontos mit künftigen Gewinnen nicht mehr stattfinden wird, oder der Kommanditist trotz negativen Kapitalkontos zur Entnahme künftiger Gewinne berechtigt bleibt.[1165] Ferner findet keine Verlustzurechnung von

---

1161 BT-Drs. 17/12197, S. 21; BT-Drs. 18/1290, S. 27.

1162 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 75; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 10; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 460.

1163 BFH, Urteil v. 30.03.1993 – VIII R 63/91, BStBl. II 1993, 706 (Tz. 45 ff.).

1164 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 9; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 79; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 17.

1165 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 53; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 13, 79 f.; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 17, 20 ff.; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 26, 90; für das Feststehen ist eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit erforderlich. Die Feststellungslast trägt dabei das Finanzamt. Liegt dies vor, werden die Verlustanteile des Kommanditisten steuerlich den Komplementären und etwaigen Kommanditisten mit (noch) positivem Kapitalkonto zugerechnet werden. Zudem fällt das negative Kapitalkonto des Kommanditisten weg, was bei diesem grundsätzlich zu einem laufenden (nichtbegünstigten) Gewinn führt. Hierzu auch: BFH, Beschluss v. 10.11.1980 – GrS 1/79, BStBl. II 1981, 164 (Tz. 81); Urteil v. 14.11. 1985 – IV R 63/83, BStBl. II 1986, 58 (Tz. 14); v. 26.09.1996 – IV R 105/94, BStBl. II 1997, 277

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vor Eintritt des Kommanditisten entstandenen Verlusten statt.[1166] Auch eine rückwirkende Änderung der handelsrechtlichen Verlustverteilung im laufenden Wirtschaftsjahr bleibt unberücksichtigt.[1167]

(2) Kapitalkonto

Das Kapitalkonto dient im Grundtatbestand (§ 15a Abs. 1 Satz 1 EStG) als Bezugsgröße zur Ermittlung des ausgleichs- und abzugsfähigen Verlustes.[1168] Hierdurch soll „die Kongruenz zwischen der zivilrechtlichen beschränkten Haftung und dem Umfang der Ausgleich- und Abzugsfähigkeit des Anteils am Verlust der KG“[1169] hergestellt werden.[1170] Es ist mithin zentrales Tatbestandselement der Vorschrift. Trotz seiner Bedeutung enthalten weder das Handelsrecht noch das Steuerrecht eine Definition des „Kapitalkontos“.[1171] Ausgangspunkt der Ermittlung ist nach wohl einhelliger Auffassung das Kapitalkonto in der Steuerbilanz (in Abgrenzung zu dem Kapitalkonto in der Handelsbilanz) der Gesellschaft am Bilanzstichtag.[1172] Maßgeblich ist dabei das unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Vorschriften richtige, nicht das tatsächliche Kapitalkonto.[1173] Mithin sind etwaige steuerliche Bilanzierungsge- oder -verbote zu beachten. Dies wird mit einem Gleichlauf der Ermittlung des „Anteils

(Tz. 18); v. 10.12.1991 – VIII R 17/87, BStBl. II 1992, 650 (Tz. 11 ff.); OFD München/Nürnberg v. 07.05.2004, FR 2004, 731.

1166 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 26.

1167 BFH, Urteil v. 07.07.1983 – IV R 209/80, BStBl. II 1984, 53 (Tz. 24) m.w.N.; H 15.8 (3) EStH „Rückwirkende Änderung“; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 26.

1168 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 41; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 12; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 81; *Röhrig/Doege*, DStR 2006, 489, 492.

1169 *Haas*, DStZ 1992, 655, 657.

1170 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167 (Tz. 33).

1171 Zur fehlenden Definition des Kapitalkontos im Handelsrecht: *van Lishaut*, FR 1994, 273, 276.

1172 BFH, Urteil v. 18.04.2000 – VIII R 11/98, BStBl. II 2001, 166 (Tz. 40); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 41, 43; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 13, 17; nur zur Maßgeblichkeit der Steuerbilanz der Gesellschaft: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 82 m.w.N.

1173 BFH, Urteil v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 (Tz. 20); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 41; *Birkemeier*, in: Lippross/Sei-

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

am Verlust" begründet.[1174] Auch bei diesem wird auf die Steuerbilanz abgestellt.[1175] Aus Praktikabilitätsgründen wird damit eine gewisse Inkongruenz zwischen handelsrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung hingenommen.

In diesem Zusammenhang wurde regelmäßig diskutiert, ob eine etwaige Ergänzungs- sowie Sonderbilanz des Mitunternehmers bei der Ermittlung des Kapitalkontos Berücksichtigung findet.[1176] Nach dem Grundsatzurteil des BFH vom 14. Mai 1991[1177] und nunmehr ständiger Rechtsprechung des BFH[1178] – zuletzt bestätigt durch Urteil vom 18. Mai 2017[1179] – ist eine etwaige Ergänzungsbilanz zu berücksichtigen, wohingegen das Sonderbetriebsvermögen unberücksichtigt bleibt. Dieser Ansatz ist konsequent. Er verhindert nicht nur ein Auseinanderfallen von „Kapitalkonto" und „Anteil am Verlust",[1180] er stellt auch eine Kongruenz zwischen steuerrechtlichem Verlustausgleich/-abzug und zivilrechtlicher Haftung her, indem das Sonderbetriebsvermögen im Rahmen des § 15a EStG ebenso wie im Handelsrecht außer Acht bleibt.[1181] In der Ergänzungsbilanz wird dagegen der Kapitaleinsatz des Gesellschafters, mit welchem er für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet, ausgewiesen.[1182] Das Grundsatzurteil des BFH führte in der Praxis der Finanzverwaltung zu einem Paradigmenwechsel. Diese gab ihre bisherige Auffassung, die eine Berücksichtigung des Sonder-

---

bel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 42; *Kirchhof*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 13.

1174 *Kirchhof*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 13.

1175 *Kirchhof*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 13.

1176 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II, 1992, 167 (Tz. 15 ff.), bietet einen Überblick über die bis dato in diesem Zusammenhang vertretenen Auffassungen; eine ausführliche Darstellung des Meinungsstreits enthält: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 82.

1177 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II, 1992, 167.

1178 BFH, Urteil v. 30.03.1993 – VIII R 63/91, BStBl. II 1993, 706 (Tz. 35 ff.); v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.2.b.); v. 28.03.2000 – VIII R 28/98, BStBl. II 2000, 347 (Tz. 9); v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 (Tz. 20); v. 15.05.2008 – IV R 46/05, BStBl. II 2008, 812 (Tz. 41); v. 24.04.2014 – IV R 18/10, BFH/NV 2014, 1516 (Tz. 21).

1179 BFH, Urteil v. 18.05.2017 – IV R 36/14, DStR 2017, 1524 (Tz. 16, 18).

1180 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II, 1992, 167 (Tz. 30); v. 30.03.1993 – VIII R 63/91, BStBl. II 1993, 706 (Tz. 47); *van Lishaut*, FR 1994, 273, 280.

1181 *Haas*, DStZ 1992, 655, 657.

1182 BFH, Urteil v. 30.03.1993 – VIII R 63/91, BStBl. II 1993, 706 (Tz. 45); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 83, 85.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betriebsvermögens vorsah,[1183] auf und schloss sich der Rechtsprechung an.[1184] Auch die herrschende Literatur[1185] folgt nunmehr dieser Rechtsprechung, nachdem bis dato auch hier die überwiegende Meinung das Sonderbetriebsvermögen einbezogen hatte.[1186] Diese Praxis zieht auf Ebene der Gesellschaft eine mitunter im Einzelfall sehr schwer handhabbare Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital[1187] nach sich und setzt sich in ausdrücklichen Widerspruch zur Gesetzesbegründung.[1188] Dieser Widerspruch wird mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowie deren Systemzusammenhang begründet.[1189] Anders als für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Kommanditist für Verbindlichkeiten aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens unbeschränkt, gleich einem Komplementär. Es wäre daher nicht gerechtfertigt, würde ein negatives Kapitalkonto aus dem Sonderbetriebsvermögen das für § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG maßgebliche Kapitalkonto und damit auch das Verlustausgleichsvolumen reduzieren.[1190] Dem stehe auch nicht die Gesetzesbegründung[1191] entgegen, da

1183 Abschnitt 138d Abs. 2 EStR (1990).

1184 BMF, Schreiben v. 20.02.1992 – IV B 2-S 2241a-8/92, BStBl. I 1992, 123 (Tz. 1.1), unter Anordnung einer Übergangsregelung für die Einbeziehung von positivem Sonderbetriebsvermögen bis Ende 1993; v. 30.05.1997 – IV B 2-S 2241a-51/93 II, BStBl. I 1997, 627.

1185 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 41; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 80; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 82 m.w.N.; kritisch: *Kreile*, in: Beisse/Lutter/Närger (Hrsg.), FS für Karl Beusch (1993), 437, 445 ff.; *Bordewin*, DStR 1994, 673, 676 m.w.N. in Fn. 24.

1186 Eine ausführliche Darstellung zum Streitstand und zu den historischen, sprachlichen, systematischen und teleologischen Argumenten enthält: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 82 ff. m.w.N.

1187 Kapital, das der Gesellschafter der Gesellschaft zur Verfügung stellt und welches dieser im Sonderbetriebsvermögen zu bilanzieren hat.

1188 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167 (Tz. 38); v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.b)ee)); BT-Drs. 8/3648, S. 16; BT-Drs. 8/4157, S. 2, in letzteren beiden ist eine Ermittlung des Kapitalkontos unter Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens vorgesehen.

1189 BFH, Urteil v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.b)ee)); zum Sinn und Zweck der Vorschrift: BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167 (Tz. 30, 33): kongruente Bezugsgröße bei der Ermittlung des „Anteils am Verlust" und des „Kapitalkontos"; zudem bestehe der Zweck der Vorschrift in der Angleichung des Verlustausgleichs des Kommanditisten an dessen Haftung; ebenso: *Röhrig/Doege*, DStR 2006, 489, 492; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 83.

1190 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II, 1992, 167 (Tz. 36).

1191 BT-Drs. 8/3648, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich dieser Wille nicht im Gesetz niedergeschlagen habe.[1192] Dies sei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch unablässige Voraussetzung, um den gesetzgeberischen Willen bei der Auslegung zu berücksichtigen.[1193] Es handelt sich mithin um einen folgenschweren Erklärungsirrtum des Gesetzgebers.[1194] Der Gesetzgeber wollte mit der Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens erreichen, dass das Verlustausgleichsvolumen durch ein positives Sonderbetriebsvermögen bei „normalen" Kommanditisten erhöht, im Gegenzug bei Verlustzuweisungsgesellschaften durch ein negatives Sonderbetriebsvermögen verringert wird.[1195] Er hatte in erstgenanntem Fall insbesondere Gesellschafterdarlehen vor Augen.[1196] Mittlerweile hat der Gesetzgeber einige Gelegenheiten verstreichen lassen, seinen gesetzgeberischen Willen im Gesetzestext klarzustellen. So sah der Bundesratsentwurf des Steuervereinfachungsgesetzes 2013 für § 15a Abs. 1 EStG eine Klarstellung im Gesetz vor.[1197] Danach sollten sowohl Sonderbilanzgewinne und -verluste bei der Ermittlung des Anteils am Verlust als auch die Sonderbilanz bei der Ermittlung des Kapitalkontos herangezogen werden.[1198] Diese Gesetzesänderung wurde jedoch bis heute nicht umgesetzt. Vielmehr wurde der Gesetzentwurf in der Stellungnahme der Bundesregierung mit der Begründung abgelehnt, die Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens könne zu Nachteilen für den Steuerpflichtigen führen, insbesondere dann, wenn im Sonderbetriebsvermögen Verluste anfielen.[1199] Daher kann davon ausgegangen werden, dass sich jedenfalls der Gesetzgeber des 17. und 18. Bundestages – in Abkehr von der ursprünglichen Auffassung – die Ansicht der Rechtsprechung konkludent zu eigen gemacht hat.

Um das maßgebliche Kapitalkonto des Kommanditisten zu ermitteln, kann nicht allein auf das „Kapitalkonto" in der Steuerbilanz der Gesell-

---

1192 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167 (Tz. 38); v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.b)ee)).

1193 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 31/88, BStBl. II 1992, 167 (Tz. 38).

1194 *Kreile*, in: Beisse/Lutter/Närger (Hrsg.), FS für Karl Beusch (1993), 437, 445.

1195 *Haas*, DStZ 1992, 655, 662; BT-Drs. 8/4157, S. 2, bezüglich der Bedenken, dass traditionellen Gesellschaften, insbesondere der Familien-KG, andernfalls Nachteile erwachsen könnten.

1196 BT-Drs. 8/3648, S. 16.

1197 Erstmaliger Gesetzesantrag BR-Drs. 684/12; erneute Einbringung des Gesetzesantrags BR-Drs. 684/12 durch BR-Drs. 92/14.

1198 BR-Drs. 684/12 S. 2; BR-Drs. 92/14, die inhaltlich auf die BR-Drs. 684/12 verweist; BT-Drs. 17/12197, S. 21; BT-Drs. 18/1290, S. 8.

1199 BT-Drs. 17/12197, S. 21 (zum erstmaligen Gesetzesantrag BR-Drs. 684/12), sowie BT-Drs. 18/1290, S. 26 f. (zum erneuten Gesetzesantrag BR-Drs. 92/14).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaft und eine etwaige Ergänzungsbilanz abgestellt werden.[1200] Vielmehr haben sich in der Praxis aus dem gesetzlichen Erfordernis, mindestens zwei Konten für einen Kommanditisten in der Handelsbilanz zu führen, verschiedene Mehr-Konten-Modelle (insbesondere Zwei-, Drei- und Vier-Konten-Modell) entwickelt.[1201] Allerdings setzt auch das Zwei-Konten-Modell die gesetzlichen Vorgaben nicht eins zu eins um. Nach der gesetzlichen Vorgabe sind auf dem Kapitalkonto I die Pflichteinlage sowie Verlustanteile zu verbuchen, während auf dem Kapitalkonto II Gewinne zu verbuchen sind, die nicht mehr zum Auffüllen der Einlage verwendet werden (§ 167 Abs. 2 HGB).[1202] Bei dem Kapitalkonto I handelt es sich um ein echtes Kapitalkonto, während das Kapitalkonto II ein Forderungskonto des Kommanditisten darstellt.[1203] Abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen wird bei dem Zwei-Konten-Modell auf dem festen Kapitalkonto (Kapitalkonto I) nur die Pflichteinlage, auf dem variablen Kapitalkonto (Kapitalkonto II) dagegen die anteiligen Gewinne, Verluste und Entnahmen verbucht.[1204] Das hat zur Folge, dass es entgegen der handelsrechtlichen Bestimmungen (§§ 167 Abs. 2, 169 Abs. 2 HGB) auf dem Kapitalkonto II zu einer Verrechnung von Verlusten mit stehen gelassenen Gewinnen aus den Vorjahren kommt,[1205] sodass es sich im Zwei-Konten-Modell sowohl bei Kapitalkonto I als auch bei Kapitalkonto II um ein

1200 BFH, Urteil v. 05.06.2002 – I R 81/00, BStBl. II 2004, 344 (Tz. 22).

1201 Das Erfordernis, mindestens zwei Konten zu führen, ergibt sich aus § 120 Abs. 2 HGB (variables Kapitalkonto) im Zusammenspiel mit § 167 Abs. 2 HGB (festes Kapitalkonto); *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 67; *Oetker*, in: Oetker, HGB, 6. Auflage 2019, § 167 Rz. 2; zu den verschiedenen Mehr-Konten-Modellen: *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 49; *Rodewald*, GmbHR 1998, 521, 523 f.; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 83 ff.

1202 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 88.

1203 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 88.

1204 BFH, Urteil v. 16.10.2008 – IV R 98/06, BStBl. II 2009, 272 (Tz. 39); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 49; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 14; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 88.

1205 BFH, Urteil v. 16.10.2008 – IV R 98/06, BStBl. II 2009, 272 (Tz. 42); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 49; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 88; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 84; *Wüllenkemper*, BB 1991, 1904, 1910; *Ley*, KÖSDI 1994, 9972, 9974 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

echtes Kapitalkonto im Sinne des § 15a EStG handelt.[1206]Auch bei den übrigen in der Praxis entwickelten Mehr-Konten-Modellen ist jedes darin enthaltene und als solches bezeichnete „Kapitalkonto" genau anhand der zugrundeliegenden Rechtsgrundlage und der tatsächlichen Durchführung daraufhin zu überprüfen, ob es sich um ein echtes Kapitalkonto oder um ein Forderungskonto des Gesellschafters beziehungsweise ob es sich um Eigen- oder Fremdkapital der Gesellschaft handelt.[1207] Umgekehrt kann auch hinter einem „Darlehenskonto" ein echtes Kapitalkonto stecken.[1208] Auch im Rahmen der Ermittlung des „richtigen" Kapitalkontos gilt mithin der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet".[1209] Welcher Charakter einem Konto im Einzelfall zukommt, beurteilt der BFH grundsätzlich danach, ob die verbuchten Vorgänge auf einer gesellschafts- oder schuldrechtlichen Grundlage beruhen und ob die Zahlung unabhängig davon geschuldet wird, ob die Gesellschaft Gewinne erzielt.[1210] Insbesondere die Vornahme einer Verlustverrechnung auf einem Konto wird als starkes Indiz für ein echtes Kapitalkonto gewertet, da eine solche mit dem Charakter eines Darlehenskontos unvereinbar sei.[1211] Ferner spricht die Verbuchung von Einlagen und Entnahmen sowie das Einfließen in die interne Ausgleichsverpflichtung im Falle der Liquidation der Gesellschaft oder des

---

1206 BFH, Urteil v. 16.10.2008 – IV R 98/06, BStBl. II 2009, 272 (Tz. 39); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 49.

1207 BFH, Urteil v. 05.06.2002 – I R 81/00, BStBl. II 2004, 344 (Tz. 22); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „Darlehenskonto".

1208 BFH, Urteil v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 (Tz. 21); v. 15.05.2008 – IV R 46/05, BStBl. II 2008, 812 (Tz. 46 ff.); diesbezüglich wird auch auf die Ausführungen zum „Finanzplandarlehen" weiter unten verwiesen.

1209 BFH, Urteil v. 15.05.2008 – IV R 46/05, BStBl. II 2008, 812 (Tz. 42) m.w.N.; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „Darlehenskonto"; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 89.

1210 Statt vieler: BFH, Urteil v. 05.06.2002 – I R 81/00, BStBl. II 2004, 344 (Tz. 22); v. 04.05.2000 – IV R 16/99, BStBl. II 2001, 171 (Tz. 19).

1211 BFH, Urteil v. 05.06.2002 – I R 81/00, BStBl. II 2004, 344 (Tz. 22); v. 04.05.2000 – IV R 16/99, BStBl. II 2001, 171 (Tz. 19); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 46; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 47; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 86, 88 f.; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 88; *van Lishaut*, FR 1994, 273, 276.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausscheidens des Kommanditisten für ein echtes Kapitalkonto.[1212] Eine Verzinsung ist hingegen kein taugliches Abgrenzungskriterium, da eine solche sowohl bei Fremd- als auch bei Eigenkapital üblich ist.[1213]

Daneben gelten die allgemeinen Grundsätze. So sind exempli causa Kapitalrücklagen, Gewinnrücklagen und der Gewinnvortrag als Teil des „Kapitalkontos" zu werten, wenn sie auf Regelungen des Gesellschaftsvertrags oder einem Gesellschafterbeschluss beruhen, während schlicht stehen gelassene Gewinne (§§ 167 Abs. 2, 169 HGB) eine Forderung des Gesellschafters darstellen.[1214]

Eine Besonderheit gilt es bei sogenannten „Finanzplandarlehen" zu beachten. Als Finanzplandarlehen werden im Weiteren, abweichend von der BGH-Definition,[1215] Darlehen bezeichnet, die während des Bestehens der

---

1212 BFH, Urteil v. 05.06.2002 – I R 81/00, BStBl. II 2004, 344 (Tz. 22); v. 15.05.2008 – IV R 46/05, BStBl. II 2008, 812 (Tz. 47); *Schirmer*, StStud 2012, 139, 142; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 92.

1213 BFH, Urteil v. 16.10.2008 – IV R 98/06, BStBl. II 2009, 272 (Tz. 60); v. 15.05.2008 – IV R 46/05, BStBl. II 2008, 812 (Tz. 52); v. 05.06.2002 – I R 81/00, BStBl. II 2004, 344 (Tz. 26); v. 27.06.1996 – IV R 80/95, BStBl. II 1997, 36 (Tz. 29); v. 03.02.1988 – I R 394/83, BStBl. II 1988, 551 (Tz. 23); BMF, Schreiben v. 30.05.1997 – IV B 2-S 2241a-51/93 II, BStBl. I 1997, 627 (Nr. 4); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 48; zu weiteren Indizien für eine Abgrenzung vgl. etwa: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 92. Im Übrigen wird auf die sehr ausführliche Darstellung der Charakteristika und Unterschiede von Fremd- und Eigenkapital im deutschen Steuer- und Gesellschaftsrecht bei: *Beuchert/Redeker*, in: Schön (Hrsg.), Eigen- und Fremdkapital (2013), S. 289 ff., verwiesen.

1214 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „Gewinnvortrag/Gewinnrücklagen"; zu Kapital- und Gewinnrücklagen auch: BMF, Schreiben v. 30.05.1997 – IV B 2-S 2241a-51/93 II, BStBl. I 1997, 627 (Nr. 2 und 3); *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 94; *Bordewin*, DStR 1994, 673, 676; kritisch dazu: *Lüdemann,* in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 89: „Die FinVerw. bezieht allerdings die in der Bilanz ausgewiesenen Kapital- und Gewinnrücklagen generell in das Kapitalkonto mit ein. Dies ist dann fragwürdig, wenn auf diesen Rücklagenkonten (wie im Vier-Konten-Modell) keine Verlustverrechnung erfolgt. Dass der Gesellschafter auf diesem Konto Gewinne aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Entnahmebeschränkung stehen lässt, genügt nicht, sie als gesamthänderisch gebundenes, eingelegtes Kapital anzusehen."

1215 BGH, Urteil v. 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33 (Tz. 9): „Wichtige Indizien für eine materielle Eigenkapitalfunktion innerhalb dieser Gesamtwürdigung sind neben möglicherweise besonders günstigen Kreditkonditionen

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesellschaft nicht einseitig vom Kommanditisten gekündigt werden können und deren Guthaben im Falle eines Ausscheidens des Kommanditisten oder der Liquidation der Gesellschaft mit einem eventuell bestehenden negativen Kapitalkonto verrechnet werden.[1216] Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird ein Darlehen ausnahmsweise dem Kapitalkonto des Kommanditisten zugerechnet.[1217] Das Finanzplandarlehen unterscheidet sich insoweit von einem – mittlerweile gesellschaftsrechtlich nicht mehr zulässigen[1218] – eigenkapitalersetzenden Darlehen, welches wegen seiner nur vorübergehenden Eigenkapitalfunktion und seiner auf Gläubiger der Gesellschaft beschränkten kapitalersetzenden Wirkung nicht dem Kapitalkonto zugerechnet wurde.[1219] Selbiges gilt für die nunmehr explizit in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO, §§ 6, 6a AnfG geregelten Darlehen mit Rangrücktritt, welche die eigenkapitalersetzenden Darlehen abgelöst haben.[1220]

Für die Ermittlung des Kapitalkontos kommt es des Weiteren allein auf die bis zum Bilanzstichtag tatsächlich geleistete Einlage an, nicht auf

---

vor allem die Pflicht zur langfristigen Belassung oder das Fehlen einseitiger Kündigungsmöglichkeiten, die eine Rückforderung regelmäßig nur als Abfindungs- oder Liquidationsguthaben ermöglichen, sowie die mindestens nach Einschätzung der Gesellschafter gegebene Unentbehrlichkeit der Gesellschafterdarlehen für die Verwirklichung der gesellschaftsvertraglichen Ziele […], insbesondere auch als Grundlage für die Aufnahme von Fremdmitteln".

1216 BFH, Urteil v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 (Tz. 24); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „Finanzplandarlehen"; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 104; *Röhrig/Doege*, DStR 2006, 489, 493.

1217 BFH, Urteil v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 (Tz. 24); *Bitz*, GmbHR 2005, 1064, 1064; *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 18; *Strohn*, in: Ebenroth et al., HGB, 4. Auflage 2020, § 171 Rz. 62 f., letzterer mit dem Hinweis, dass spiegelbildlich Tilgungs- und durch Gewinne nicht gedeckte Zinszahlungen zu einem Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB führen.

1218 Die eigenkapitalersetzenden Darlehen wurden durch das MoMiG zum 01.11.2008 (BGBl. I 2008, 2026) abgeschafft. *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 47; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 91.

1219 BFH, Urteil v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 (Tz. 26); v. 28.03.2000 – VIII R 28/98, BStBl. II 2000, 347 (Tz. 22 ff.); v. 26.09.1996 – IV R 105/94, BStBl. II 1997, 277 (Tz. 23 ff.).

1220 *Strohn*, in: Ebenroth et al., HGB, 4. Auflage 2020, § 171 Rz. 2; *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die vertraglich zu erbringende Pflichteinlage.[1221] Für den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung ist auf die tatsächliche Vermögenszuführung bei der Gesellschaft und den Vermögensabfluss beim Gesellschafter abzustellen.[1222]

Wie bei der Ermittlung des „Anteils am Verlust“[1223] bleibt es auch hier nicht folgenlos, sollte feststehen, dass ein Verlustausgleich mit künftigen Gewinnen nicht mehr in Betracht kommt.[1224] Dies hat zur Folge, dass das negative Kapitalkonto nicht weiter anerkannt wird[1225] und es zu einem „Wegfall-Gewinn“ beim Kommanditisten kommt.[1226]

In Fällen, in denen § 15a EStG nur sinngemäß Anwendung findet, das heißt bei den Überschusseinkunftsarten, werden die Einkünfte nicht mittels Betriebsvermögensvergleich, sondern mittels Einnahme-Überschuss-Rechnung ermittelt.[1227] Mangels Bilanzierung auf Gesellschaftsebene ist für Zwecke des § 15a EStG für jeden Gesellschafter selbständig ein Kapitalkonto zu ermitteln.[1228] Diesbezüglich gelten die vorstehenden Ausführungen sinngemäß.

1221 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 43; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 16; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 86.

1222 Statt vieler: BFH, Beschluss v. 29.08.1996 – VIII B 44/96, BFHE 182, 26 (Tz. 20 f.); Urteil v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 19 ff.); *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 101; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 42; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 87 m.w.N.; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 44, mit Beispielen, wann die Einlage geleistet bzw. nicht geleistet ist; a.A. noch: *Knobbe-Keuk*, StuW 1981, 97, 101.

1223 S.o. unter D.I.1.b.i(1) Anteil am Verlust.

1224 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 90.

1225 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 8, 90.

1226 S.o. D.I.1.b.i(1) Anteil am Verlust, sowie H 15a EStH „Auflösung des negativen Kapitalkontos“ – 1. Spiegelstrich; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 90.

1227 BFH, Urteil v. 15.10.1996 – IX R 72/92, BStBl. II 1997, 250 (Tz. 13).

1228 BFH, Urteil v. 15.10.1996 – IX R 72/92, BStBl. II 1997, 250 (Tz. 13).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich

§ 15a EStG findet in seinem Grundfall Anwendung auf Kommanditisten, die mit ihrer Beteiligung Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG erzielen.[1229] Anknüpfungspunkt ist neben der formellen Stellung als Kommanditist auch dessen Mitunternehmereigenschaft.[1230] Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 15a EStG im Gesetz.[1231] Es ist nicht erforderlich, dass der Kommanditist schon als solcher im Handelsregister eingetragen ist.[1232] Ferner erfolgt keine Einschränkung auf solche Kommanditisten, die an einer Verlustzuweisungsgesellschaft beteiligt sind, auch wenn solche einst Anlass für die Einführung der Vorschrift waren.[1233] Zudem ist es für die Anwendung des § 15a EStG unerheblich, wenn sich der Kommanditist im Innenverhältnis zu einer erweiterten Haftung entsprechend der eines Komplementärs verpflichtet hat oder im Außenverhältnis etwa nach § 176 HGB haftet.[1234] Eine Ausnahme von der handelsrechtlichen Stellung als Kommanditist liegt im Falle eines Treugeberkommanditisten vor. Dieser ist zwar handelsrechtlich nicht als Kommanditist anzusehen, steuerlich wird ihm aber über § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO die Kommanditistenstellung des Treuhänderkommanditisten zugerechnet.[1235] Der Treugeber ist mithin für Zwecke des

1229 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 9.

1230 *Stuhrmann*, DStR 1997, 1716, 1716; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 32; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 25; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 74; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 22.

1231 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 31 f.

1232 BFH, Urteil v. 12.02.2004 – IV R 70/02, BStBl. II 2004, 423 (Tz. 20 f.); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 32; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 24.

1233 H 15a EStH „Anwendungsbereich"; BFH, Urteil v. 09.05.1996 – IV R 75/93, BStBl. II 1996, 474 (Tz. 6); *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 82.

1234 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 32, 57; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 73; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 36.

1235 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 74; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 15a Abs. 1 Satz 1 EStG als Kommanditist einzuordnen.[1236] § 15a EStG findet zudem ungeachtet der Rechtsform des als Kommanditisten beteiligten Mitunternehmers Anwendung.[1237] So ist irrelevant, ob es sich bei ihm um eine natürliche Person, eine Personengesellschaft oder eine Körperschaft handelt.[1238] Ist eine Personengesellschaft Kommanditistin und Mitunternehmerin einer Kommanditgesellschaft, findet § 15a EStG auf sie trotz einer möglichen unbeschränkten Haftung der hinter ihr stehenden Gesellschafter Anwendung.[1239] Zudem ist unerheblich, ob der Gewinn mittels Betriebsvermögensvergleichs (§§ 4 Abs. 1, 5 EStG) oder Einnahme-Überschuss-Rechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) erfolgt.[1240] Im letztgenannten Fall ist für Zwecke des § 15a EStG ein fiktives Kapitalkonto zu führen.[1241] Die Norm ist auch nicht auf im Inland unbeschränkt Steuerpflichtige beschränkt.[1242] Auch für beschränkt Steuerpflichtige findet die Vorschrift – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – auf deren inländische Einkünfte Anwendung.[1243] Ferner findet sie spiegelbildlich auf einen in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtigen Anwendung, der durch die Gesellschaft ausländische Einkünfte erzielt.[1244] Hier ist für die Anwendung

---

1236 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 74; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 32; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 37.

1237 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 25.

1238 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 25; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 8; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 24.

1239 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 19; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 74; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 25 ff.

1240 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 9; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 31; a.A.: *Weßling*, BB 2011, 1823 ff., der § 15a EStG nicht auf nach § 4 Abs. 3 EStG ermittelte Verluste anwenden möchte.

1241 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 9; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 31; zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft: *Dorn*, DStR 2015, 1598 ff.

1242 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 12.

1243 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 12.

1244 R 15a Abs. 5 Satz 1 EStR; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des § 15a EStG danach zu differenzieren, ob mit dem Drittstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) besteht oder nicht und ob – im erstgenannten Fall – die Anrechnungsmethode oder die Freistellungsmethode Anwendung findet. Existiert kein DBA mit dem ausländischen Staat, findet § 15a EStG wie gewohnt Anwendung, jedoch hat eine Anrechnung nach § 34c EStG mit eventuell angefallenen ausländischen Steuern auf diese Einkünfte zu erfolgen.[1245] Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn mit dem ausländischen Staat zwar ein DBA besteht, dieses für den Sachverhalt jedoch die Anrechnungsmethode vorsieht.[1246] Anderes gilt, wenn das DBA die Freistellungsmethode vorsieht. In diesem Fall bleiben nicht nur Gewinne aus der Beteiligung, sondern auch Verluste aus dieser Beteiligung im Rahmen der deutschen Besteuerung unberücksichtigt. Diese symmetrische Behandlung von Gewinnen und Verlusten wurde auch vom EuGH als unionsrechtskonform angesehen.[1247] Die Freistellungsmethode hat jedoch zur Folge, dass die ausländischen Einkünfte im Rahmen des Progressionsvorbehaltes nach § 32b Abs. 1 Nr. 3 EStG berücksichtigt werden, mit der Konsequenz, dass hier § 15a EStG zu beachten ist.[1248] Verluste, die unter Berücksichtigung des § 15a EStG bei einem reinen Inlandsfall nicht ausgleichsfähig, sondern lediglich nach § 15a Abs. 2 EStG mit künftigen Gewinnen aus dieser Beteiligung verrechenbar wären, führen auch nicht zu einer Reduzierung des Steuersatzes im Wege des negativen Progressionsvorbehaltes.[1249] Diese Verluste können mit künftigen Gewinnen aus dieser Beteiligung verrechnet werden, so dass im Gegenzug die künftigen Gewinne insoweit im Rahmen des Progressionsvorbehaltes ebenfalls keine Auswirkung auf den Steuersatz zeitigen.[1250]

Über § 15a Abs. 5 EStG wird der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift unter im Einzelnen im Gesetz näher genannten Voraussetzungen erweitert auf stille Gesellschafter (Nr. 1),[1251] beschränkt haftende Ge-

---

1245 Vgl. hierzu und zu der Berechnung der anteiligen Steuer: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44.

1246 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44.

1247 EuGH, Urteil v. 15.05.2008 – *Lidl Belgium GmbH & Co. KG / FA Heilbronn* – Rs. C-414/06, ECLI:EU:C:2008:278 (Tz. 33).

1248 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44.

1249 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44.

1250 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44.

1251 Gemeint ist der atypisch stille Gesellschafter, da nur dieser die Voraussetzung eines Mitunternehmers erfüllt. Der typisch stille Gesellschafter wird über § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG erfasst. *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 287.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sellschafter einer GbR (Nr. 2),[1252] beschränkt haftende Gesellschafter einer ausländischen Personengesellschaft (Nr. 3), Unternehmer mit haftungslosen Verbindlichkeiten (Nr. 4)[1253] und beschränkt haftende Mitreeder einer Reederei im Sinne des § 489 HGB a.F. (Nr. 5).

Den in Absatz 5 genannten Unternehmern ist gemein, dass ihre Haftung der eines Kommanditisten vergleichbar ist.[1254] Maßgebend für die „vergleichbare Haftung" ist nach der herrschenden Meinung die Außenhaftung des Kommanditisten.[1255] Strittig ist hingegen, wie die Haftung des vergleichbaren Unternehmers zu bestimmen ist, da etwa ein Einzelunternehmer, ein Gesellschafter einer OHG oder GbR im Außenverhältnis grundsätzlich unbeschränkt und ein atypisch stiller Gesellschafter gar nicht haftet.[1256] Die wohl herrschende Meinung stellt auf die vertragliche Ausgestaltung der Außenhaftung ab.[1257] Grund für die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs ist, dass nicht nur Kommanditgesellschaften, sondern auch andere Unternehmensformen als Verlustzuweisungsinstrumente fungieren können.[1258] Zugleich wird damit dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung Rechnung getragen.[1259] Die Aufzählung in § 15a Abs. 5 EStG ist bewusst nicht abschließend gehalten, um den

---

1252 Zu Einzelheiten siehe etwa: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 134 ff.

1253 Diese Nummer ist an das US-Recht und die dort vorhandenen haftungslosen Schulden (sog. „*nonrecourse loan*") angelehnt; § 15a Abs. 5 Nr. 4 EStG spricht dabei von Verbindlichkeiten, die „nur in Abhängigkeit von Erlösen oder Gewinnen aus der Nutzung, Veräußerung oder sonstigen Verwertung von Wirtschaftsgütern zu tilgen sind"; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 301; es ist strittig, ob die Vorschrift mit Einführung des Passivierungsverbots in § 5 Abs. 2a EStG gegenstandslos wurde, so: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 139; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 188; a.A. wohl: *Kaiser*, GmbHR 2001, 103, 103 f.

1254 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 12; BT-Drs. 8/3648, S. 17.

1255 BFH, Urteil v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 27); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 81.

1256 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 182 m.w.N.; zum Meinungsstand: BFH, Urteil v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 24).

1257 BFH, Urteil v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 22 ff.); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 182; a.A.: *Kempermann*, FR 1998, 248, 250 f.

1258 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

1259 BT-Drs. 8/3648, S. 17; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 131.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tatbestand auch für andere vergleichbare Unternehmensformen offen zu halten.[1260]

Zudem gilt es zu beachten, dass Absatz 5 nicht auf den erweiterten Verlustausgleich in Absatz 1 Satz 2 und 3 sowie den hiermit im Zusammenhang stehenden Absatz 3 Satz 3 verweist. Dies ist konsequent, da der erweiterte Verlustabzug eine Eintragung im Handelsregister voraussetzt, die in Absatz 5 erfassten Personen als solche jedoch nicht im Handelsregister eingetragen sind und auch nicht eingetragen werden können.

Anders als die systematische Stellung (im Abschnitt über die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, §§ 15-17 EStG) und der Wortlaut der Norm es vermuten lassen, ist § 15a EStG nicht auf gewerbliche Einkünfte, die mittels einer Personengesellschaft erzielt werden, beschränkt. Die Norm findet über Verweise in den anderen Einkunftsarten entsprechend (bei den Gewinneinkunftsarten) beziehungsweise sinngemäß (bei den Überschusseinkunftsarten) Anwendung.[1261] Bei den Überschusseinkunftsarten kann mangels Bilanzierung und Betriebsvermögensvergleichs lediglich eine sinngemäße Anwendung erfolgen. Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur ist hier für Zwecke des § 15a EStG „sinngemäß" ein fiktives Kapitalkonto zu führen.[1262] Eine systembedingte Ausnahme gilt für die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit gemäß § 19 EStG, da eine Personengesellschaft nicht die für § 19 EStG erforderliche höchstpersönliche Arbeitsleistung erbringen kann.

§ 52 Abs. 24 EStG enthält neben Regelungen zur Anwendbarkeit des § 15a EStG im Rahmen von Verlusten, die im Zusammenhang mit Handels- und Seeschiffen entstehen, auch eine Anwendungs- und Folgenregel für den Fall, dass ein Kommanditist oder ein diesem vergleichbarer Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und ein durch ausgleichs- und abzugsfähige Verluste negatives Kapitalkonto aufweist.[1263] Zudem bestimmt § 52 Abs. 24 Satz 5, dass bei der Anwendung des § 15a Abs. 3 EStG nur Verluste zu berücksichtigen sind, auf die § 15a Abs. 1 EStG anzuwenden ist.

1260 § 15a Abs. 5 EStG leitet die Aufzählung mit „insbesondere" ein.

1261 §§ 13 Abs. 7, 18 Abs. 4 Satz 2, 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2, 21 Abs. 1 Satz 2 EStG; zur Anwendbarkeit des § 15a EStG bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften vgl. auch: *Dorn*, DStR 2015, 1598 ff.

1262 BFH, Urteil v. 02.09.2014 – IX R 52/13, BStBl. II 2015, 263 (Tz. 13); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 31; *Dorn*, DStR 2015, 1598, 1598 f.; a.A.: *Kahle/Rombach*, Ubg 2019, 181, 187, Fn. 94.

1263 § 52 Abs. 24 Sätze 1 bis 4 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darüber hinaus ist § 15a EStG über §§ 7, 8 KStG auch bei der Körperschaftsteuer zu berücksichtigen.[1264] Im Rahmen der Gewerbesteuer findet § 15a EStG hingegen keine Anwendung.[1265]

iii. Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel

§ 15a EStG knüpft an die handelsrechtliche Haftung des Gesellschafters an.[1266] Besonders deutlich wird dies im Rahmen des erweiterten Verlustausgleichs nach § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG, der explizit auf die Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB abstellt. Aus Praktikabilitätsgründen hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, sämtliche Haftungstatbestände einzubeziehen, und sich auf eine – nach ständiger Rechtsprechung – verfassungsrechtlich zulässige Typisierung beschränkt.[1267]

Der erweiterte Verlustausgleich gewährt als Ergänzung zum Grundtatbestand in Satz 1 unter bestimmten Voraussetzungen einen höheren laufenden Verlustausgleich. Demzufolge können Verluste auch dann im Jahr ihrer Entstehung mit anderen Einkünften ausgeglichen oder von diesen abgezogen werden, soweit diese zu einem negativen Kapitalkonto führen oder ein solches erhöhen.[1268] Dies gilt bis zu der Höhe, „um den die im Handelsregister eingetragene Einlage [=Haftsumme] des Kommanditisten seine geleistete Einlage übersteigt“[1269]. Hierdurch darf dem Kommanditisten kein höheres Verlustausgleichsvolumen zustehen, als er hätte, wenn

---

1264 BT-Drs. 8/3648, S. 17; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 10.

1265 R 7.1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GewStR; *Orth*, FR 2005, 515, 521; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 20; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 69.

1266 *Brandenberg*, FR 2010, 731, 735: „Anknüpfung an die handelsrechtlichen Haftungsregelungen (z.B. Bestehen, Nichtbestehen, Wiederaufleben der Haftung nach HGB […])“.

1267 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 14.07.2006 – 2 BvR 375/00, BFH/NV 2007, Beilage 4, 235 (Tz. 12); BFH, Urteil v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 21); v. 28.03.2000 – VIII R 28/98, BStBl. II 2000, 347 (Tz. 23 ff.); v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 28); v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14); auf Kritik an dieser Typisierung wird am Ende des Abschnittes eingegangen.

1268 § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG.

1269 § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

er die Einlage von Anfang an in voller Höhe erbracht hätte.[1270] Der erweiterte Verlustausgleich soll lediglich das Ergebnis des § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG vorwegnehmen, aber nicht das Verlustausgleichsvolumen erhöhen.[1271] Daher können künftige Verluste nicht mehr nach § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG ausgeglichen respektive abgezogen werden, wenn der Betrag schon einmal in vollem Umfang ausgeschöpft wurde.[1272] Ferner führt die spätere Leistung der Einlage nicht zu einem zusätzlichen Verlustausgleichspotential nach § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG, soweit in dieser Höhe schon ein erweiterter Verlustausgleich gewährt wurde.[1273] Lediglich ein die Haftsumme übersteigender Betrag oder der Betrag, der noch nicht im Wege eines erweiterten Verlustausgleiches berücksichtigt wurde, führen zu neuem Verlustausgleichspotential.[1274] Um dies sicherzustellen, ist ein Merkposten zu führen.[1275]

Voraussetzung für einen derartigen erweiterten Verlustausgleich ist zunächst, dass der Kommanditist nach § 171 Abs. 1 HGB haftet. Diese Haftung bestimmt sich allein nach dem Handelsrecht, so dass auch § 172 Abs. 4 HGB (Wiederaufleben der Haftung durch Einlagenrückgewähr) Berücksichtigung findet.[1276] Das Kapitalkonto nach der Steuerbilanz ist dabei irrelevant; es ist allein das handelsrechtliche Kapitalkonto maßgeb-

---

1270 BFH, Urteil v. 18.05.2017 – IV R 36/14, DStR 2017, 1524 (Tz. 27); R 15a Abs. 3 Satz 6 f. EStR.

1271 BFH, Beschluss v. 10.06.1999 – IV B 126/98, BFH/NV 1999, 1461 (Tz. 18); Urteil v. 18.05.2017 – IV R 36/14, DStR 2017, 1524 (Tz. 27); *Bordewin*, DStR 1994, 673, 677.

1272 R 15a Abs. 3 Sätze 6 bis 9 EStR; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 113; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, 138. Auflage 2017, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 138; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 86; *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 32.

1273 BFH, Beschluss v. 10.06.1999 – IV B 126/98, BFH/NV 1999, 1461 (Tz. 18); Urteil v. 19.04.2007 – IV R 70/04, BStBl. II 2007, 868 (Tz. 27); v. 11.10.2007 – IV R 38/05, BStBl. II 2009, 135 (Tz. 19); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „negative Tilgungsbestimmung".

1274 BFH, Urteil v. 11.10.2007 – IV R 38/05, BStBl. II 2009, 135 (Tz. 19).

1275 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 22), spricht insoweit von einer zu führenden „Nebenrechnung".

1276 BFH, Urteil v. 06.03.2008 – IV R 35/07, BStBl. II 2008, 676 (Tz. 21 f.); *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 29; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 72 ff.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich.[1277] Eine Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB liegt vor, soweit die im Handelsregister eingetragene Haftsumme des Kommanditisten die bisher geleistete Einlage übersteigt.[1278] Nur insoweit entsteht der erweiterte Verlustausgleich.[1279] Die im Innenverhältnis geschuldete Pflichteinlage ist hierfür nicht relevant. Darüber hinaus fordert § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG, dass der Kommanditist, dem der Anteil zuzurechnen ist, „im Handelsregister eingetragen ist, das Bestehen der Haftung nachgewiesen wird und eine Vermögensminderung auf Grund der Haftung nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich ist". Durch diese zusätzlichen Voraussetzungen möchte der Gesetzgeber Missbräuchen vorbeugen.[1280]

Das Erfordernis der Handelsregistereintragung schließt unter anderem die in Absatz 5 gleichgestellten Gesellschafter sowie Treugeberkommanditisten von der Anwendung des erweiterten Verlustabzuges aus.[1281] Mithin ist es konsequent, dass Absatz 5 keinen Verweis auf Absatz 1 Sätze 2 und 3 enthält.[1282] In einer Treuhandlage ist zwischen dem handelsrechtlichen Kommanditisten (Treuhänder) und dem steuerlichen Kommanditisten (Treugeber) zu differenzieren. Während der handelsrechtliche Kommanditist (Treuhänder) als solcher im Handelsregister eingetragen ist, wird dieser aus steuerlicher Sicht nicht als Kommanditist angesehen. Die Kommanditistenstellung wird für steuerliche Zwecke nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO dem Treugeber zugerechnet. Auch dieser kann jedoch keinen erweiterten Verlustausgleich geltend machen, da er nicht als Kommanditist im Handelsregister eingetragen ist; zudem haftet er nicht nach § 171

1277 BFH, Urteil v. 11.10.2007 – IV R 38/05, BStBl. II 2009, 135 (Tz. 22); Hessisches FG, Urteil v. 11.09.2013 – 2 K 493/10, juris, (Tz. 24); *Lüdemann,* in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 105; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 75.

1278 § 171 Abs. 1 HGB.

1279 § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG.

1280 BT-Drs. 8/3648, S. 16 f.

1281 *Lüdemann,* in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 117; zum Treugeberkommanditisten: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 147; *Stuhrmann*, DStR 1997, 1716, 1717; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 73; zur stillen Gesellschaft: BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 19); zum Treugeberkommanditisten und Unterbeteiligten auch: R 15a Abs. 3 Satz 4 EStR.

1282 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 1 HGB gegenüber Dritten.[1283] In zeitlicher Hinsicht muss die Eintragung am Bilanzstichtag bereits vollzogen sein.[1284] Die Anmeldung zur Eintragung genügt nicht.[1285] Dies gilt auch dann, wenn sich diese, vom Steuerpflichtigen unverschuldet, verzögert.[1286] Ferner ist zu beachten, dass die tatsächlich erfolgte Eintragung im Handelsregister maßgeblich ist.[1287] Dies gilt unabhängig davon, ob diese richtig oder fehlerhaft erfolgte und aus welchen Gründen sie fehlerhaft erfolgte.[1288]

Da es der Finanzverwaltung aus Sicht des Gesetzgebers im Einzelfall nicht möglich ist, festzustellen, ob und in welchem Umfang die Haftung des Kommanditisten nach § 171 Abs. 1 HGB unter Berücksichtigung des § 172 Abs. 4 HGB am Bilanzstichtag besteht, fordert § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG den Nachweis hierüber.[1289] Der Nachweis ist im Einzelnen über die Eintragung der Haftsumme im Handelsregister sowie über die geleiste-

---

1283 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 73; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 117; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 31; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 147; alle mit dem Hinweis, dass teilweise der erweiterte Verlustausgleich für den Treugeber schon mit dem Argument abgelehnt wird, dass dieser nicht nach § 171 Abs. 1 HGB haftet, sondern lediglich im Innenverhältnis gegenüber dem Treuhänder verpflichtet ist; zur fehlenden Haftung eines Treugeber-Kommanditisten nach § 171 Abs. 1 HGB auch: *Mock*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Auflage 2019, § 172 Rz. 64, § 230 Rz. 181.

1284 R 15a Abs. 3 Satz 1 f. EStR; BFH, Beschluss v. 28.05.1993 – VIII B 11/92, BStBl. II 1993, 665 (Tz. 16); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 74; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 146; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 31.

1285 R 15a Abs. 3 Satz 2 EStR; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 117; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 31; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 74, a.A.: *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 26, der die Anmeldung am Bilanzstichtag genügen lassen möchte, wenn die Eintragung bis zur Bilanzaufstellung vollzogen ist und der Antragsteller die Gründe der nicht rechtzeitigen Eintragung nicht selbst zu vertreten hat.

1286 R 15a Abs. 3 Satz 3 EStR.

1287 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 29.

1288 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 29.

1289 BT-Drs. 8/3648, S. 16; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 119; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 32; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te Einlage und eventuelle Einlagenrückgewährungen im Sinne des § 172 Abs. 4 HGB zu führen.[1290]

Zur weiteren Bekämpfung von Verlustzuweisungsmodellen[1291] erfordert Satz 3 ferner, dass „eine Vermögensminderung auf Grund der Haftung nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich ist". Letzteres ist nach der Rechtsprechung nur dann gegeben, „wenn die finanzielle Ausstattung der Gesellschaft und deren gegenwärtige sowie zu erwartende Liquidität (nicht nur stichtagsbezogen) im Verhältnis zum nach dem Gesellschaftsvertrag festgelegten Gesellschaftszweck und dessen Umfang so außergewöhnlich günstig sind, daß die finanzielle Inanspruchnahme des einzelnen zu beurteilenden Kommanditisten nicht zu erwarten ist"[1292]. Allein die Eintragung im Handelsregister stellt nach Ansicht der Rechtsprechung regelmäßig schon ein „echtes wirtschaftliches und nicht nur ein formal-juristisches Risiko"[1293] dar.[1294] Nachdem die Finanzverwaltung bis dato noch vertreten hatte, dass die Eintragung der Haftsumme im Handelsregister, ohne dass die Hafteinlage erbracht wurde, nur ausnahmsweise und nicht generell zu einer wahrscheinlichen Vermögensminderung führt, hat sich die Finanzverwaltung im Anschluss an das BFH-Urteil vom 14. Mai 1991[1295] dieser Rechtsprechung angeschlossen und die eigene Verwaltungsauffassung aufgegeben.[1296] Dieser Ansicht folgt auch die Literatur.[1297]

Für einen Ausschluss der Vermögensminderung qua Vertrag, ist ein diesbezüglicher Vertrag mit Gläubigern nach herrschender Meinung nicht ausreichend.[1298] Dies gilt selbst dann, wenn ein Vertrag mit allen Gläubi-

---

1290 *Lüdemann,* in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 119; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 32.

1291 BT-Drs. 8/3648, S. 16 f.

1292 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 111/86, BStBl. II 1992, 164 (Tz. 17), mit einer ausführlichen Begründung dieser Ansicht in Tz. 19 ff.

1293 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 111/86, BStBl. II 1992, 164 (Tz. 17).

1294 So auch *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 127; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 35; *Bordewin*, DStR 1994, 673, 677.

1295 BFH, Urteil v. 14.05.1991 – VIII R 111/86, BStBl. II 1992, 164.

1296 BMF, Schreiben v. 20.02.1992 – IV B 2-S 2241a-8/92, BStBl. I 1992, 123 (Tz. 2 ff.).

1297 So auch *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 127; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 35; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 153.

1298 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 123; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 33; *Bitz*, in: Littmann/

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gern der Gesellschaft geschlossen würde, da ein solcher die gesetzliche Haftung (Deliktsrecht, Bereicherungsrecht, gesetzliche Schuldverhältnisse) nicht ausschließen kann.[1299] Abweichendes gilt bei Verträgen mit Dritten.[1300] So kann der Kommanditist exempli causa eine Haftungsfreistellung oder einen Versicherungsvertrag vereinbaren.[1301] Diese wirken sich zwar nicht auf eine mögliche Inanspruchnahme aus einer Haftung, aber doch auf eine mögliche Vermögensminderung aus.[1302] Die Haftungsfreistellung erfordert, dass die Durchsetzbarkeit des Anspruchs gesichert ist, zum Beispiel mittels Bürgschaft.[1303] Diese in Satz 3 zusätzlich verankerte Voraussetzung bewirkt, dass im Falle einer Unterbeteiligung dem Hauptbeteiligten ein erweiterter Verlustausgleich nur gekürzt um den Betrag der bestehenden Unterbeteiligung zusteht.[1304] Als Argument wird der Freistellungsanspruch nach § 670 BGB genannt, der insoweit eine Inanspruchnahme unwahrscheinlich macht.[1305] Ferner würde es andernfalls zu einer um die Höhe des Verlustausgleichspotentials des Unterbeteiligten erhöhten Verlustverrechnung kommen, da dem Unterbeteiligten als Mitunternehmer ein eigener Verlustausgleich nach § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG zusteht.[1306]

Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 31; a.A.: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 152.

1299 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 123; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 33; *von Beckerath,* in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. C 137; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 31; a.A.: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 152.

1300 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 124; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 152, beide mit dem Hinweis, dass Dritte in dem Sinne auch Mitgesellschafter sind.

1301 BT-Drs. 8/3648, S. 16; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 123; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 33; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 31; *von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. C 135; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 152; a.A. noch: *Lempenau,* StuW 1981, 235, Fn. 52.

1302 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 123.

1303 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 123.

1304 BFH, Urteil v. 19.04.2007 – IV R 70/04, BStBl. II 2007, 868 (Tz. 25 f.); H 15a EStH „Verlustausgleich" – 4. Spiegelstrich; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 38; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 124; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 73; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 148.

1305 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 124.

1306 *Kempermann*, DStR 2008, 1917, 1917.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein erweiterter Verlustausgleich steht dem Unterbeteiligten dagegen aus mehreren Gründen nicht zu. Es fehlt an einer Zurechnung der Beteiligung gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO,[1307] an einer Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB sowie an der namentlichen Eintragung im Handelsregister.[1308] Die Eintragung des Hauptbeteiligten wirkt nicht für den Unterbeteiligten.[1309] Der Unterbeteiligte wird lediglich über § 15a Abs. 5 Nr. 2 EStG erfasst, der einen erweiterten Verlustausgleich ausschließt.[1310]

Leistet ein Kommanditist, der nach § 171 Abs. 1 HGB haftet, eine Einlage, steht ihm die Möglichkeit einer negativen Tilgungsbestimmung zu. Diese zivilrechtlich anerkannte Möglichkeit wird seit dem Urteil des BFH vom 11. Oktober 2007[1311] von der herrschenden Meinung auch für steuerliche Zwecke anerkannt, vorbehaltlich des § 42 AO.[1312] Konsequenz einer negativen Tilgungsbestimmung ist, dass eine bestimmte Schuld, deren Erfüllung durch die erbrachte Leistung herbeigeführt werden könnte, nicht erlischt.[1313] Für § 15a Abs. 1 EStG folgt daraus, dass der Kommanditist der Gesellschaft Eigenkapital zuführen kann (dies erhöht das Verlustaus-

1307 BFH, Urteil v. 29.10.1991 – VIII R 51/84, BStBl. II 1992, 512 (Tz. 39), m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung; v. 02.10.1997 – IV R 75/96, BStBl. II 1998, 137 (Tz. 10); v. 19.04.2007 – IV R 70/04, BStBl. II 2007, 868 (Tz. 26).

1308 *Kempermann*, DStR 2008, 1917, 1917; zur fehlenden namentlichen Eintragung: R 15a Abs. 3 Satz 5 EStR; zur fehlenden Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB: *Mock*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Auflage 2019, § 172 Rz. 64, § 230 Rz. 181.

1309 R 15a Abs. 3 Satz 5 EStR.

1310 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 35. Auflage 2016, § 15a Rz. 32, 137.

1311 BFH, Urteil v. 11.10.2007 – IV R 38/05, BStBl. II 2009, 135; bestätigt durch BFH, Urteil v. 16.10.2008 – IV R 98/06, BStBl. II 2009, 272 (Tz. 29).

1312 Zur zivilrechtlichen Anerkennung u.a.: BGH, Urteil v. 14.07.1972 – V ZR 176/70, WM 1972, 1276, (Tz. 8); *Fetzer*, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, § 362 Rz. 13; *Müller/Marchard*, GmbHR 2009, 274, 279; zur h.M.: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 107; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „negative Tilgungsbestimmung"; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 29; *Kempermann*, DStR 2008, 1917, 1918; *Prinz*, StuB 2009, 129, 131; *Staats*, BB 2008, 656; *Wendt*, Stbg 2009, 1, 5; *Müller/Marchand*, GmbHR 2009, 279, 279; a.A.: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 140; *Hüttemann/Meyer*, DB 2009, 1613, 1616 ff.; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 75; *Schmidt*, in: MüKo HGB, 4. Auflage 2019, §§ 171, 172 Rz. 50, wonach eine negative Tilgungsbestimmung nicht möglich sei, da die Einlage nicht auf die Haftsumme geleistet werde und die Haftung kraft Gesetzes durch die Einlage erlösche; zu § 42 AO: BFH, Urteil v. 11.10.2007 – IV R 38/05, BStBl. II 2009, 135 (Tz. 27).

1313 BFH, Urteil v. 11.10.2007 – IV R 38/05, BStBl. II 2009, 135 (Tz. 26).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichspotential nach § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG), ohne dass seine Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB erlischt (mit der Folge des § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG).[1314]

Jenseits der Möglichkeit der negativen Tilgungsbestimmung kommt dem Steuerpflichtigen nach herrschender Meinung kein Wahlrecht in Bezug auf den erweiterten Verlustausgleich zu.[1315] Liegen die Voraussetzungen vor, hat ein solcher zu erfolgen. Der Steuerpflichtige kann nicht auf den erweiterten Verlustausgleich zugunsten eines höheren verrechenbaren Verlustes nach Absatz 2 für etwaige spätere Gewinnjahre verzichten.

Andere als der in § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG ausdrücklich genannte Haftungstatbestand des § 171 Abs. 1 HGB führen nicht zu einem erweiterten Verlustausgleich.[1316] Dies hat der Finanzausschuss in seinem Bericht zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze – Drucksachen 8/3648, 8/4141 – noch einmal explizit klargestellt.[1317] Die Einschränkung gilt sowohl für im HGB geregelte Haftungstatbestände, wie etwa §§ 160, 172 Abs. 2 und 176 HGB, als auch für schuldrechtlich begründete Einstandspflichten, wie etwa eine Bürgschaftsübernahme oder einen Schuldbeitritt.[1318] Ferner gilt sie sowohl für Fälle der Außen- als auch der Innenhaftung.[1319] Den verschiedenen Formen

---

1314 H 15a EStH „Einlagen" – 2. Spiegelstrich.

1315 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a [Stand 09/2017] EStG Rz. 116; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 40; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 177 ff.; *von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. C 230 ff.; a.A.: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 87; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 29; *Grobshäuser et al.*, Besteuerung der Gesellschaften (2020), S. 289; für zweifelhaft hält das Wahlrecht: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 137.

1316 BFH, Urteil v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 19 ff.), der in der Beschränkung auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken sieht, da diese auf sachgerechten Erwägungen (Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen, Praktikabilität) beruhe; H 15a EStH „Verlustausgleich" – 2. Spiegelstrich; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 27; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 157 f.

1317 BT-Drs. 8/4157, S. 4 f.

1318 BT-Drs. 8/3648, S. 17; BT-Drs. 8/4157, S. 2; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 111; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 30; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 78.

1319 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 22); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *Lüdemann*,

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Außenhaftung ist gemein, dass der Kommanditist von Dritten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in gleicher Weise in Anspruch genommen werden kann wie bei der Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB.[1320] Aufgrund dieser Ungleichbehandlung unterschiedlicher Haftungstatbestände blieb diese Regelung nicht ohne Kritik, die bis zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit geht.[1321] Dennoch hat sich der Gesetzgeber im Rahmen des § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG bewusst für eine Ungleichbehandlung entschieden, sodass auch eine analoge Anwendung mangels planwidriger Regelungslücke ausscheidet.[1322] Hierfür führt er Gründe der Praktikabilität sowie der Missbrauchsbekämpfung an, die sich aus der einfach nachzuprüfenden Außenhaftung – infolge der Handelsregistereintragung – des § 171 Abs. 1 HGB ergeben.[1323] Aus diesen Gründen erkennt neben dem Bundesfinanzhof[1324] auch das Bundesverfassungsgericht[1325] die Regelung als verfassungsgemäß an. Diese Auffassung entspricht auch der Finanzverwaltungsauffassung[1326] sowie der herrschenden Literatur.[1327]

Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 281; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 78; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 28 ff.

1320 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 111.

1321 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1110; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 284, 300; *Jakob*, BB 1988, 1429, 1437 f.; zu früherer Kritik zudem: *Schmidt*, in: Schmidt, EStG, 20. Auflage 2001, § 15a Rz. 129; zur Begründung wird angeführt, dass die Ungleichbehandlung der unterschiedlichen Haftungstatbestände und Zahlungsverpflichtungen, die im Ergebnis die gleichen wirtschaftlichen Folgen zeitigen, zu einer unterschiedlichen Besteuerung von Leistungsfähigkeit führe. Ferner könne diese Ungleichbehandlung angesichts der großen Zahl Betroffener auch nicht durch Praktikabilitätsgründe oder Missbrauchserwägungen gerechtfertigt werden.

1322 BFH, Beschluss v. 28.05.1993 – VIII B 11/92, BStBl. II 1993, 665 (Tz. 17) m.w.N.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 111; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 30.

1323 BT-Drs. 8/3648, S. 16; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 111.

1324 BFH, Urteil v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 21); v. 28.03.2000 – VIII R 28/98, BStBl. II 2000, 347 (Tz. 23 ff.); v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 28); v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14).

1325 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 14.07.2006 – 2 BvR 375/00, WM 2006, 1791.

1326 H 15a EStH „Verfassungsmäßigkeit" – 2. Spiegelstrich.

1327 Statt vieler: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 78; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 18;

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass eine Haftungserweiterung im Handelsregister nach Ablauf eines Wirtschaftsjahres ohne Auswirkung auf das Verlustausgleichsvolumen des Wirtschaftsjahres bleibt.[1328] Über § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG resultiert daraus jedoch ein erhöhtes Verlustausgleichsvolumen in den folgenden Wirtschaftsjahren (konträr zur vorgezogenen Einlage, § 15a Abs. 1a EStG)[1329].[1330]

iv. Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a

Naturgemäß stellt sich bei einer Verlustverrechnungsbeschränkung, die für das Verlustausgleichsvolumen auf das Kapitalkonto des Gesellschafters abstellt, die Frage, wie sich spätere Einlagen, die zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos geleistet werden und im Jahr ihrer Erbringung nicht mit Verlusten verrechnet werden konnten, auf das Verlustverrechnungsvolumen auswirken. Hierbei gilt es zwei Wirkrichtungen zu unterscheiden. Zunächst kann sich die Frage stellen, ob eine solche Einlage zu einer Umqualifizierung von bereits festgestellten verrechenbaren Verlusten in ausgleichsfähige Verluste führt (nachträgliche Einlage). Wird dies verneint, stellt sich die Frage, ob eine solche Einlage jedenfalls Verlustverrechnungspotential für künftige Verluste generiert (vorweggenommene Einlage).

Dass eine nachträgliche Einlage nicht zu einer Umqualifizierung von in vergangenen Jahren festgestellten verrechenbaren Verlusten in ausgleichsfähige Verluste führt, ist, soweit ersichtlich, herrschende Meinung und entspricht auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.[1331] Auch eine analoge Anwendung des § 15a Abs. 3 EStG sowie eine erweiternde Auslegung werden abgelehnt.[1332] Ein diesbezüglicher Verfassungsverstoß

Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 326.

1328 *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 15a Rz. 33.

1329 Vgl. dazu die Ausführungen unter: D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

1330 *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 15a Rz. 33.

1331 BT-Drs. 8/4157, S. 3; BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 28); v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 23) m.w.N.; v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 21); *von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. A 301 ff., der dies jedoch kritisiert.

1332 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 29, 32); v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 23) m.w.N.; gegen eine analoge Anwendung des § 15a Abs. 3 EStG zudem: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146: der ausdrückliche Wortlaut

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird aufgrund sachlicher Rechtfertigung verneint.[1333] So verhindere diese Behandlung eine weitere Verkomplizierung des Rechts sowie unerwünschte Gestaltungsmöglichkeiten.[1334]

Strittig war und ist dagegen die Behandlung vorweggenommener Einlagen. Während der BFH in seiner „Korrekturposten-Entscheidung" vom 14. Oktober 2003 erklärte, dass die gegenwärtige Behandlung nachträglicher Einlagen nicht beanstandet werden könne, entschied er zudem, dass solche Einlagen jedoch als vorweggenommene Einlagen mit Verlusten aus künftigen Wirtschaftsjahren verrechnet werden können und hierfür ein sogenannter „Korrekturposten" zu bilden sei.[1335] Dieser bewirke, dass Verluste künftiger Wirtschaftsjahre in Höhe des noch vorhandenen Korrekturpostens auch dann ausgeglichen werden können, soweit diese zu einem negativen Kapitalkonto führen oder dieses erhöhen.[1336] Dies begründet der BFH mit einer teleologischen Reduktion des § 15a EStG, da es „gemessen am Regelungszweck sowie der Systematik des § 15a EStG"[1337] andernfalls zu sinnwidrigen Ergebnissen kommen würde.[1338] Die hierdurch entstehende Regelungslücke sei unter Berücksichtigung des Regelungszwecks und der Historie der Vorschrift durch einen Analogieschluss zu schließen.[1339] Andernfalls käme es zu einer ungewollten Ungleichbehandlung von Einlagen, die in einem Verlustjahr erbracht wurden („zeitkongruente Einlage"), und solchen, die vor einem Verlustjahr erbracht wurden („vorgezogene

---

und Wille des Gesetzgebers (BT-Drs. 8/4157, S. 3) stünden einer planwidrigen Regelungslücke und damit einer analogen Anwendung entgegen; a.A.: *Groh*, DB 1990, 13, 17; *Lempenau*, StuW 1981, 235, 244; *Eggesiecker/Eisenach/Schürner*, FR 1981, 13, 14.

1333 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 33): „Die Begrenzung des Verlustausgleichs auf den am Bilanzstichtag gegebenen Haftungsumfang ist sachlich vertretbar", zumal die Regelung nicht dazu führt, dass „tatsächlich und rechtlich vom beschränkt haftenden Gesellschafter getragene Verluste endgültig von ihrer steuerlichen Berücksichtigung ausgeschlossen werden"; BFH, Urteil v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 23).

1334 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 33); v. 11.11.1997 – VIII R 39/94, BFH/NV 1998, 1078 (Tz. 23); bestätigt durch: BFH, Urteil v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 23).

1335 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 13, 15).

1336 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 13).

1337 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 13).

1338 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 13).

1339 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 13).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einlage“).[1340] Ferner käme es zu einer Ungleichbehandlung mit einer Haftungsaufstockung im Rahmen des § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG, die lediglich eine Ergänzung zum Grundtatbestand darstellt.[1341] Diese würde – anders als die Einlage – unabhängig davon, ob sie im Verlustjahr oder bereits in einem vorangegangenen Jahr erfolgte, zu einem erweiterten Verlustausgleich nach § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG führen.[1342] Gegen die Bildung und Fortführung des Korrekturpostens könnten auch keine Praktikabilitätsgründe ins Feld geführt werden, da auch im Rahmen des erweiterten Verlustausgleichs eine Nebenrechnung zu führen sei.[1343] Diese Rechtsprechung bestätigte der BFH mit Urteil vom 26. Juni 2007[1344] sowie Beschluss vom 13. September 2007[1345]. Nachdem die Finanzverwaltung auf die „Korrekturposten-Entscheidung“ des Bundesfinanzhofs vom 14. Oktober 2003 noch mit einem Nichtanwendungserlass reagierte,[1346] schloss sie sich nach dem Urteil des BFH vom 26. Juni 2007[1347] dieser Rechtsprechung an.[1348] Die so entwickelte Praxis hatte Bestand, bis der Gesetzgeber mit dem Jahressteuergesetz 2009 den neuen Absatz 1a einfügte.[1349] Danach führen „nachträgliche Einlagen […] weder zu einer nachträglichen Ausgleichs- oder Abzugsfähigkeit eines vorhandenen verrechenbaren Verlustes noch zu einer Ausgleichs- oder Abzugsfähigkeit des dem Kommanditisten zuzurechnenden Anteils am Verlust eines zukünftigen Wirtschaftsjahres, soweit durch den Verlust ein negatives Kapitalkonto des Kommanditisten entsteht oder sich erhöht.“[1350] Diese Regelung gilt nunmehr für alle Einlagen, die nach dem 24. Dezember 2008 getätigt wurden.[1351] Der Gesetzgeber hat damit der bisherigen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis eine klare Absage erteilt und sich bewusst gegen

1340 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 15 f.); mit Verweis auf die BFH Rechtsprechung: *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 23.
1341 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 18).
1342 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 18).
1343 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 22).
1344 BFH, Urteil v. 26.06.2007 – IV R 28/06, BStBl. II 2007, 934.
1345 BFH, Beschluss v. 13.09.2007 – IV B 63/07, BFH/NV 2008, 39 (Tz. 3).
1346 BMF, Schreiben v. 14.04.2004 – IV A 6-S 2241a-10/04, BStBl. I 2004, 463.
1347 BFH, Urteil v. 26.06.2007 – IV R 28/06, BStBl. II 2007, 934.
1348 BMF, Schreiben v. 19.11.2007 – IV B 2-S 2241-a/07/0004, BStBl. I 2007, 823; *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 25.
1349 JStG 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794, 2797.
1350 § 15a Abs. 1a Satz 1 EStG.
1351 BFH, Urteil v. 18.05.2017 – IV R 36/14, DStR 2017, 1524 (Tz. 23); JStG 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794, 2808.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Einführung eines Korrekturpostens entschieden. Er begründet seine Entscheidung, nicht nur für nachträgliche Einlagen eine Umqualifizierung, sondern auch für vorweggenommene Einlagen eine Erhöhung des Verlustausgleichsvolumen auszuschließen, mit der Vermeidung von willkürlichen Einlagen zur Schaffung eines erhöhten Verlustausgleichsvolumens.[1352] Diese Begründung ist in der Literatur teils auf heftige Kritik gestoßen. So wird die Norm von Teilen der Literatur als verfassungswidrig eingestuft.[1353] Es sei nicht ersichtlich, inwiefern es zu einer willkürlichen Schaffung von Verlustausgleichsvolumen komme, wenn eine Einlage nur auf Verluste in späteren Jahren, die weder vorhersehbar noch in ihrer Höhe steuerbar sind, eine Wirkung entfaltet und zudem der Eigenkapitalausstattung dient.[1354] Dies gelte, zumal eine Erhöhung der Haftsumme nach § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG die gleichen Folgen zeitige, es mithin zu einer Ungleichbehandlung wirtschaftlich gleicher Sachverhalte komme. Die Norm verstoße insoweit auch gegen das Gebot der Folgerichtigkeit, als der Steuerpflichtige Verluste, die er tatsächlich wirtschaftlich trägt, nicht unmittelbar steuerlich geltend machen kann.[1355]

Aufgrund der tatsächlich eingetretenen wirtschaftlichen Belastung des Gesellschafters in Folge der Einlage ist es unter dem Aspekt des objektiven Nettoprinzips jedoch erforderlich, dass sich die Einlage jedenfalls im Zeitpunkt der Anteilsveräußerung oder -aufgabe steuerlich auswirkt.[1356] Dies wird durch die im Zusammenhang mit der Einführung des Absatzes 1a vorgenommenen Ergänzung in § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG sichergestellt.[1357] Danach können die Einlagen im Falle einer Anteilsveräußerung zu einem erhöhten Verlustausgleichsvolumen führen.[1358] Dies ist der Fall, wenn der Veräußerungsgewinn in vollem Umfang durch vorhandene verrechenbare

1352 BT-Drs. 16/10189, S. 49.

1353 Eingehend hierzu: *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 18, 129; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 117; *Wacker*, DStR 2009, 403, 405 f.; Kritik an der Gesetzesbegründung äußern zudem: *Kempermann*, DStR 2008, 1917, 1920 f.; *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 26.

1354 *Kempermann*, DStR 2008, 1917, 1920; *Wacker*, DStR 2009, 403, 405.

1355 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31.

1356 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 21); v. 16.05.2002 – IV R 58/00, BStBl. II 2002, 748 (Tz. 32 ff.); v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 22).

1357 JStG 2009 v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794, 2797.

1358 *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verluste aufgezehrt wird.[1359] Ergibt sich ein Überschuss an verrechenbaren Verlusten, werden diese nach § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG in Höhe der nachträglichen Einlage in ausgleichs- und abzugsfähige Verluste umqualifiziert.[1360] Gleiches gilt im Falle eines Aufgabegewinns.[1361]

v. Verlustverrechnung in späteren Wirtschaftsjahren nach § 15a Abs. 2 EStG

§ 15a Abs. 2 EStG enthält einen „innerbetrieblichen Verlustvortrag".[1362] Dieser bewirkt unter anderem, dass die beim Kommanditisten zunächst nicht abzugs- und ausgleichsfähigen Verluste die künftigen Gewinne des Kommanditisten aus seiner Beteiligung an der Kommanditgesellschaft mindern.[1363] Zugleich enthält die Regelung damit eine „negative Zurechnungsnorm", nach der die vom Kommanditisten nicht ausgleichs- und abzugsfähigen Verluste nicht vom Komplementär oder einem anderen Kommanditisten mit positivem Kapitalkonto geltend gemacht werden können.[1364] Dieser „innerbetriebliche Verlustvortrag" ist zeitlich und in seiner Höhe unbegrenzt.[1365] Er stellt auf den Verlust ab, der nach § 15a Abs. 1 EStG – und klarstellend nach § 15a Abs. 1a EStG[1366] – nicht ausgeglichen und abgezogen werden „darf". Ob der Verlust tatsächlich auch nicht ausgeglichen und abgezogen wurde, ist irrelevant.[1367] Konnte ein nach § 15a Abs. 1 EStG ausgleichs- und abzugsfähiger Verlust mangels anderer positiver Einkünfte tatsächlich nicht ausgeglichen werden, unterliegt er künftig den Bestimmungen des § 10d EStG und nicht § 15a Abs. 2 und 4

1359 *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 26.
1360 *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 26.
1361 § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG.
1362 *Kempf/Hillringhaus*, DB 1996, 12, 12.
1363 § 15a Abs. 2 Satz 1 EStG.
1364 H 15a EStH „Allgemeines"; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 59; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 167; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 13, 103. Etwas anderes gilt in dem oben bereits genannten Fall, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kein Ausgleich des Verlustes mit künftigen Gewinnen mehr erfolgen wird. S.o. unter: D.I.1.b.i(1) Anteil am Verlust.
1365 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG§ 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 166.
1366 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 51.
1367 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 132.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EStG.[1368] Ein Antrag ist für die Verlustverrechnung nicht erforderlich.[1369] Im Gegenzug kann aber auch nicht auf sie verzichtet werden.[1370] Dies gilt auch dann, wenn ein tarifbegünstigter Gewinn (§§ 16, 34 EStG) vorliegt.[1371]

Wie bereits bei der Ermittlung des maßgeblichen Verlustanteils als auch des Kapitalkontos wurde auch im Rahmen der „Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der Kommanditgesellschaft zuzurechnen sind“[1372], die Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens diskutiert. In der ursprünglichen Gesetzesbegründung vom 8. Februar 1980[1373] war vorgesehen, dass der nach Absatz 4 festgestellte verrechenbare Verlust mit künftigen Gewinnen des Kommanditisten aus seiner Beteiligung verrechnet werden kann, wobei die Gesetzesbegründung vorsah, dass zu den künftigen Gewinnen aus seiner Beteiligung auch Gewinne aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens des Kommanditisten zählen.[1374] Diese Aussage ist in einer Reihe zu sehen mit der Ansicht des damaligen Gesetzgebers, dass das Sonderbetriebsvermögen auch im Rahmen des maßgeblichen Kapitalkontos zu berücksichtigen sei.[1375] Wie bereits dargestellt, bleibt das Sonderbetriebsvermögen nach heute herrschender Meinung sowohl bei der Ermittlung des maßgeblichen Kapitalkontos als auch bei der Ermittlung des „Anteils am Verlust“ unberücksichtigt und wird folgerichtig auch bei der Bestimmung des maßgeblichen Gewinns von der herrschenden Meinung außer Acht gelassen.[1376]

1368 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 133.

1369 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 166; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 86.

1370 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 86; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 133, siehe auch oben: D.I.1.b.i Grundtatbestand des § 15a EStG – § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG.

1371 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 86.

1372 § 15a Abs. 2 Satz 1 EStG.

1373 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

1374 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

1375 BT-Drs. 8/3648, S. 16.

1376 BMF, Schreiben v. 15.12.1993 – IV B 2-S 2241a-57/93, BStBl. I 1993, 976; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz.62; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 168; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 88; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 134 ff. m.w.N. und einer Darstellung abweichender Literaturmeinungen;

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch hier wird das Ausblenden des Sonderbetriebsvermögens mit dem Zweck des § 15a EStG, einen Gleichlauf von steuerlichem Verlustausgleich und handelsrechtlicher Verlusthaftung herzustellen, begründet.[1377] Genauer geht es in § 15a Abs. 2 EStG um § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB, wonach der Gesellschafter künftige Gewinne – jedoch nicht solche aus dem Bereich des Sonderbetriebsvermögens – zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos verwenden muss, mithin nunmehr insoweit wirtschaftlich belastet ist.[1378]

Die Vorschrift enthält keine Beschränkung auf eine Verlustverrechnung mit laufenden Gewinnen.[1379] Vielmehr findet auch eine Verrechnung mit künftigen tarifbegünstigten, aber nicht mit steuerbefreiten Veräußerungsgewinnen (§§ 16, 34 EStG) statt;[1380] auch hier sind Gewinne, die auf den Bereich des Sonderbetriebsvermögens entfallen, außer Acht zu lassen.[1381] Einer solchen Verrechnung steht auch nicht der Grundsatz entgegen, dass tarifbegünstigte Gewinne „auch dann nach diesem besonderen Tarif zu versteuern sind, wenn sich bei der Einkunftsart, der die außerordentlichen Einkünfte zuzurechnen sind, niedrigere Einkünfte oder ein Verlust ergeben“[1382]. Die Anwendung dieses Grundsatzes setzt stets die Ausgleichsfähigkeit der Verluste voraus, damit diese mit Gewinnen aus anderen Einkunftsquellen verrechnet werden können, ohne dass eine Ver-

---

zur Irrelevanz im Rahmen des Kapitalkontos: D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto, sowie beim Verlustanteil: D.I.1.b.i(1) Anteil am Verlust.

1377 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 136.

1378 BFH, Urteil v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 14; II.4.b.aa.); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 136; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54b.

1379 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 168; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 87.

1380 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 22 f.); v. 29.07.1966 – IV 299/65, BStBl. III 1966, 544 (Tz. 7); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 61, 63; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 87; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 137; für die Berechnung und Begründung des Veräußerungsgewinnes, sei es, dass das negative Kapitalkonto auf einen ausgleichs- und abzugsfähigen, sei es, dass es auf einen verrechenbaren Verlust beruht, sowie die Behandlung beim Erwerber wird auf die ausführliche Darstellung unter: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138, verwiesen.

1381 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 89; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 62.

1382 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 21).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechnung mit den tarifbegünstigten Gewinnen zu erfolgen hat.[1383] Dies ist bei Verlusten, die unter § 15a EStG zu fassen sind, gerade nicht der Fall. Die Ausgleichsbeschränkung genießt hier Vorrang.[1384] Daraus resultiert, dass die Tarifbegünstigung für Veräußerungsgewinne insoweit ins Leere läuft;[1385] ausgenommen ist der unter den Freibetrag des § 16 Abs. 4 EStG fallende Anteil.[1386] Insoweit erfolgt keine Verrechnung.[1387] Fallen neben einem begünstigten Veräußerungsgewinn im selben Jahr auch laufende Gewinne an, hat eine Verrechnung für den Steuerpflichtigen in der für ihn günstigsten Reihenfolge zu erfolgen;[1388] eine quotale Aufteilung findet nicht statt.[1389] Dies dürfte regelmäßig zu einer vorrangigen Verrechnung mit den laufenden Gewinnen führen. Steuerfreie Gewinne sind von einer Verrechnung ausgenommen.[1390]

Eine Beschränkung enthält die Norm in Bezug auf die Einkunftsquelle, aus der die künftigen Gewinne stammen. So können nach Absatz 2 nur solche künftigen Gewinne mit bisher nicht ausgleichsfähigen Verlusten verrechnet werden, die aus derselben Beteiligung stammen.[1391] Die Verlustverrechnung nach Absatz 2 erfordert nach der herrschenden Meinung eine steuerliche „Identität der Anteile" sowie eine „Identität des Beteiligten", wobei diese auch bei einem unentgeltlichen Beteiligungsübergang gewahrt sein soll, sofern auf den Rechtsnachfolger auch das Bezugsrecht an den künftigen Gewinnen übergeht.[1392]

1383 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 22).

1384 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 22 f.).

1385 BFH, Urteil v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 17 ff.); ähnlich: BFH, Beschluss v. 26.08.1998 – IV B 136/97, BFH/NV 1999, 307 (Tz. 24); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 61.

1386 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 169; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 63.

1387 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 169; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 63.

1388 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 67; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 89.

1389 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 89.

1390 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 169; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54c; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 63.

1391 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54i.

1392 BFH, Urteil v. 01.05.2018 – IV R 16/15, BStBl. II 2018, 527 (Tz. 18); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 65; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54i f.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 142 f.; *Jacobsen/Hildebrandt*, DStR

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Zusammenhang mit der Übertragung eines negativen Kapitalkontos ist umstritten, ob in diesem Fall überhaupt ein Veräußerungsgewinn entsteht, wenn das negative Kapitalkonto allein auf verrechenbaren Verlusten beruht.[1393] Dagegen wird argumentiert, dass nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn bei einem Übergang eines durch ausgleichsfähigen Verlust entstandenen Kapitalkontos angenommen wird, da der Steuerpflichtige durch die Ausgleichsfähigkeit der Verluste steuerlich profitiert habe und er daher im Gegenzug auch die Nachteile eines solchen Übergangs tragen müsse.[1394] Diese Argumentation trägt bei einem durch lediglich verrechenbare Verluste entstandenen negativen Kapitalkonto nicht.[1395] Für einen Veräußerungsgewinn wird allerdings angeführt, dass spiegelbildlich zu den Anschaffungskosten des Erwerbers beim Veräußerer ein Veräußerungsentgelt entsteht.[1396] Andernfalls wären dem Erwerber Anschaffungskosten verwehrt.[1397] Der Erwerber übernimmt vom Veräußerer die Verpflichtung, das negative Kapitalkonto mit künftigen Gewinnen auszugleichen.[1398] Die Übernahme dieser Verpflichtung führt beim Erwerber zu Anschaffungskosten in entsprechender Höhe.[1399] Diese Ansicht stützt sich auf die Bundesfinanzhofs-

---

2013, 433, 433 f., jedoch ohne eine Aussage zum unentgeltlichen Beteiligungsübergang; nach einer Mindermeinung genügt im Falle einer unentgeltlichen Übertragung die Anteilsidentität, sodass die verrechenbaren Verluste in diesem Fall auf den Rechtsnachfolger übergehen: *Autenrieth*, in: Crezelius et al. (Hrsg.), Steuerrecht und Gesellschaftsrecht als Gestaltungsaufgabe (1996), 7, 12; *Meilicke*, in: Cortius-Hartung/Niemann/Rose (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 1983/84 (1994), 95, 117.

1393 *Von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. E 23; insoweit gegen einen Gewinn: FG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 23.02.2007 – 4 K 2345/02, EFG 2007, 1018 (Tz. 17); für einen Gewinn auch insoweit als das negative Kapitalkonto auf verrechenbaren Verlusten beruht: BFH, Urteil v. 03.09.2009 – IV R 17/07, BStBl. II 2010, 631 (Tz. 44).

1394 *Von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. E 23; BFH, Urteil v. 13.03.1964 – VI 343/61 S, BStBl. III 1964, 359 (Tz. 15); v. 25.08.1966 – IV 307/65, BStBl. III 1967, 69 (Tz. 3); v. 10.11.1980 – GrS 1/79, BStBl. II 1981, 164 (Tz. 71).

1395 *Von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. E 23; FG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 23.02.2007 – 4 K 2345/02, EFG 2007, 1018 (Tz. 17).

1396 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138.

1397 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138.

1398 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138.

1399 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138; bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften soll es hingegen erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Verrechnung mit künftigen Gewinnen zu Anschaffungskosten des Erwerbers kommen: BFH, Urteil v. 28.03.2007 – IX R

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtsprechung vom 10. November 1980 sowie vom 26. Januar 1995, die in diesen Fällen ebenfalls von einem Veräußerungsgewinn ausgeht.[1400] Auch die aktuelle Rechtsprechung und die Finanzverwaltung gehen unabhängig von der Ursache, auf der ein negatives Kapitalkonto basiert, von einem Veräußerungsgewinn aus.[1401] Etwas anderes soll aus Gründen der sachlichen Billigkeit lediglich dann gelten, wenn und soweit Anlass des negativen Kapitalkontos Verluste sind, die infolge von § 10d EStG[1402] oder § 15 Abs. 4 EStG[1403] nicht genutzt werden konnten.[1404] Ein „Wegfall-Gewinn" wird daneben auch im Falle einer Bürgschaft des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten verneint, wenn er ernsthaft damit rechnen muss, aus dieser in Anspruch genommen zu werden, ohne einen realisierbaren Regressanspruch zu haben.[1405]

§ 15a Abs. 2 Satz 2 EStG enthält eine Ergänzung zu § 15a Abs. 1a EStG.[1406] Nachdem der Korrekturposten-Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs durch den neuen § 15a Abs. 1a EStG eine klare Absage erteilt worden war, wurde zugleich § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG eingefügt.[1407] Hierdurch wird ein endgültiger Untergang von Verlusten, die der Kommanditist in Folge seiner nachträglichen Einlage wirtschaftlich tatsächlich getragen hat, vermieden.[1408] Danach werden verrechenbare Verluste, die mangels entsprechend hohen Aufgabe- oder Veräußerungsgewinns nicht in vollem Umfang verrechnet werden können, in ausgleichsfähige Verluste

---

53/04, BFH/NV 2007, 1845 (Tz. 16); *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 124.

1400 BFH, Beschluss v. 10.11.1980 – GrS 1/79, BStBl. II 1981, 164 (Tz. 82 f.); Urteil v. 26.01.1995 – IV R 32/93, BFH/NV 1995, 872 (Tz. 11 f.); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138.

1401 BFH, Urteil v. 09.07.2015 – IV R 19/12, BStBl. II 2015, 954 (Tz. 19 ff.); H 15a EStH „Auflösung des negativen Kapitalkontos" – 2. Spiegelstrich.

1402 BFH, Urteil v. 26.10.1994 – X R 104/92, BStBl. II 1995, 297 (Tz. 26 ff.).

1403 BFH, Urteil v. 25.01.1996 – IV R 91/94, BStBl. II 1996, 289 (Tz. 13 ff.).

1404 H 15a EStH „Auflösung des negativen Kapitalkontos" – 3. Spiegelstrich.

1405 BFH, Urteil v. 12.07.1990 – IV R 37/89, BStBl. II 1991, 64 (Tz. 6); H 15a EStH „Bürgschaft"; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 154.

1406 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 176.

1407 BGBl. I 2008, 2794.

1408 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138, mit dem Hinweis, dass vor Einführung des § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG dieses Problem über einen ausgleichsfähigen Veräußerungsverlust im Rahmen des § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG gelöst wurde, sofern nicht ein Korrekturposten im Sinne der Rechtsprechung gebildet wurde; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

umqualifiziert.[1409] Dies gilt bis zur Höhe der nachträglichen Einlagen im Sinne des § 15a Abs. 1a EStG.[1410] Die Vorschrift bestimmt damit zugleich eine Verrechnungsreihenfolge; die Verluste sind zunächst mit dem Veräußerungs-/Aufgabegewinn zu verrechnen, ehe sie mit den Gewinnen aus anderen Einkunftsquellen ausgeglichen werden können.[1411]

§ 15a Abs. 2 Satz 2 EStG wird insbesondere in Fallkonstellationen relevant, in denen eine nachträgliche Einlage im Sinne des § 15a Abs. 1a EStG das Kapitalkonto, nicht aber den ausgleichs- und abzugsfähigen Verlust erhöht hat.[1412] In diesen Fällen sorgt die Einlage aufgrund des erhöhten Kapitalkontos für einen verminderten Veräußerungsgewinn, während mangels Einflusses auf das Verlustausgleichsvolumen der verrechenbare Verlust weiter steigt.[1413] Fraglich ist, ob daneben eine Umpolung von verrechenbaren in ausgleichs- und abzugsfähige Verluste auch dann erfolgen kann, wenn die verrechenbaren Verluste das negative Kapitalkonto nicht aufgrund von nachträglichen Einlagen übersteigen, sondern infolge von steuerfreien Einnahmen.[1414] Während der Wortlaut eine betragsmäßige Beschränkung auf die Höhe der nachträglichen Einlagen im Sinne des § 15a Abs. 1a EStG enthält, mithin gegen eine Ausweitung auf andere Fallgestaltungen spricht, sprechen sowohl die Systematik und der Zweck als auch die Entstehungsgeschichte für eine erweiternde Auslegung.[1415]

Konträr zu § 15a Abs. 1a EStG und § 15a Abs. 2 Satz 1 EStG gilt § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG auch für Einlagen, die vor dem 25. Dezember 2008 geleistet wurden.[1416] Irrelevant ist dabei, dass für diese § 15a Abs. 1a EStG keine Anwendung findet und noch ein Korrekturposten zu bilden

---

1409 § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG.

1410 § 15a Abs. 2 Satz 2 EStG.

1411 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 53.

1412 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 176.

1413 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 176; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 138.

1414 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54; bejaht im Falle eines anteiligen steuerfreien Sanierungsgewinns: BFH, Urteil v. 16.05.2002 – IV R 58/00, BStBl. II 2002, 748 (Tz. 32); H 15a EStH „Sanierungsgewinn", mit Verweis auf die Rechtsprechung.

1415 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54.

1416 § 52 Abs. 33 Satz 6 EStG a.F., der eine Anwendung für die neuen § 15a Abs. 1a, 2 Satz 1 und Abs. 5 EStG erstmalig für Einlagen vorsah, die nach dem 24.12.2008 getätigt wurden; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 177.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

war.[1417] Es ergibt sich jeweils derselbe Gewinn/Verlust, nur wird dieser unterschiedlich auf die Jahre verteilt.[1418] Es können mithin lediglich Progressionsvor- oder -nachteile sowie Liquidationsvor- oder -nachteile entstehen.

Gesellschafter einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft, die verrechenbare Verluste aus Vermietung und Verpachtung erzielen, können diese auch mit Überschüssen aus einer anderen Einkunftsart verrechnen, solange diese ihnen im Rahmen ihrer Gesellschaftsbeteiligung zugerechnet werden.[1419]

vi. Folgen einer Einlage- und einer Haftungsminderung nach § 15a Abs. 3 EStG

Zweck der Vorschrift ist es, kurzfristige und nur vorübergehende Einlagen oder eine kurzfristige und nur vorrübergehende Erhöhung der Haftungssumme im Handelsregister zur gezielten Erhöhung des Verlustausgleichspotentials zu verhindern.[1420] Dieser Zweck wird über eine Nachversteuerung im Falle einer Einlage- oder Haftungsminderung erreicht, soweit diese zu einem negativen Kapitalkonto führt respektive ein solches erhöht (im Falle einer Einlageminderung), beziehungsweise in Höhe des Betrages, um den die Haftung reduziert wurde (im Falle einer Haftungsminderung), und soweit die Verluste in den Vorjahren ausgleichs- und abzugsfähig waren.[1421] Mittels der Nachversteuerung soll die ursprüngliche Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit von Verlusten rückgängig gemacht werden, für die

---

1417 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 177.

1418 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 178.

1419 BFH, Urteil v. 02.09.2014 – IX R 52/13, BStBl. II 2015, 263 (Tz. 15); *Kahle/Rombach*, Ubg 2019, 181, 187.

1420 BT-Drs. 8/3648, S. 17; BFH, Urteil v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 21 ff.); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 100; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 180; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 91.

1421 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 100; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 92, mit dem Hinweis, dass Verluste, die außerhalb von § 15a EStG ausgleichs- und abzugsfähig waren, nicht zu einer Nachversteuerung führen.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Rechtfertigung, mangels wirtschaftlicher Belastung, entfallen ist.[1422] Letztlich soll mit § 15a Abs. 3 EStG der Zustand hergestellt werden, der bestünde, hätte von vornherein eine geminderte Einlage beziehungsweise geminderte überschießende Außenhaftung vorgelegen.[1423] Die Vorschrift ist dabei stark von dem US-amerikanischen Recht geprägt.[1424]

Dem Regelungsmechanismus liegt – dargestellt am Beispiel der Einlageminderung – folgende Überlegung zu Grunde: Durch eine Einlage wird das Kapitalkonto des Steuerpflichtigen und damit auch das Verlustausgleichspotential erhöht.[1425] Der Steuerpflichtige könnte mithin in Verlustjahren durch Erbringung einer Einlage gezielt die Ausgleichsfähigkeit dieser Verluste herbeiführen.[1426] Im Folgejahr könnte er die Einlage wieder entnehmen, so dass tatsächlich keine wirtschaftliche Belastung gegeben wäre.[1427] Um ein solches Verhalten zu „sanktionieren", führt die spätere Entnahme zu einer Nachversteuerung, soweit sie zu einem negativen Kapitalkonto[1428] führt oder dieses erhöht und soweit Verluste in den vorangegangenen zehn Jahren sowie dem Jahr der Einlageminderung ausgleichsfähig waren.[1429]

Die Nachversteuerung erfolgt nicht über eine Änderung der vergangenen Steuerbescheide, sondern mittels Zurechnung eines fiktiven Gewinnes

---

1422 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 55.

1423 BFH, Urteil v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 23); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 55; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 91.

1424 BT-Drs. 8/3648, S. 17; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 181; § 465(e) IRC enthält ebenfalls eine Vorschrift zur Nachversteuerung; s.u. D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.

1425 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101.

1426 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101.

1427 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146.

1428 Für die Ermittlung des Kapitalkontos wird auf die Ausführungen unter: D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto, verwiesen. Hier gilt der gleiche Kapitalkonten-Begriff. Dazu: *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 57, *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz.93; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 147, mit dem Hinweis, dass sich nur durch eine identische Auslegung der Zweck des § 15a Abs. 3 EStG erfüllen ließe.

1429 § 15a Abs. 3 Satz 1 EStG; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Jahr der Einlageminderung.[1430] Die Höhe des fiktiven Gewinns bemisst sich dabei nach dem entstandenen oder erhöhten negativen Kapitalkonto, begrenzt durch den Verlust, der in den vorangegangenen zehn Jahren sowie dem Jahr der Einlageminderung nach § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG ausgleichs- und abzugsfähig war.[1431] Irrelevant ist, ob dieser tatsächlich ausgeglichen wurde.[1432] Bei der Höhe der ausgleichs- und abzugsfähigen Verluste ist zu beachten, dass diese sich nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift mindert, soweit die Verluste mit Gewinnen hätten verrechnet werden können, wenn sie von Anfang an als verrechenbare Verluste festgestellt worden wären.[1433] Eine bloße Verrechnung der bisher ausgleichs- und abzugsfähigen Verluste mit angefallenen Gewinnen genügt nicht.[1434] Es ist vielmehr eine Schattenrechnung, unter Berücksichtigung der Ver-

1430 § 15a Abs. 3 Satz 1 EStG; BFH, Urteil v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 23); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 55, 61; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146, 155; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 180; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 91.

1431 § 15a Abs. 3 Sätze 1 und 2 EStG; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 63; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 206, mit einem Rechenbeispiel unter Berücksichtigung des Korrekturzeitraums; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 157; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 69, die letzten beiden jeweils mit dem Hinweis, dass eine Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit nach § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG hier unberücksichtigt bleibt.

1432 § 15a Abs. 3 Sätze 2 und 3 EStG, die jeweils nur auf die Abzugs- und Ausgleichs*fähigkeit* abstellen; BFH, Urteil v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 29); *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 209; *Bordewin/Söffing/Brandenberg*, Verlustverrechnung bei negativem Kapitalkonto (1986), S. 82 f.

1433 BFH, Urteil v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 19, 25 ff.), m.w.N. und einer ausführlichen Begründung; H 15a EStH „Verlustverrechnung bei Einlageminderung"; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 102, mit einem Rechenbeispiel; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 64; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 157; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 206 ff.; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 96, 108.

1434 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hältnisse in den einzelnen Veranlagungszeiträumen, durchzuführen.[1435] Ferner ist zu beachten, dass der fiktive Gewinn keinen Gewinn aus der Beteiligung an der Kommanditgesellschaft im Sinne des § 15a Abs. 2 Satz 1 EStG darstellt, mithin auch keine Verlustverrechnung mit als verrechenbar festgestellten Verlusten stattfindet und auch keine Minderung nach § 15a Abs. 3 Satz 4 EStG.[1436] Gleichzeitig wird der bisher ausgleichs- und abzugsfähige Verlust insoweit in einen verrechenbaren Verlust umqualifiziert.[1437] Dieser kann bereits mit Gewinnen des laufenden Wirtschaftsjahres und nicht nur mit künftigen verrechnet werden.[1438] Eine Nachversteuerung sowie Umqualifizierung der Verluste unterbleibt, soweit „auf Grund der Entnahme eine nach Absatz 1 Satz 2 zu berücksichtigende Haftung besteht oder entsteht“[1439].[1440] Dies ist zur Zweckerreichung des § 15a Abs. 3 EStG auch folgerichtig, da lediglich ein solcher Verlustausgleich rückgängig gemacht werden soll, für den der Rechtfertigungsgrund entfällt.[1441] Dies ist nicht der Fall, wenn die Entnahme zu einer Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB und einem erweiterten Verlustausgleich nach § 15a Abs. 1 Sätze 2

1435 BFH, Urteil v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 33); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 64; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 157.

1436 BFH, Urteil v. 20.11.2014 – IV R 47/11, BStBl. II 2015, 532 (Tz. 22); v. 30.08.2001 – IV R 4/00, BStBl. II 2002, 458 (Tz. 11); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 62; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 199; *Bordewin/Söffing/Brandenberg*, Verlustverrechnung bei negativem Kapitalkonto (1986), S. 96 f.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 158, mit einem Rechenbeispiel; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 97; a.A.: *Biergans*, DStR 1981, 3, 7.

1437 § 15a Abs. 3 Satz 4 EStG; BFH, Urteil v. 20.03.2003 – IV R 42/00, BStBl. II 2003, 798 (Tz. 23); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101, 110; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 61; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146, 166; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 180; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 91, 97.

1438 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 166.

1439 § 15a Abs 3 Satz 1 EStG.

1440 BFH, Urteil v. 06.03.2008 – IV R 35/07, BStBl. II 2008, 676 (Tz. 28); v. 06.03.2008 – IV R 15/06, BFH/NV 2008, 1142 (Tz. 16); H 15a EStH „Gewinnzurechnung nach § 15a Abs. 3 EStG“ – 2. Spiegelstrich; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 63; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 150.

1441 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und 3 EStG führt.[1442] In diesem Fall wird lediglich der Anknüpfungspunkt der Rechtfertigung ausgetauscht (ursprünglich § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG, nun § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG).[1443]

Unter dem Begriff „Entnahme" werden Entnahmen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG verstanden, jedoch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des § 15a EStG.[1444] Auch hier gilt es zu berücksichtigen, dass das Sonderbetriebsvermögen außer Acht bleibt. So ist unter „Entnahme" – nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift – jeder Vorgang zu subsumieren, der sich mindernd auf das Kapitalkonto des Kommanditisten im Sinne des § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG auswirkt.[1445] So stellen Entnahmen aus dem Sonderbetriebsvermögen keine Entnahmen im Sinne des § 15a Abs. 3 Satz 1 EStG dar,[1446] wobei eine Überführung aus der Gesamthand in das Sonderbetriebsvermögen als Entnahme qualifiziert.[1447] Nachdem eine Entnahme im Sinne des § 15a Abs. 3 Satz 3 EStG festgestellt wurde, muss eine Kausalität zwischen Entnahme und negativem Kapitalkonto festgestellt werden.[1448] Diese kann bei Zusammentreffen mit Gewinn- oder Verlustanteilen (der Höhe nach) in Frage stehen. Während bei einem Zusam-

---

1442 Da die Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB allein nach handelsrechtlichen Grundsätzen, die Entnahme jedoch nach steuerlichen Grundsätzen zu beurteilen ist, führt nicht zwingend jede Entnahme auch zu einem Wiederaufleben der Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 150; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 190.

1443 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 150; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 95.

1444 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 58; *Ruban*, in: Kirchhof/Offerhaus/Schöberle (Hrsg.), Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik (1994), 781, 792 ff.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 148; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 94, die letzten drei jeweils mit Beispielsfällen, die eine Entnahme bzw. keine Entnahme darstellen.

1445 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 58.

1446 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 101; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 186, 193; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 94.

1447 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 58; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 148; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 94, die letzten beiden jeweils mit der Nennung weiterer Vorgänge, die eine bzw. keine Entnahme darstellen.

1448 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 59; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 149.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mentreffen von Einlagen und Entnahmen diese zu saldieren sind[1449] ist bei einem Zusammentreffen mit einem Verlust- oder Gewinnanteil fraglich, in welcher Reihenfolge diese mit dem Kapitalkonto zu verrechnen sind,[1450] beziehungsweise im Falle eines Gewinnanteils, ob eine Saldierung zu erfolgen hat.[1451] Während teilweise vertreten wird, bei dem Vorrang des Gewinnanteils und der Saldierung handele es sich lediglich um unterschiedliche Rechenwege mit im Ergebnis gleichen steuerlichen Folgen,[1452] ist dies meines Erachtens nicht zutreffend. Als insoweit zuzustimmen ist, dass die Werte des verrechenbaren Verlustes und des Gewinns in beiden Varianten nicht voneinander abweichen, kann doch die Zusammensetzung des Gewinns variieren.[1453] Während der Vorrang des Gewinnanteils zu einem höheren fiktiven Gewinn führt, führt die Saldierung zu einem höheren laufenden Gewinn.[1454] Dies macht einen Unterschied, da der fiktive Gewinn keinen Gewinn im Sinne des § 15a Abs. 2 EStG darstellt, mithin nicht mit einem früher festgestellten verrechenbaren Verlust ausgeglichen werden kann,[1455] während dies beim laufenden Gewinn der Fall ist.

1449 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 149; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 185; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 94.

1450 Zum Zusammentreffen von Entnahme und Verlust: für einen Vorrang der Entnahme: *Wacker*, DB 2004, 11, 16; *von Beckerath,* in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020], Rz. F 56 f.; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 59; eine Reihenfolge für überflüssig halten: *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 189 f.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 149; für die jeweils für den Steuerpflichtigen günstigste Lösung: *Biergans*, DStR 1981, 3, 9; *Clausen*, in: Dt. Anwaltsinstitut e.V. (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1982/83 (1983), 237, 241.

1451 Zum Zusammentreffen von Entnahme und Gewinn: für eine Saldierung: *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 192; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 149; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 59; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 94; für die jeweils für den Steuerpflichtigen günstigste Lösung: *Biergans*, DStR 1981, 3, 8.

1452 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 149.

1453 Vgl. dazu auch das Rechenbeispiel bei: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 149.

1454 Vgl. dazu auch das Rechenbeispiel bei: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 149.

1455 BFH, Urteil v. 20.11.2014 – IV R 47/11, BStBl. II 2015, 532 (Tz. 22); v. 30.08.2001 – IV R 4/00, BStBl. II 2002, 458 (Tz. 11); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 62; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 15a Abs. 3 Satz 3 EStG erfasst den Fall der Haftungsminderung. Eine Haftungsminderung in diesem Sinn liegt vor, wenn der Haftungsbetrag, der im Handelsregister eingetragen ist, reduziert wird und sich hierdurch gleichzeitig die erweiterte Haftung nach § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG verringert.[1456] Dies ist nicht der Fall, wenn die Haftsumme der Pflichteinlage entspricht und die Pflichteinlage bereits in voller Höhe geleistet wurde[1457] oder aus anderen Gründen (etwa mangels Vorliegens der Voraussetzungen nach § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG) ein Verlustausgleich nach § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG bisher nicht gegeben war.[1458] In dem erstgenannten Fall führt die Minderung der Haftungssumme im Handelsregister nicht dazu, dass sich die erweiterte Haftung nach § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG reduziert, da eine solche von vornherein nicht bestand.

Ob eine Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB wieder auflebt, richtet sich allein nach handelsrechtlichen Grund-sätzen.[1459] Maßgeblich ist nach §§ 174 Halbsatz 1, 15 Abs. 1 HGB der Zeitpunkt der Bekanntmachung.[1460] Ferner gilt auch hier, dass allein die Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB maßgeblich ist, eine Haftung nach §§ 174 Halbsatz 2, 172 Abs. 2, 176 HGB et cetera bleibt unbeachtet.[1461]

Eine Haftungsminderung liegt ferner nicht vor, wenn die überschießende Außenhaftung nach § 171 Abs. 1 HGB lediglich durch eine Leistung auf die Pflichteinlage gemindert wird.[1462] Andernfalls würde eine tatsächliche

---

KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 158; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 199.

1456 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 67; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 102.

1457 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 67; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 216.

1458 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 102.

1459 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160.

1460 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 217; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 102.

1461 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 223; im Übrigen wird auf die Darstellungen hierzu unter: D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel, verwiesen.

1462 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 67; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160; *Heuermann*, in:

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirtschaftliche Belastung des Kommanditisten ignoriert.[1463] Im Übrigen ist hier eine Rechtfertigung für den Verlustausgleich/-abzug gegeben. Dieser stützt sich nunmehr lediglich auf eine andere Rechtsgrundlage; § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG statt § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG.[1464]

Eine Haftungsminderung kann dagegen vorliegen, wenn eine Voraussetzung des § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG entfällt.[1465] Dies ist etwa der Fall, wenn eine Vermögensminderung des Kommanditisten mittels Vertrag ganz oder teilweise ausgeschlossen wird.[1466] Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf andere Fälle der Haftungsminderung unterbleibt dagegen mangels planwidriger Regelungslücke.[1467] So wird ein Statuswechsel eines persönlich haftenden zu einem beschränkt haftenden Gesellschafter nicht von § 15a Abs. 3 Satz 3 EStG erfasst.[1468]

In der Fallkonstellation der Haftungsminderung (§ 15a Abs. 3 Satz 3 EStG) erfolgt eine Zurechnung als laufender Gewinn in Höhe der Haftungsminderung, verringert um „auf Grund der Haftung tatsächlich geleistete Beträge“[1469] und ansonsten unter den bei der Einlageminderung sinngemäßen Voraussetzungen und Folgen.[1470] Hier ist mithin eine Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit in den Vorjahren gemäß § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG erforderlich.[1471] Hierdurch wird wiederum ein Ergebnis erzielt, das auch bei einer von vornherein geminderter Haftung eingetreten

---

Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 216; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 102.

1463 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 67.

1464 BFH, Urteil v. 01.06.1989 – IV R 19/88, BStBl. II 1989, 1018 (Tz. 18); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 160 mit Rechenbeispiel.

1465 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 67.

1466 *Von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 67.

1467 FG Düsseldorf, Urteil v. 22.01.2015 – 16 K 3127/12 F, EFG 2015, 813; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 167.

1468 FG Düsseldorf, Gerichtsbescheid v. 08.10.2012 – 11 K 1315/10 F, DStRE 2013, 781 (Tz. 31); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 67; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 101.

1469 § 15a Abs. 3 Satz 3 EStG; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 107; für ein Rechenbeispiel sei auf: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 164, sowie *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 220, verwiesen.

1470 § 15a Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 EStG; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 68 f.

1471 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 161, 165; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 218; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 103, 108.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wäre.[1472] Das führt auch im Rahmen der Haftungsminderung zu einer notwendigen Schattenrechnung.[1473]

Sowohl bei der Einlageminderung als auch bei der Haftungsminderung ist zu beachten, dass eine Gewinnzurechnung nur dann und insoweit erfolgt, als der Kommanditist, dem die Gewinne hinzugerechnet werden sollen, auch der Kommanditist ist, der ursprünglich von dem Verlustausgleich profitiert hat.[1474] Ein entgeltlicher Übergang des Kommanditanteils schadet der Gewinnzurechnung nach § 15a Abs. 3 EStG.[1475] Anders ist dies bei einem unentgeltlichen Übergang, da hier der Neu-Kommanditist gemäß § 6 Abs. 3 EStG in die Stellung des Alt-Kommanditisten eintritt.[1476]

Die Begrenzung auf den Betrag der Verlustverrechnungen der zehn vorangegangenen Wirtschaftsjahre erfolgt aus Gründen der Praktikabilität.[1477] Ferner folgt daraus, dass es dem Gesetzgeber nicht allein auf die Verhinderung kurzfristiger Missbrauchsstrukturen ankommt (andernfalls hätte ein Korrekturzeitraum von zwei bis drei Jahren genügt), sondern auch darauf, den steuerlichen Verlustausgleich an das langfristige Haftungsrisiko des Gesellschafters anzupassen.[1478]

Findet in einem Wirtschaftsjahr neben einer Einlageminderung zudem eine Haftungsminderung statt, ist die Einlage- vor der Haftungsminderung zu berücksichtigen.[1479]

vii. Gesonderte Verlustfeststellung nach § 15a Abs. 4 EStG

Die in Absatz 4 vorgesehene gesonderte Verlustfeststellung schafft neben der bezweckten Praktikabilität und Rechtssicherheit[1480] auch die Mög-

---

1472 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 106.

1473 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 107; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 69; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 163 mit Rechenbeispiel.

1474 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 156, 162.

1475 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 156, 162.

1476 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 156, 162.

1477 BT-Drs. 8/3648, S. 17; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 211; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 96.

1478 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 146.

1479 R 15a Abs. 1 EStR.

1480 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichkeit einer zeitnahen Überprüfung[1481]. Es wird nicht lediglich das jeweils noch vorhandene Verlustverrechnungspotential zum Ende des Veranlagungszeitraums festgestellt, sondern darüber hinaus auch die Höhe des nach Absatz 1 nicht ausgleichs- und abzugsfähigen Verlustes, der nach Absatz 2 mit Gewinnen verrechenbare Verlust, sowie der in Folge einer Einlage- oder Haftungsminderung nach Absatz 3 hinzuzurechnende verrechenbare Verlust, jeweils in Bezug auf den entsprechenden Veranlagungszeitraum.[1482] Inhaltlich nicht erfasst wird das zu Beginn des Veranlagungszeitraums bestehende Verlustverrechnungsvolumen.[1483] Dieses wird vielmehr aus dem Vorjahr übernommen. Die Vorjahresfeststellung stellt mithin einen Grundlagenbescheid für die gesonderte Feststellung im darauffolgenden Jahr dar.[1484] Zudem wird nicht der jeweils in dem Jahr nicht ausgleichsfähige Verlust festgestellt, sondern das Verlustverrechnungsvolumen wird von Jahr zu Jahr fortentwickelt.[1485]

Ausgangspunkt für das jeweils gesondert festzustellende Verlustverrechnungsvolumen ist das gesondert festgestellte Verlustverrechnungsvolumen des Vorjahres.[1486] Dieses wird erhöht um den nach Absatz 1 nicht ausgleichs- oder abzugsfähigen Verlust sowie den nach Absatz 3 hinzuzurechnenden verrechenbaren Verlust.[1487] Von dem gesondert festzustellenden Verlustverrechnungsvolumen ist schließlich der Verlustanteil abzuziehen, der nach Absatz 2 mit Gewinnen des Jahres ausgeglichen wurde.[1488]

1481 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 171.

1482 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 174; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 72.

1483 BFH, Urteil v. 22.06.2006 – IV R 31, 32/05, BStBl. II 2007, 687 (Tz. 25); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 174.

1484 BFH, Urteil v. 11.11.1997 – VIII R 39/94, BFH/NV 1998, 1078 (Tz. 19); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 172, 174.

1485 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 170, 172; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 71.

1486 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 172; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 71; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 231.

1487 § 15a Abs. 4 Satz 1 EStG; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 170, 172; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 71; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 231.

1488 § 15a Abs. 4 Satz 1 EStG; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 170, 172; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 71; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 231 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung nach §§ 179 Abs. 1 und 2, 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Bstb. a AO und die gesonderte Feststellung des verrechenbaren Verlustes nach § 15a Abs. 4 EStG stehen in einer Wechselbeziehung aus Grundlagen- und Folgebescheid.[1489] Einerseits stellt die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung einen Grundlagenbescheid zur gesonderten Feststellung des verrechenbaren Verlustes dar, soweit der Gewinnanteil des Gesellschafters am Steuerbilanzgewinn der Gesellschaft unter Berücksichtigung einer etwaigen Ergänzungsbilanz festgestellt wird, sowie hinsichtlich der Einkünfte aus dem Sonderbetriebsvermögen.[1490] Andererseits stellt die gesonderte Feststellung nach § 15a Abs. 4 EStG hinsichtlich der darin enthaltenen Feststellungen zu § 15a Abs. 1 bis 3 EStG einen Grundlagenbescheid für die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung dar.[1491]

Die beiden Bescheide können nach § 15a Abs. 4 Satz 5 EStG auch miteinander verbunden werden. Wird von diesem Ermessen[1492] Gebrauch gemacht, haben in der Folge die gesonderten Feststellungen des verrechenbaren Verlustes für die Kommanditisten einheitlich zu ergehen (§ 15a Abs. 4 Satz 6 EStG). Die Verbindung berührt jedoch nicht den Charakter der beiden Feststellungen als zwei selbständige Verwaltungsakte sowie deren Charakter als Grundlagen- und Folgebescheid.[1493] Die Verbindung

---

1489 BFH, Urteil v. 22.06.2006 – IV R 31, 32/05, BStBl. II 2007, 687 (Tz. 20 f.); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 171; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 72; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 234; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 116; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 121.

1490 BFH, Urteil v. 11.11.1997 – VIII R 39/94, BFH/NV 1998, 1078 (Tz. 19); v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 11); v. 23.02.1999 – VIII R 29/98, BStBl. II 1999, 592 (Tz. 12); v. 23.01.2001 – VIII R 30/99, BStBl. II 2001, 621 (Tz. 14); v. 11.07.2006 – VIII R 10/05, BStBl. II 2007, 96 (Tz. 48); v. 22.06.2006 – IV R 31, 32/05, BStBl. II 2007, 687 (Tz. 20); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 72.

1491 BFH, Urteil v. 22.06.2006 – IV R 31, 32/05, BStBl. II 2007, 687 (Tz. 21, 25) m.w.N.; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 72; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 42.

1492 BFH, Urteil v. 11.07.2006 – VIII R 10/05, BStBl. II 2007, 96 (Tz. 50).

1493 Zur Selbständigkeit der Verwaltungsakte: BFH, Urteil v. 30.03.1993 – VIII R 63/91, BStBl. II 1993, 706 (Tz. 28); v. 11.05.1995 – IV R 44/93, BFHE 177, 466 (Tz. 23); v. 03.03.1998 – VIII R 43/95, BFH/NV 1998, 1358 (Tz. 9); v. 08.04.1998 – VIII R 40/95, BFH/NV 1998, 1363 (Tz. 9); v. 13.10.1998 – VIII R 78/97, BStBl. II 1999, 163 (Tz. 11); v. 23.02.1999 – VIII R 29/98, BStBl. II 1999, 592 (Tz. 8); v. 11.07.2006 – VIII R 10/05, BStBl. II 2007, 96 (Tz. 48);

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hat zur Folge, dass nunmehr neben dem jeweils betroffenen Gesellschafter jedenfalls auch die Gesellschaft einspruchsberechtigt und klagebefugt ist.[1494] Zudem ist die Gesellschaft in diesem Fall notwendig beizuladen.[1495] Gerügt werden kann jeweils nur die Veränderung des festgestellten Verlustverrechnungsvolumens zu dem im Vorjahr festgestellten Volumen, nicht jedoch das im Vorjahr festgestellte Verlustverrechnungsvolumen selbst.[1496] Soll die Feststellung des letzteren angefochten werden, muss der Feststellungsbescheid eines Vorjahres als Grundlagenbescheid angefochten werden.[1497]

Nicht im Rahmen der gesonderten Feststellung nach Absatz 4 ist die Frage nach dem hinzuzurechnenden Gewinn nach Absatz 3 zu klären. Diese Gewinnhinzurechnung erfolgt im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung nach §§ 179 Abs. 2 Satz 2, 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Bstb. a AO.[1498]

---

v. 20.11.2014 – IV R 47/11, BStBl. II 2015, 532 (Tz. 20); v. 20.08.2015 – IV R 41/12, BFH/NV 2016, 227 (Tz. 21); *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 78; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 233; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 116; zum Charakter als Grundlagen- und Folgebescheid: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 175.

1494 Ständige Rechtsprechung: BFH, Urteil v. 01.06.1989 – IV R 19/88, BStBl. II 1989, 1018 (Tz. 9); v. 08.08.1989 – IX R 118/86, BFH/NV 1990, 781 (Tz. 6); v. 30.03.1993 – VIII R 63/91, BStBl. II 1993, 706 (Tz. 17); v. 26.01.1995 – IV R 23/93, BStBl. II 1995, 467 (Tz. 14); v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 17); v. 24.04.1997 – IV R 20/96, BFH/NV 1997, 795 (Tz. 11); v. 08.04.1998 – VIII R 40/95, BFH/NV 1998, 1363 (Tz. 11); v. 07.04.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 (Tz. 17); v. 22.06.2006 – IV R 31, 32/05, BStBl. II 2007, 687 (Tz. 16); v. 19.04.2007 – IV R 70/04, BStBl. II 2007, 868 (Tz. 19); *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 235; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 122; a.A.: *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 77.

1495 BFH, Urteil v. 01.06.1989 – IV R 19/88, BStBl. II 1989, 1018 (Tz. 9); v. 08.08.1989 – IX R 118/86, BFH/NV 1990, 781 (Tz. 6); v. 15.10.1996 – IX R 72/92, BStBl. II 1997, 250 (Tz. 9), mit Verweis auf die st. Rspr.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 174.

1496 § 15a Abs. 4 Satz 4 EStG; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 76; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 174; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 235.

1497 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 174.

1498 BFH, Urteil v. 20.11.2014 – IV R 47/11, BStBl. II 2015, 532 (Tz. 19, 22); H 15a EStH „Gewinnzurechnung nach § 15a Abs. 3 EStG" – 1. Spiegelstrich.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zuständig für den Erlass der gesonderten Feststellung ist das nach § 18 AO auch für die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung zuständige Finanzamt.[1499]

viii. Besonderheiten im Rahmen vermögensverwaltender Personengesellschaften

Mangels Buchführungspflicht für die vermögensverwaltenden Personengesellschaften scheidet für Zwecke des § 15a EStG ein Abstellen auf das Kapitalkonto in der Steuerbilanz aus.[1500] Stattdessen ist für jeden Gesellschafter ein fiktives Kapitalkonto zu ermitteln.[1501] Dieses ergibt sich aus den geleisteten Einlagen zuzüglich der positiven Einkünfte, reduziert um Entnahmen sowie negative Einkünfte.[1502] Etwaige Ergänzungsrechnungen – vergleichbar der Ergänzungsbilanz – gilt es miteinzubeziehen.[1503] Steuerfreie Einnahmen wirken sich erhöhend, nicht abzugsfähige Ausgaben mindernd auf das fiktive Kapitalkonto aus.[1504] Auch wenn ausschließlich im Rahmen der Vermietungseinkünfte ein umfassender Verweis auf § 15a EStG erfolgt,[1505] erhöhen sämtliche Einkünfte, die auf Ebene der vermögensverwaltenden Personengesellschaft erzielt werden, das fiktive Kapitalkonto.[1506] Der Bundesfinanzhof hat insoweit entschieden, dass es „nicht

1499 § 15a Abs. 4 Satz 3 EStG, § 180 Abs. 1 Nr. 2 Bstb. a AO.

1500 *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 929; *Engel*, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 390.

1501 *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 930; *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.) (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 123.

1502 *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 930; *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 123; a.A.: *Engel*, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 392, die bei den positiven Einkünften unterscheiden möchte, ob diese Eigenkapital werden oder Fremdkapital darstellen.

1503 *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 930; *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 123.

1504 Zu den Auswirkungen von steuerfreien Einnahmen: *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 930; *Engel*, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 392 f.

1505 § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG; s.o. D.I.1.b.ii Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

1506 *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 930; *Kemcke/Schäffer*, in: Haase/Dorn (Hrsg.), Vermögensverwaltende Personengesellschaften (2020), S. 123.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerechtfertigt und auch praktisch nicht durchführbar“[1507] wäre, für jede Einkunftsart ein separates fiktives Kapitalkonto zu führen.[1508] Selbiges gilt für die künftigen positiven Einkünfte im Sinne des § 15a Abs. 2 EStG. Während ausschließlich die Verluste aus Vermietung und Verpachtung beziehungsweise Verluste aus Kapitalvermögen, soweit auf § 15a EStG verwiesen wird, der Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 15a Abs. 1 EStG unterliegen, sind für die Verrechnung mit künftigen positiven Einkünften sämtliche Einkunftsarten zu berücksichtigen.[1509]

ix. Ausländische Verluste im Sinne des § 2a EStG im Rahmen des § 15a EStG

Auch im Rahmen des § 15a EStG können ausländische Verluste im Sinne des § 2a EStG existieren. Für diesen Fall stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von § 2a EStG zu § 15a EStG. Die Vorschriften sind nebeneinander anwendbar, wobei die jeweils strengere Norm vorgeht.[1510] Kommt man in einem ersten Schritt zu einem ausgleichsfähigen Verlust nach § 15a EStG, ist in einem zweiten Schritt § 2a EStG heranzuziehen.[1511] Auf Ebene des einzelnen Gesellschafters muss sodann getrennt nach Staaten geprüft werden, ob Verluste aus aktiver (§ 2a Abs. 2 EStG) oder aus passiver Tätig-

---

1507 BFH, Urteil v. 02.09.2014 – IX R 52/13, BStBl. II 2015, 263 (Tz. 14); v. 15.10.1996 – IX R 72/92, BStBl. II 1997, 250 (Tz. 15).

1508 BFH, Urteil v. 02.09.2014 – IX R 52/13, BStBl. II 2015, 263 (Tz. 14); v. 15.10.1996 – IX R 72/92, BStBl. II 1997, 250 (Tz. 15).

1509 BFH, Urteil v. 02.09.2014 – IX R 52/13, BStBl. II 2015, 263 (Tz. 15); *Drüen*, in: K/S/M, EStG, § 21 [Stand 10/2019] Rz. B 261; *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 930; *Engel*, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 397; a.A.: *Lothmann*, Die vermögensverwaltende Personengesellschaft im Bereich der Einkommensteuer (1986), S. 534; zur sinngemäßen Anwendbarkeit des § 15a EStG im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen: s.o. D.I.1.b.ii Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

1510 R 15a Abs. 5 Satz 1 EStR; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44; *Wagner*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 2a EStG [Stand 12/2018] Rz. 70; *Lüer*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 2a EStG [Stand 06/2016] Rz. 3; *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2a Rz. 10.

1511 R 15a Abs. 5 Satz 2 EStR; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit (§ 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) vorliegen.[1512] Im letztgenannten Fall greift, trotz ausgleichsfähigem Verlust nach § 15a EStG, die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 2a EStG. Es ist mithin für den Gesellschafter weiter zu prüfen, ob er positive Einkünfte derselben Art aus demselben Staat erzielt hat, mit denen er die der Verlustverrechnungsbeschränkung unterliegenden Verluste verrechnen kann.[1513]

Ein bereits nach § 15a Abs. 1 EStG nicht ausgleichsfähiger Verlust kann auch nicht über § 2a EStG ausgeglichen werden.[1514] Aufgrund des Ausgleichsverbotes auf der ersten Stufe kommt es nicht mehr zu einer Prüfung der zweiten Stufe.

x. Verhältnis des § 15a EStG zu anderen Normen des EStG

Mangels Verweises auf § 10d EStG unterbleibt hier eine Mindestbesteuerung.[1515] Verluste, die nach § 15a Abs. 1 EStG nicht ausgleichsfähig sind, unterliegen allein den Beschränkungen des § 15a EStG. Abweichend gestaltet sich die Situation bei Verlusten, die nach § 15a Abs. 1 EStG ausgleichsfähig sind. Diese unterliegen § 10d EStG, sofern keine anderen positiven Einkünfte in ausreichender Höhe vorhanden sind.[1516] Dem Hinweis in § 15a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 EStG, dass der nicht ausgleichsfähige Verlust auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden kann, kommt nur eine klarstellende Funktion zu, denn § 10d EStG ist nur dann einschlägig, wenn einem ausgleichsfähigen Verlust keine ausreichenden positiven Einkünfte gegenüberstehen.[1517] Im Falle des § 15a EStG sind die Verluste nicht ausgleichsfähig.[1518]

Die Folgen des § 10d EStG kann der Steuerpflichtige umgehen, indem er vor Ablauf des Jahres – soweit handelsrechtlich zulässig – eine Ent-

1512 BFH, Urteil v. 16.05.2002 – IV R 58/00, BStBl. II 2002, 748 (Tz. 36); R 15a Abs. 5 Satz 2 EStR; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4.
1513 R 15a Abs. 5 Satz 3 EStR.
1514 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4.
1515 *Orth*, FR 2005, 515, 521.
1516 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4.
1517 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 55, 102; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 111.
1518 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 102; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 110 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nahme tätigt.[1519] Entsteht insoweit ein negatives Kapitalkonto, ist § 15a Abs. 1 EStG einschlägig. Dies hat für den Steuerpflichtigen den Vorteil, dass er für die folgenden Jahre ein erhöhtes Verlustausgleichspotential schafft. Er kann den nach § 15a Abs. 2 und 4 EStG verrechenbaren Verlust unabhängig von § 10d EStG mit künftigen Gewinnen aus der Beteiligung ausgleichen, sodass ihm § 10d EStG in vollem Umfang für etwaige andere Verluste zur Verfügung steht.

Auch § 16 EStG wird durch § 15a EStG berührt. Zur Ermittlung des für § 16 Abs. 4 EStG maßgeblichen Gewinnes ist vom Veräußerungsgewinn nach § 16 Abs. 2 EStG der nach § 15a Abs. 4 EStG gesondert festgestellte verrechenbare Verlust abzuziehen.[1520]

Die Verlustverrechnungsbeschränkungen des § 15 Abs. 4 Sätze 1 bis 5 EStG und § 15a EStG ergänzen sich, sodass im Ergebnis die Vorschrift mit der weitergehenden Beschränkung ausschlaggebend ist.[1521] Ein nach § 15 Abs. 4 Sätze 1 bis 5 EStG ausgleichsfähiger Verlust kann im nächsten Schritt der Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 15a EStG unterliegen.[1522]

Unklar ist das Verhältnis von § 15 Abs. 4 Sätze 6 bis 8 EStG in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG zu § 15a EStG. Während sich unter anderem die Finanzverwaltung für einen Vorrang des § 15a EStG ausspricht,[1523] geht die wohl herrschende Literatur von einem Nebeneinander der beiden Normen aus (sogenannte kumulative Konkurrenz).[1524] So unterliegt beispielsweise die Verrechenbarkeit nach § 15a Abs. 2 EStG

1519 *Orth*, FR 2005, 515, 521.

1520 R 15a Abs. 4 EStR.

1521 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 55; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 15; *von Beckerath,* in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. A 61.

1522 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4.

1523 BMF, Schreiben v. 19.11.2008 – IV C 6-S 2119/07/10001, BStBl. I 2008, 970 (Tz. 7 f.); *Lüer*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15 EStG [Stand 10/2018] Rz. 405; *Riegler/Riegler*, DStR 2014, 1031, 1034; *Schulze zur Wiesche*, in: Bordewin/Brandt, EStG, § 15 [Stand 04/2005] Rz. 679; *Schäfers*, in: Bordewin/Brandt, EStG, § 15a [Stand 03/2007] Rz. 202.

1524 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 15; *Krumm*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15 Rz. 434; *Intemann/Nacke,* DStR 2004, 1149, 1153; *Rödder/Schumacher*, DStR 2003, 805, 811; *Kessler/Reitsam*, DStR 2003, 315, 317; *Förster*, DB 2003, 899, 900; offen lassen es: *Götz/Bindl*, GmbHR 2009, 584, 586, die sich für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Klarstellung aussprechen.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Einschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 7 EStG in Verbindung mit § 10d Abs. 2 EStG.[1525]

Im Verhältnis zu § 15a EStG ist § 15b EStG vorrangig.[1526] Nach § 15b EStG findet eine Ausgleichsbeschränkung auf Einkünfte derselben Quelle unabhängig eines negativen Kapitalkontos statt, mithin handelt es sich hierbei um die weitergehende Beschränkung.[1527]

Auch § 4h EStG ist gegenüber § 15a EStG vorrangig.[1528] Dies ergibt sich aus dem Charakter des § 4h EStG als Gewinnermittlungsvorschrift.[1529]

Im Verhältnis zu § 34a EStG genießt § 15a EStG den Vorrang. Dies ergibt sich daraus, dass § 34a EStG keine Auswirkung auf die Ermittlung des zu versteuernden Einkommens und damit auch nicht auf den Verlustausgleich und -abzug hat.[1530]

2. USA: Verlustverrechnungsbeschränkungen gem. §§ 704(d), 1366(d), 465, 469 IRC

Ein detaillierter Rechtsvergleich speziell mit den US-amerikanischen Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung ist in vielerlei Hinsicht interessant. Nicht nur verweist der deutsche Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zu § 15a EStG ausdrücklich auf die US-amerikanischen Vorschriften, sondern er weist ferner in der Gesetzesbegründung zu § 15a Abs. 3 EStG darauf hin, dass in § 465 IRC eine vergleichbare Vorschrift existiert, und geht in den Ausführungen zu Ab-

---

1525 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 15.

1526 § 15b Abs. 1 Satz 3 EStG; BMF, Schreiben v. 17.07.2007 – IV B 2-S 2241-b/07/0001, BStBl. I 2007, 542 (Tz. 23); *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 5b; a.A.: *Naujok,* DStR 2007, 1601, 1606.

1527 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 55.

1528 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 4; *Loschelder*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 4h Rz. 5; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 15; *Schuck/Faller*, DB 2012, 1893, 1894.

1529 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 15.

1530 BFH, Urteil v. 20.03.2017 – X R 65/14, BStBl. II 2017, 958 (Tz. 29); BMF, Schreiben v. 11.08.2008 – IV C 6-S 2290-a/07/10001, BStBl. I 2008, 838 (Tz. 1); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 34a Rz. 36; *Wacker,* FR 2008, 605, 606.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

satz 5 darauf ein, dass es auch im amerikanischen Recht ein sogenanntes haftungsloses Darlehen (*nonrecourse loan*) gebe, welches ebenfalls nicht zu einer Erhöhung des Verlustausgleichspotentials führe.[1531] Darüber hinaus haben die USA im Vergleich zu anderen Jurisdiktionen wohl „the most highly articulated set of rules"[1532] im Zusammenhang mit der Besteuerung von Personengesellschaften. Grund für den Umfang und die Komplexität der US-amerikanischen Regelungen ist die dort starke Verbreitung der Personengesellschaft (*Partnership*) als Rechtsform.[1533] Die Attraktivität der Personengesellschaften in den USA und die Möglichkeit der unmittelbaren Verlustzu- und -verrechnung durch die Gesellschafter führte in den 60er Jahren zu einem vermehrten Einsatz von *Limited Partnerships* zu Steuersparzwecken.[1534] Dies war Anlass, mittels des *Tax Reform Act* von 1986[1535] weitere Verlust- und Abzugsbeschränkungen einzuführen.[1536]

In den USA gibt es gleich vier Regelungen (§§ 704(d), 1366(d), 465, 469 IRC), die als Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung zu beachten sind, wobei nur § 704(d) IRC und § 1366(d) IRC in ihrem Anwendungsbereich explizit auf *Partnerships* beziehungsweise *S-Corporations* beschränkt sind.[1537] Für die Steuerjahre 2018 bis 2025 (landwirtschaftliche Verluste) respektive 2021 bis 2025 (sonstige Verluste) ist zudem § 461(l) IRC zu beachten, der eine absolute Verlustverrechnungsgrenze enthält.[1538] Die Verlustverrechnungsnormen stehen historisch bedingt in einem Stufenverhältnis zueinander.[1539] Eine Verlustverrechnung, die auf der ersten Stufe durch § 704(d) IRC (bei *Partnerships*) beziehungsweise § 1366(d) IRC (bei *S-Corporations*) nicht beschränkt wird, kann auf der nächsten Stufe von § 465 IRC beschränkt sein. § 465 IRC wurde eingeführt, um unerwünschte Gestaltungsmöglichkeiten

1531 BT-Drs. 8/3648, S. 16 ff.
1532 *Ault/Arnold/Cooper*, Comparative Income Taxation (2020), S. 541.
1533 *Evans*, AT Rev. 2019, 42, 43.
1534 *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 42.
1535 Tax Reform Act 1986, Pub. L. 99–514, Oct. 22, 1986, 100 Stat. 2085.
1536 Tax Reform Act 1986, Pub. L. 99–514, §§ 501, 503, Oct. 22, 1986, 100 Stat. 2085, 2233 ff., 2243 f.; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 42; siehe hierzu unten: D.I.2.c.i Hintergrund.
1537 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 799.
1538 S.o. C.I.2.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.
1539 S.o. C.I.2.c.iii(2) Besonderheiten im Rahmen der transparenten Besteuerung; zum Stufenverhältnis auch: *Schnee,* JoA 2009, 70, 71; zur Einführung von § 465 IRC und § 469 IRC: *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 858.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auszuschließen, die § 704(d) IRC eröffnet hatte.[1540] § 469 IRC wiederum wurde als dritte Stufe eingeführt, um ungewollte Verlustverrechnungsmöglichkeiten weiter einzuschränken, die, insbesondere aufgrund der bis dahin noch mangelnden Anwendbarkeit des § 465 IRC auf Immobiliengeschäfte, weiterhin möglich waren.[1541] § 461(l) IRC wurde durch den *Tax Cuts and Jobs Act 2017*[1542] eingeführt und ist derzeit als vierte Stufe zu beachten.[1543]

Obwohl in den USA, genau wie in Deutschland, für jeden Gesellschafter ein Kapitalkonto *(capital account)* geführt wird, welches auch negativ werden kann,[1544] haben sich in den USA andere Anknüpfungspunkte für die Verlustverrechnungsbeschränkung etabliert. So sind hier die *outside basis*,[1545] die *equity/debt basis*,[1546] der *amount at risk*[1547] sowie die Frage, ob eine Tätigkeit als aktiv oder passiv qualifiziert,[1548] relevant.

a. § 704(d) IRC – *limitation to the partner's outside basis*

§ 704(d) IRC gestattet die Verlustverrechnung eines Gesellschafters nur insoweit, als die *adjusted outside basis* seines Personengesellschaftsanteils *(interest in the Partnership)* reicht.[1549] Für den Gesellschafter einer *LLC* gilt grundsätzlich das Gleiche, es ergeben sich jedoch Besonderheiten bei der Ermittlung seiner *adjusted outside basis*.[1550]

1540 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20 f.; s.u. D.I.2.c.i Hintergrund.
1541 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 22; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 858, 896 f.; s.u. D.I.2.d.i Hintergrund.
1542 *Tax Cuts and Jobs Act*, Pub. L. 115–97, Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2054.
1543 *S.o.* C.I.2.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.
1544 *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 171 f., 188, im Gegensatz zur *outside basis* bleiben Gesellschaftsverbindlichkeiten bei der Ermittlung des Kapitalkontos unberücksichtigt.
1545 § 704(d) IRC.
1546 § 1366(d) IRC.
1547 § 465 IRC.
1548 § 469 IRC.
1549 § 704(d)(1) IRC.
1550 Siehe unten D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

i. Hintergrund

Bereits seit seiner Einführung im Jahr 1954 verfolgt der *Internal Revenue Code* mit der Regelung des § 704(d) IRC den Zweck, bezüglich des Verlustabzugs Personengesellschafter mit Einzelpersonen gleichzustellen.[1551] Im Gegensatz zu Einzelunternehmern haben Personengesellschafter über eine disquotale Verlustzurechnung die Möglichkeit, Verluste zu erwirtschaften, ohne entsprechende Investitionen tätigen zu müssen. Einzelpersonen können demgegenüber regelmäßig nicht mehr Verluste abziehen als die Höhe ihres Barvermögens zuzüglich des Buchwerts ihrer Vermögensgegenstände.[1552] Etwas anderes soll nicht für den Fall gelten, dass mehrere Personen sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen.[1553]

ii. Regelung

§ 704(d) IRC stellt für die Höhe der zulässigen Verlustverrechnung auf die *adjusted outside basis* des Gesellschafters am Ende des Steuerjahres der Gesellschaft (vor Abzug der laufenden Verluste), in dem der Verlust entstanden ist, ab.[1554] Soweit der Verlust die *adjusted outside basis* übersteigt, kann er im Verlustjahr nicht abgezogen werden und wird zeitlich unbegrenzt in die Folgejahre übertragen.[1555] Er kann zum Ende des Jahres abgezogen werden, indem und soweit die *adjusted outside basis* null übersteigt.[1556] Wie sich aus den *Treasury Regulations* ausdrücklich ergibt, und anders, als der Wortlaut des § 704(d)(2) IRC („*repaid*") es zunächst vermuten lassen würde, ist irrelevant, aus welchem Grund die *adjusted outside basis* des Gesellschafters wieder positiv geworden ist.[1557] Die Zunahme kann sowohl auf

1551 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20.
1552 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20.
1553 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20.
1554 § 704(d)(Sentence 1) IRC; Treas. Reg. § 1.704-1(d)(1); *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20.
1555 § 704(d)(Sentence 1) IRC; Treas. Reg. § 1.704-1(d)(1); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 62.
1556 § 704(d)(Sentence 2) IRC; Treas. Reg. § 1.704-1(d)(1); *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 62; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 139.
1557 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 800; vgl. etwa: Treas. Reg. § 1.704-1(d)(4)(Example 1) und (Example 2).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einem dem Gesellschafter zuzurechnenden Gewinnanteil als auch einer Einlage oder auf der Aufnahme eines Darlehens durch die Gesellschaft beruhen.[1558] Werden dem Gesellschafter anteilig Verluste nach § 702(a)(1), (2), (3), (7) und (8) IRC[1559] zugerechnet und übersteigen diese in der Summe die *adjusted outside basis* des Gesellschafters, können die einzelnen Verluste nur quotal abgezogen werden;[1560] ein Vorrang eines Verlustes gegenüber einem anderen besteht nicht. § 702(a)(1) IRC erfasst Verluste aus der Veräußerung von Anlagevermögen, das ein Jahr oder kürzer gehalten wurde (*short-term capital loss*), und § 702(a)(2) IRC solche, die länger als ein Jahr gehalten wurden (*long-term capital loss*).[1561] § 702(a)(3) IRC erfasst Verluste, die aus dem Verkauf oder Tausch von Vermögensgütern im Sinne des § 1231 IRC resultieren. Erfasst werden damit Vermögensgegenstände, die im Handel und Gewerbe genutzt werden, sowie unfreiwillige Umwandlungen.[1562] Ferner wird über § 702(a)(8) IRC der sonstige steuerpflichtige Verlust erfasst mit Ausnahme von Posten, die nach anderen Absätzen des § 702(a) IRC eine gesonderte Berechnung erfordern. § 702(a)(7) IRC ermächtigt zudem die Finanzverwaltung, weitere Verluste durch ministerielle Verfügung *(Regulations)* zu bestimmen.

Genau wie in Deutschland wird durch § 704(d) IRC nicht die Zurechnung des Verlustes, sondern lediglich dessen Verrechnung gehemmt.[1563] Das heißt, auch wenn ein Verlust der Verrechnungsbeschränkung nach

---

1558 *Lyons/Repetti,* Partnership Income Taxation (2011), S. 20; *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 180; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 800; dazu sogleich mehr unter: D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.

1559 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2) verweist seinem Wortlaut nach eigentlich auf § 702(a)(1), (2), (3), (8) und (9) IRC. Allerdings wurde mit dem *Tax Reform Act* of 1976 (Pub. L. 94–455, title XIX, § 1901(a), Oct. 4, 1976, 90 Stat. 1791), § 702(a)(7) IRC gestrichen und die Absätze 8 und 9 wurden zu den neuen Absätzen 7 und 8. Dies wurde in Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2) bisher nicht nachvollzogen.

1560 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2), (4)(Example 3); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 62 f.; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 195.; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 272; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 106; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 800.

1561 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2), (4)(Example 3).

1562 § 1231 IRC.

1563 *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 118, mit dem Hinweis, dass dies, entgegen dem grundsätzlich angestrebten Gleichlauf, zu einer Disparität von

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 704(d) IRC unterliegt, kann das Kapitalkonto des Gesellschafters durch weitere Verlustzurechnung negativ werden,[1564] nicht jedoch die *outside basis*.[1565]

(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt

Das US-amerikanische Steuerrecht unterscheidet zwischen der *inside basis* und der *outside basis*. Während unter der *inside basis* der Wert der Gesellschaft an ihren eigenen Vermögenswerten verstanden wird,[1566] bezeichnet die *outside basis* den Wert des Anteils eines einzelnen Gesellschafters an den Vermögenswerten der Gesellschaft.[1567] Die Summe aller *outside bases* entspricht grundsätzlich dem Wert der *inside basis*.[1568] § 704(d) IRC kann jedoch zu einer Disparität zwischen *inside* und *outside basis* führen, da sich die *inside basis* ungeachtet des § 704(d) IRC um Verluste reduziert.[1569]

Ausgangspunkt zur Berechnung der im Rahmen des § 704(d) IRC relevanten *adjusted outside basis* ist die *basis* nach § 722 IRC.[1570] Danach setzt sich die *basis* eines Gesellschafters aus dem Geldbetrag zusammen, den er in die Gesellschaft eingelegt hat, sowie der *adjusted basis* der eingelegten Vermögensgegenstände, erhöht um einen möglichen Einlagegewinn, der nach § 721(b) IRC ausnahmsweise entsteht, wenn der Vermögensgegenstand in eine Personengesellschaft eingelegt wird, die als Investmentgesellschaft (nach § 351 IRC) qualifizierte, wenn die Personengesellschaft eine Kapitalgesellschaft wäre.[1571] Berücksichtigt werden auch die Verbindlichkeiten, die der Gesellschafter von der Gesellschaft übernimmt, sowie die dem Gesellschafter anteilig zuzurechnenden Gesellschaftsverbindlichkeiten. Letztere werden nach § 752(a) IRC als Geldeinlage in die Gesellschaft

---

inside und *outside basis* führen kann. Siehe zum Gleichlauf der *inside* und *outside basis*: D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.

1564 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 800.

1565 § 705(a)(2) IRC; *Smith v. Commissioner*, 84 T.C. 889, 906 (1985); *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 187.

1566 Statt vieler: *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 16.

1567 Statt vieler: *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 16.

1568 *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 97.

1569 *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 118; siehe auch oben D.I.2.a.ii Regelung, und Fn. 1563.

1570 *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 46.

1571 *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 46; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewertet.[1572] Durch die Berücksichtigung der Gesellschaftsverbindlichkeiten in der *outside basis* des Gesellschafters soll eine Gleichstellung mit einem Einzelunternehmer erreicht werden.[1573] Sofern keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden,[1574] werden die Verbindlichkeiten grundsätzlich den Gesellschaftern zugerechnet, soweit diese hierfür haften.[1575] Haftungslose Schulden (*nonrecourse liability*) werden dagegen nach einem dreistufigen System[1576] grundsätzlich in die *basis* aller Gesellschafter einbezogen.[1577] Angesichts der Eigenarten einer *LLC* sind an dieser Stelle Besonderheiten zu beachten. Die beschränkte Haftung aller *LLC*-Gesellschafter führt grundsätzlich zu einer Einordnung sämtlicher Verbindlichkeiten der *LLC* als *nonrecourse* Verbindlichkeiten und einer Zurechnung nach den entsprechenden Grundsätzen, obgleich die *LLC* ihrerseits haftet.[1578]

Eine Besonderheit gilt es in Bezug auf Gesellschafterdarlehen zu berücksichtigen. Während ein *recourse* Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen allen Gesellschaftern ent-

---

1572 *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 46; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 51; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 135; im Gegenzug wird eine Reduzierung von Verbindlichkeiten i.S.d. § 752 IRC als Ausschüttung an den Gesellschafter gewertet (§ 752(b) IRC) und mindert dessen *outside basis*; jedoch nicht unter null (§§ 705(a)(2), 733 IRC). Übersteigt die Ausschüttung die *outside basis* des Gesellschafters, erzielt dieser in Höhe des Überschusses einen Veräußerungsgewinn (§§ 731(a)(1), 741 IRC).

1573 *Crane v. Commissioner*, 331 U.S. 1, (1947); *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 75.

1574 § 704(b) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 70 ff., 108 f.

1575 Treas. Reg. § 1.752-2(b), (f)(Example 3); *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 48; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 52; siehe oben C.I.2.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

1576 Anteil an dem 1. Mindestgewinn nach § 704(b) IRC, 2. Mindestgewinn nach § 704(c) IRC. In einem 3. Schritt werden die nach den Schritten 1 und 2 verbleibenden *nonrecourse* Verbindlichkeiten entsprechend der Beteiligung des Gesellschafters an den Gewinnen zugerechnet.

1577 Treas. Reg. § 1.752-3(a), mit weiteren Einzelheiten; *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 16 f.; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20 f.; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 52; siehe auch oben: C.I.2.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

1578 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 17; Abweichendes gilt, wenn eine nahestehende Person persönlich für die Verbindlichkeit haftet.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprechend ihres Haftungsanteils zugerechnet wird, enthalten die *Treasury Regulations* eine Sonderregel für *nonrecourse* Gesellschafterdarlehen.[1579] Sie werden entgegen den übrigen *nonrecourse* Verbindlichkeiten nicht anteilig allen, sondern allein dem darlehensgebenden Gesellschafter zugerechnet.[1580] Diese Abweichung wird insofern gerechtfertigt, als der darlehensgebende Gesellschafter in vollem Umfang für die Verbindlichkeit haftet; wenn auch nicht in seiner Stellung als Gesellschafter, so trägt er als Gläubiger das Ausfallrisiko.[1581]

Wird ein Gesellschaftsanteil nicht mittels Einlage neu begründet, sondern von einem Gesellschafter erworben, ergibt sich die *basis* des Erwerbers aus seinem gezahlten Veräußerungspreis zuzüglich der nun auf ihn entfallenden anteiligen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.[1582] Im Falle eines Überganges von Todes wegen oder einer Schenkung stellt der Verkehrswert im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters oder eines abweichenden Bewertungszeitpunktes beziehungsweise der geringere Wert der *basis* des Schenkers (zuzüglich gezahlter Bundesschenkungsteuer) oder des Verkehrswertes des entsprechenden Gesellschaftsanteils den Ausgangspunkt der *basis* des Erwerbers dar.[1583]

Ist ein Gesellschafter sowohl als *General Partner* als auch als *Limited Partner* an einer Gesellschaft beteiligt, hat er nur eine *basis* in der Gesellschaft.[1584] Verluste, die dem Gesellschafter in seiner Eigenschaft als *Limited*

1579 Die Behandlung der *recourse* Gesellschafterdarlehen nach den allgemeinen Grundsätzen ergibt sich aus dem Umkehrschluss der Sonderregel für *nonrecourse* Gesellschafterdarlehen in Treas. Reg. § 1.752-2(c)(1).

1580 Treas. Reg. § 1.752-2(c)(1); *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 508.

1581 S.o. C.I.2.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

1582 § 1012(a) IRC; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 136; *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 71.

1583 §§ 1014, 1015 IRC; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 136.

1584 Rev. Rul. 84-52, 1984-1 C.B. 157; Rev. Rul. 84-53, 1984-1 C.B. 159; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 158, 271; an dieser Stelle sei angemerkt, dass das US-Gesellschaftsrecht die Möglichkeit einräumt, dass ein Gesellschafter an einer Personengesellschaft sowohl als persönlich haftender als auch als beschränkt haftender Gesellschafter beteiligt ist. Diese Möglichkeit eröffnet das deutsche Gesellschaftsrecht nicht; siehe hierzu u.a.: BGH, Urteil v. 10.06.1963 – II ZR 88/61, BB 1963, 1076 (Tz. 14); OLG Thüringen, Beschluss v. 31.08.2011 – I-6 W 188/11; dem folgt auch die deutsche Steuerrechtsprechung u.a. in: BFH, Urteil v. 21.10.1969 – II 141/65, BStBl. II 1970, 99; v. 14.06.1978 – II R 3/71, BStBl. II 1978, 527; v. 13.02.1997 – IV R 15/96, BStBl. II 1997, 535; ebenso: FG Baden-Württemberg, Urteil v. 05.06.2002 – 2

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Partner zugerechnet werden, können mithin insoweit verrechnet werden, als seine Gesamt-*basis* an der Gesellschaft reicht.[1585]

(2) Ermittlung der *adjusted outside basis*

Um ausgehend von der festgestellten *outside basis* die maßgebliche *adjusted outside basis* zu erlangen, sind verschiedene Zu- und Abrechnungen vorzunehmen.[1586] Hinzugerechnet werden der Anteil des Gesellschafters an dem nach § 703(a) IRC steuerbaren Einkommen der Gesellschaft, dem nach § 705 IRC steuerfreien Einkommen der Gesellschaft sowie an dem Überschuss der Abzüge für Substanzverringerung über den Buchwert des der Substanzverringerung unterliegenden Vermögensgegenstandes.[1587] Gemindert wird die *basis* um die Ausschüttungen der Gesellschaft nach § 733 IRC, die Summe der (im Steuerjahr und den vorangegangenen Steuerjahren) dem Gesellschafter zuzurechnenden Verluste und Aufwendungen der Gesellschaft, die bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens nicht abgezogen werden dürfen und dem Kapitalkonto nicht ordnungsgemäß anzurechnen sind.[1588] Ferner wird die *outside basis* um Abzüge wegen Substanzverringerung vermindert, soweit dieser Abzug nicht den anteiligen Buchwert des Gesellschafters an dem Vermögensgegenstand übersteigt.[1589] Von der Minderung ausgenommen sind Verluste des laufenden Steuerjahres sowie nach § 704(d) IRC nicht abzugsfähige Verluste der Vorjahre.[1590]

K 367/99, EFG 2002, 1309; FG Münster, Urteil v. 09.07.2003 – 1 K 6926/01 F, EFG 2003, 1618.

1585 Rev. Rul. 84-53, 1984-1 C.B. 159.

1586 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2).

1587 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2); § 705(a)(1)(A), (B), (C) IRC; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 137; in den USA wird im Falle von Bergwerken, Öl- und Gasbohrungen, anderen natürlichen Vorkommen und Holz jährlich ein pauschaler Abzug für Substanzverringerung bei der Berechnung des zu versteuernden Einkommens gewährt, ungeachtet dessen, ob der Buchwert des Vermögensgegenstandes bereits auf null reduziert ist (§ 611(a) IRC).

1588 § 705(a)(2)(A), (B) IRC.

1589 *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 73; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 150.

1590 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2); Rev. Rul. 66-94, 1966-1 C.B. 166; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 110.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zudem ist eine Minderung auf unter null ausgeschlossen.[1591] Geht etwa eine Ausschüttung über den Betrag der *basis* des Gesellschafters hinaus, wird dem Gesellschafter in Höhe des überschießenden Betrages ein steuerbarer Gewinn hinzugerechnet.[1592] Dies gilt jedoch nur für Barausschüttungen.[1593] Im Falle einer Ausschüttung anderer Vermögensgegenstände bedarf es dieser Gewinnhinzurechnung regelmäßig nicht. Die *basis* des ausgeschütteten Vermögensgegenstandes wird in aller Regel die *basis* des Gesellschaftsanteils nicht überschreiten.[1594]

Die Hinzu- respektive Abrechnungen sind vorzunehmen, um zu verhindern, dass sie doppelt (steuerpflichtige Einnahmen/Ausgaben), also sowohl bei der laufenden Besteuerung als auch bei einem etwaigen Anteilsverkauf oder einer Liquidation, respektive erstmalig (steuerfreie Einnahmen und nicht abzugsfähige Ausgaben) bei einem Anteilsverkauf oder einer Liquidation berücksichtigt werden.[1595] Die Hinzurechnung für die den Buchwert des Vermögensgegenstandes übersteigenden Abzüge wegen Substanzverringerung ergibt sich aus deren Abzugsfähigkeit ungeachtet dessen, ob der Buchwert des zugrundeliegenden Vermögensgegenstandes bereits auf null reduziert ist, jedoch ohne dass dies zu einem negativen Buchwert führt.[1596]

1591 § 705(a)(2) IRC; Treas. Reg. § 1.705-1(a)(3); *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 61 f.; *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 132 f.; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 187; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 137; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 106; *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 118, mit dem Hinweis, dass es hierdurch zur Disparität zwischen *inside* und *outside basis* kommt, wenn Verluste größer als die *outside basis* sind; Treas. Reg. § 1.705-1(a)(4), (5), enthalten Sonderregelungen für Abschreibungen im Zusammenhang mit Öl- und Gasgrundstücken, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll.

1592 § 731(a)(1) IRC; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 142.

1593 § 731(a)(1) IRC; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 142.

1594 § 732(a)(1), (2) IRC; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 142 f.

1595 *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 138 ff.; *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 72.

1596 *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 143; *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 72 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Einlagen in die Gesellschaft

Durch zeitkongruente Einlagen in die Gesellschaft kann der Steuerpflichtige, genau wie in Deutschland, sein Verlustverrechnungsvolumen erhöhen.[1597] Eine dem § 15a Abs. 1a oder Abs. 3 EStG vergleichbare Regelung sieht das US-Recht in Bezug auf § 704(d) IRC nicht vor.[1598] Einlagen, die im Verlustjahr getätigt und im Folgejahr wieder entnommen werden, müssen für Zwecke der Verlustverrechnung der Überprüfung des *Internal Revenue Service* als Scheingeschäft standhalten.[1599]

(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten

Wie bereits dargestellt, fließen in die *adjusted outside basis* eines Gesellschafters auch die Gesellschaftsverbindlichkeiten ein, sofern sie diesem anteilig zuzurechnen sind.[1600] Maßgeblich ist, wer persönlich und letztendlich haftet (*personal and ultimate liability*).[1601] Für diese Frage werden nach Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(i) grundsätzlich alle gesetzlichen und vertraglichen Zahlungsverpflichtungen des Gesellschafters (oder einer ihm nahestehenden Person) im Zusammenhang mit der Haftung der Personengesellschaft berücksichtigt.[1602] Darunter fallen neben vertraglichen Zahlungsverpflichtungen, wie etwa Bürgschaften (*guarantee*), Freistellungs- (*indemnification agreements*), Rückerstattungsvereinbarungen (*reimbursement agreements*) und ähnlichen, auch gesellschaftsvertragliche Verpflichtungen wie die Erbringung einer Kapitaleinlage oder die Verpflichtung, ein negatives Kapitalkonto auszugleichen (*deficit restoration obligation*).[1603] Ferner werden Zahlungsverpflichtungen berücksichtigt, die sich aus lokalem oder

1597 *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 10-41.
1598 Etwas anderes ergibt sich mit Blick auf § 465 IRC; s.u. D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.
1599 *Kahle*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 180, Fn. 337.
1600 S.o. D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt, und C.I.2.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.
1601 *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471, 1500 f. (1986); *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360, 374 (1986); *Smith v. Commissioner*, 84 T.C. 889, 907 f. (1985).
1602 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(i); eine Ausnahme besteht für sog. „*bottom dollar payment obligations*": Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(ii).
1603 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(i)(A) und (B); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

staat-lichem Recht ergeben.[1604] Nicht einbezogen werden dagegen Zahlungsverpflichtungen, die unter Berücksichtigung aller Fakten und Umstände unvorhergesehenen Ereignissen unterliegen, die eine Inanspruchnahme aus ihr unwahrscheinlich machen.[1605] Zudem wird die Zahlungsverpflichtung eines Gesellschafters (oder einer ihm nahestehenden Person) insoweit reduziert, als ihm (oder der ihm nahestehenden Person) ein Erstattungsanspruch gegen einen anderen Gesellschafter (oder gegen eine nahestehende Person eines anderen Gesellschafters) zusteht.[1606]

Die entscheidende Frage in all diesen Fällen der „Haftungskette" („*chain of liability*") zur Bestimmung der *ultimate liability* ist, wer der letztendliche Schuldner (*obligor of last resort*) ist.[1607] Entscheidend hierfür ist eine Betrachtung aller Tatsachen und Umstände in einem *worst case scenario*.[1608] Hierfür wird unterstellt, dass alle Gesellschaftsverbindlichkeiten in voller Höhe fällig werden, alle Vermögensgegenstände der Gesellschaft (mit Ausnahme derer, die ausschließlich zur Sicherung einer Gesellschaftsverbindlichkeit eingelegt wurden; sogenanntes indirektes Sicherungsgut) wertlos sind, die Gesellschaft liquidiert wird, jedoch alle Gesellschafter (und nahestehende Personen) ihren Zahlungsverpflichtungen vollumfänglich nachkommen (*satisfaction presumption*).[1609]

(a) Bürgschaft und Nachschusspflicht

Auch wenn Bürgschaftserklärungen nach Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(i) bei der Ermittlung der persönlichen Haftung zu berücksichtigen sind, ändern sie grundsätzlich nichts an der Zurechnung der Gesellschaftsverbindlich-

---

1604 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(i)(C); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 16.

1605 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(4).

1606 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(5).

1607 *Raphan v. United States*, 759 F.2d 879, 886 (Fed. Cir. 1985); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 75 (1987); *Levy v. Commissioner*, 91 T.C. 838, 863 (1988); *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 281 (1992); *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644, 647 (9th Cir. 1987); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 695. (1987), letztere vier sind jeweils zu dem *amount at risk* im Rahmen des § 465 IRC ergangen, der jedoch ebenso wie § 752 IRC auf die *personal and ultimate liability* abstellt.

1608 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(1); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 75 (1987); im Rahmen des § 465 IRC entschieden: *Levy v. Commissioner*, 91 T.C. 838, 863 (1988).

1609 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(1), (6); *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 171.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keiten. Grund ist der mit der Bürgschaft einhergehende Forderungsübergang für den Fall, dass der Gesellschafterbürge den Gläubiger befriedigt und die Annahme, die *Partner* kommen ihrer Verpflichtung zum Ausgleich der auf den Gesellschafterbürgen übergegangenen Gesellschaftsverbindlichkeit nach (*satisfaction presumption*).[1610] Das heißt, die Gesellschaftsverbindlichkeit ist dem Gesellschafterbürgen nach wie vor nur in Höhe seines Haftungsanteils an der Gesellschaftsverbindlichkeit zuzurechnen. Gleiches gilt im Falle einer Nachschusspflicht, deren Eintreten von gewissen Eventualitäten abhängig und nicht unvermeidlich ist.[1611] Auch diese erhöht die *basis* grundsätzlich nicht.[1612] Etwas anderes gilt, wenn die Zahlung aus der Nachschusspflicht für den Gesellschafter unausweichlich (*unavoidable*) ist und ihm in diesem Zusammenhang keine Regressansprüche zustehen.[1613]

Ausnahmsweise erhöhend wirkt sich eine „Bürgschaft"[1614] aus, wenn der Gesellschafterbürge auf seine Regressansprüche verzichtet oder es sich um eine Bürgschaft für eine *nonrecourse* Verbindlichkeit handelt.[1615] Gleichzu-

---

1610 Treas. Reg. § 1.752-2(a)(5), (6), (f)(Example 3); *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986); *Smith v. Commissioner*, 84 T.C. 889 (1985); *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 167, 171; *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 17; *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 81.

1611 *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 282 f. (1992); *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471, 1499 ff. (1986); wonach sich die *basis* erhöht, wenn der Gesellschafter eine Nachschusspflicht übernimmt ohne die Möglichkeit, sich für gezahlte Beträge schadlos zu halten; *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644 (9th Cir. 1987); entschieden für den *amount at risk* im Rahmen des § 465 IRC, der jedoch ebenso wie § 752 IRC auf die *personal and ultimate liability* abstellt.

1612 *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 282 f. (1992); *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644 (9th Cir. 1987); entschieden für den *amount at risk* im Rahmen des § 465 IRC, der jedoch ebenso wie § 752 IRC auf die *personal and ultimate liability* abstellt.

1613 *Smith v. Commissioner*, 84 T.C. 889, 907 f. (1985); *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 282 f. (1992); *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471, 1499 ff. (1986); *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644 (9th Cir. 1987); teilweise entschieden für den *amount at risk* im Rahmen des § 465 IRC, der jedoch ebenso wie § 752 IRC auf die *personal and ultimate liability* abstellt.

1614 Die Bürgschaft ist hier in Anführungszeichen gesetzt, da sie in dieser Form der Ausgestaltung nicht mehr dem gesetzlichen Leitbild einer Bürgschaft entspricht, vgl. *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360, 366 f (1986).

1615 Zur Bürgschaft unter Ausschluss von Regressansprüchen: *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471, 1499 ff. (1986); *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 111; *Lipton et al.*, Partnership taxation (2012), S. 81 f.; zur Bürgschaft für eine *nonrecourse* Verbindlichkeit: *Raphan v. United States*, 759 F.2d 879, 885 (Fed. Cir. 1985); *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360, 374 (1986); Treas.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzen mit dem letztgenannten Fall ist die Bürgschaftsübernahme für eine *LLC*-Verbindlichkeit.[1616] In all diesen Fällen haftet der Gesellschafterbürge *personally* und *ultimately*; im erstgenannten Fall, da er durch den Regressverzicht keine Möglichkeit hat, sich gegenüber einem anderen Gesellschafter schadlos zu halten; in den letztgenannten Fällen, da sich die *personal and ultimate liability* bereits aus dem Charakter der Hauptverbindlichkeit als *nonrecourse* ergibt.[1617] Durch die Bürgschaftsübernahme wird erstmals eine persönliche Haftung begründet; nunmehr haftet der Gesellschafterbürge *personally and ultimately* gegenüber dem Gläubiger.[1618] Da sich an dem steuerlichen Charakter der Hauptschuld als *nonrecourse* durch die Bürgschaft nichts ändert, scheiden sämtliche Regressansprüche gegen die Gesellschaft und die anderen Gesellschafter von vornherein aus.[1619]

(b) Schuldübernahme (assumption agreement)

Ein Schuldübernahmevertrag (*assumption agreement*) einer *recourse* Verbindlichkeit durch einen Gesellschafter wirkt sich nur unter bestimmten Voraussetzungen erhöhend auf seine *basis* aus. Maßgeblich ist wieder, wer *personally and ultimately liable* für die Schuld ist. So wird neben der persönlichen Zahlungspflicht des übernehmenden Gesellschafters die Kenntnis des Gläubigers von der Schuldübernahme sowie die Begründung eines direkten Anspruchs des Gläubigers gegen den übernehmenden Gesellschaf-

---

Reg. § 1.752-2(f)(Example 5); *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 111; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 172 f.; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 680; *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 17; a.A. noch: *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 508, der die Bürgschaft ohne weitere Voraussetzungen berücksichtigt; eine Ausnahme ist in Treas. Reg. § 1.752-2(d)(2) für den Fall vorgesehen, dass der Gesellschafter max. 10 % an der Gesellschaft beteiligt ist und es sich um ein *qualified nonrecourse financing* i.S.d. § 465(b)(6) IRC (s.u. D.I.2.c.ii(4)(g) *Qualified nonrecourse financing*) handelt.

1616 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 17 f.

1617 Gleiches gilt im Falle einer *assumption agreement*, siehe D.I.2.a.ii(4)(b) Schuldübernahme (*assumption agreement*); *Smith v. Commissioner*, 84 T.C. 889, 907 f. (1985).

1618 *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986).

1619 *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter gefordert.[1620] Hinzu kommt, dass kein anderer Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person das wirtschaftliche Verlustrisiko der Verbindlichkeit tragen darf.[1621] Teilweise wird in der Literatur unter „*chain of liability*"-Gesichtspunkten auf die Kenntnis des Gläubigers verzichtet. Argumentiert wird, dass der übernehmende Gesellschafter trotz mangelnder Kenntnis des Gläubigers *personally and ultimately liable* ist, da die Gesellschaft sich, auch wenn sie vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, beim übernehmenden Gesellschafter schadlos halten wird.[1622]

Die Übernahme einer *nonrecourse* Verbindlichkeit bleibt nach Ansicht der Literatur ohne Auswirkung auf die *basis* des Gesellschafters.[1623] Begründet wird dies alternativ mit einem gegenseitigen Ausschluss aufgrund der unterschiedlichen Charaktere einer *nonrecourse* Verbindlichkeit und einer Schuldübernahme oder damit, dass dem Gläubiger auch bei einer Schuldübernahme keine weitergehenden Rechte zustehen und der übernehmende Gesellschafter nur einen „*odd type of economic risk*" trägt.[1624] Die Schuldübernahme (*assumption agreement*) einer *nonrecourse* Verbindlichkeit wirkt sich nur dann erhöhend auf die *basis* aus, sofern hierdurch für den Gesellschafter ausnahmsweise eine bedingungslose Verpflichtung (*unconditional obligation*) begründet wird.[1625]

1620 Treas. Reg. § 1.752-1(d); *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 170; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 91.

1621 Treas. Reg. § 1.752-1(d); *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 170; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 91.

1622 *Millman*, The Tax Lawyer 1989, 1, 14 f.

1623 *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 93; *Millman*, The Tax Lawyer 1989, 1, 16.

1624 Zum gegenseitigen Ausschluss aufgrund der unterschiedlichen Charaktere: *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 93; zum Negieren weitergehender Rechte: *Millman*, The Tax Lawyer 1989, 1, 16.

1625 *Smith v. Commissioner*, 84 T.C. 889, 907 (1985); zum umgekehrten Fall der Außerachtlassung einer Verbindlichkeit, die von Eventualitäten abhängig ist: Treas. Reg. § 1.752-2(a)(4); *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 171.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(c) Hingabe von eigenen Vermögensgegenständen als Sicherheit für Gesellschaftsschulden

Gewährt ein Gesellschafter eigene Vermögensgegenstände als direkte oder indirekte Sicherheit für eine Gesellschaftsverbindlichkeit, wird ihm, begrenzt auf den Marktwert des hingegebenen Vermögensgegenstandes, das wirtschaftliche Verlustrisiko zugerechnet.[1626] Auch hier ist jedoch die *satisfaction presumption* sowie die Anrechnung von etwaigen Regressansprüchen zu berücksichtigen.[1627] Danach kann dem sicherungsgebenden Gesellschafter das wirtschaftliche Verlustrisiko nur insoweit zugerechnet werden, als nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Gesellschaft beziehungsweise die haftenden Gesellschafter ihrer Zahlungsverpflichtung nachkommen.[1628] Dies ist etwa der Fall, wenn das Vermögensgut für eine *nonrecourse* Verbindlichkeit als Sicherheit dient oder der Gesellschafter auf sämtliche Regressansprüche verzichtet hat.

Neben der direkten Verpfändung eines Sicherungsgutes an den Gläubiger einer Gesellschaftsverbindlichkeit kennt und berücksichtigt das US-Recht in diesem Zusammenhang eine indirekte Verpfändung. In diesem Fall tätigt der Gesellschafter eine Sacheinlage mit dem alleinigen Zweck, dass diese zur Sicherheit einer Gesellschaftsverbindlichkeit dient.[1629] Nur unter dieser Ausschließlichkeitsvoraussetzung wird das indirekte Sicherungsgut dem Gesellschafter für sein Haftungsvolumen zugerechnet.[1630] Im Gegenzug wird das indirekte Sicherungsgut von der fingierten Wertlosigkeit des unterstellten *worst case scenarios* ausgenommen.[1631]

1626 § 752(c) IRC; Treas. Regs. §§ 1.752-1(e), 1.752-2(h); *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 174.

1627 Zur Berücksichtigung der *satisfaction presumption*: Treas. Reg. § 1.752-2(b)(6); *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 167; zur Anrechnung von Regressansprüchen: Treas. Reg. § 1.752-2(b)(5).

1628 *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 167.

1629 Treas. Reg. § 1.752-2(h)(2).

1630 Zu den Anforderungen an dieses Ausschließlichkeitserfordernis: Treas. Reg. § 1.752-2(h)(2).

1631 S.o. D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(5) Persönlicher Anwendungsbereich

Die Vorschrift enthält, anders als § 15a EStG im deutschen Recht, keine ausdrückliche Beschränkung auf *Limited Partner*.[1632] Faktisch wird die Verlustverrechnung von *General Partnern* durch diese Vorschrift regelmäßig nicht beschränkt, da ihre *outside basis*, durch Zurechnung der *recourse* Verbindlichkeiten, betragsmäßig ausreichen wird, um sämtliche zugerechnete Verluste zu verrechnen.[1633] Abweichendes kann sich bei einer disquotalen Verlustzurechnung ergeben.

(6) Maßgeblicher Verlust

Im Rahmen des § 704(d) IRC werden sämtliche Verlustpositionen berücksichtigt, die einem Gesellschafter aus seiner Gesellschaftsbeteiligung zufließen können.[1634] Dem Gesellschafter wird zwar, anders als in Deutschland, kein Einkommens-Saldo aus seiner Gesellschaftsbeteiligung zugerechnet,[1635] doch ist für Zwecke des § 704(d) IRC faktisch ein solcher Saldo maßgeblich. Während jede Einnahme- und Gewinnposition für sich betrachtet die *adjusted outside basis* des Gesellschafters erhöht, wirken sich die Abzugs- und Verlustpositionen des laufenden Jahres zunächst nicht mindernd aus.[1636] Nach Ermittlung der *adjusted outside basis* wird diese vielmehr den laufenden Abzugs- und Verlustpositionen gegenübergestellt, um die Höhe der verrechenbaren Verluste für das laufende Steuerjahr festzustellen.[1637] De facto kommt es darauf an, inwieweit den Abzugs- und Verlustpositionen Einnahme- und Gewinnpositionen in ausreichender Höhe gegenüberstehen. Übersteigen die Abzugs- und Verlustpositionen die *adjusted outside basis*, wird jede Position anteilig verrechnet.[1638]

Für Steuerjahre, die nach dem 31. Dezember 2017 beginnen, werden im Rahmen des maßgeblichen Verlustes auch die Anteile des Gesellschafters an den gemeinnützigen Spenden (§ 170(c) IRC) sowie an den Steuern nach § 901 IRC, die an das Ausland und an Besitztümer der Vereinigten

1632 § 704(d) IRC; *Jacobsen*, The Tax Lawyer 2011, 15, 22, Fn. 72.
1633 *Jacobsen*, The Tax Lawyer 2011, 15, 22, Fn. 72; anders etwa: *Sennet v. Commissioner*, 80 T.C. 825 (1983).
1634 § 704(d) IRC enthält keine Einschränkungen; Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2).
1635 S.o. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.
1636 S.o. D.I.2.a.ii(2) Ermittlung der *adjusted outside basis*.
1637 S.o. D.I.2.a.ii Regelung.
1638 S.o. D.I.2.a.ii Regelung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staaten gezahlt wurden oder angefallen sind, berücksichtigt.[1639] Abweichendes gilt im Falle einer wohltätigen Einbringung von Eigentum, dessen Verkehrswert seinen fortgeschriebenen Buchwert übersteigt.[1640] Der Anteil des Gesellschafters an diesem Überschuss findet keine Berücksichtigung.[1641]

(7) Steuerpflichtige Veräußerung des Anteils

Für die Frage, ob beziehungsweise wie sich ein vorhandener Verlustvortrag im Rahmen einer steuerpflichtigen Veräußerung des Gesellschaftsanteils auswirkt, sollte man sich vor Augen führen, dass § 704(d) IRC lediglich zu einem zeitlichen Aufschub der Verlustverrechnung, nicht zu einem endgültigen Untergang führen soll.[1642] Dieses Ziel wird auf die ein oder andere Weise erreicht. Veräußert der Gesellschafter seinen gesamten Gesellschaftsanteil steuerpflichtig, kann er die bis dahin nicht abzugsfähigen, vortragsfähigen Verluste in Höhe seiner (positiven)[1643] *outside basis* zum Zeitpunkt der Veräußerung verrechnen.[1644] Für die *basis* werden Gesellschaftsgewinne berücksichtigt, die bis zur Veräußerung angefallen und dem Veräußerer anteilig zuzurechnen sind, nicht jedoch ein etwaiger Veräußerungsgewinn.[1645] Ein danach noch verbleibender Verlustvortrag geht weder auf den Erwerber über,[1646] noch kann der Veräußerer ihn mit

1639 § 704(d)(3)(A) IRC; *Tax Cuts and Jobs Act*, Pub. L. 115–97, title 1, § 13503, Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2054, 2141; *Burton*, The Tax Adviser 2019, 132; *Willis/Postlewaite/Alexander*, Partnership Taxation (2020), 5.01[3] Fn. 14.

1640 § 704(d)(3)(B) IRC; *Burton*, The Tax Adviser 2019, 132.

1641 § 704(d)(3)(B) IRC; *Burton*, The Tax Adviser 2019, 132.

1642 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 80.

1643 Die *outside basis* des Gesellschafters kann nicht negativ werden: s.o. D.I.2.a.ii(2) Ermittlung der *adjusted outside basis*.

1644 *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 801 f.

1645 *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273, 484.

1646 *Sennett v. Commissioner*, 80 T.C. 825, 831 (1983); *Meinerz v. Commissioner*, 45 T.C.M. 1237 (1983) m.w.N.; *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 179, Fn. 326; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273, 484; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 801.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anderen Gewinnen verrechnen.[1647] Der Verlust geht insoweit unter.[1648] Dies führt nicht zu ungerechtfertigten Ergebnissen, da gleichzeitig der Veräußerungsgewinn in Höhe der suspendierten Verluste geringer ausfällt.[1649] Aus § 704(d) IRC in Verbindung mit § 705(a)(2) IRC resultiert, dass die suspendierten Verluste nicht zu einer negativen *outside basis* des Gesellschafters führen. Wären die Verluste nicht suspendiert und würden sie zu einer negativen *outside basis* führen, wäre der Veräußerungsgewinn insoweit erhöht.[1650]

Dasselbe gilt, wenn der Veräußerer in Höhe des Verlustvortrages eine Zahlungsverpflichtung an die Gesellschaft übernommen hat, er dieser aber erst nach Ausscheiden aus der Gesellschaft nachkommt.[1651] Um die Voraussetzungen einer Verlustverrechnung zu erfüllen, muss der Veräußerer im Zeitpunkt der Zahlung noch Gesellschafter sein.[1652] Allerdings führt die Zahlungsverpflichtung an die Gesellschaft zu einer Reduzierung des Veräußerungserlöses (in der Regel *long-term capital gain*).[1653] Dies ist aufgrund des besonderen Steuersatzes für *long-term capital gain* für den Steuerpflichtigen jedoch weniger attraktiv.[1654] Rechnet ein Gesellschafter

---

1647 *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273, 484.

1648 *Meinerz v. Commissioner*, 45 T.C.M. 1237 (1983); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273, 484; *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 388; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802.

1649 *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 388; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802.

1650 *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 388; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 133; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802.

1651 *Sennet v. Commissioner*, 80 T.C. 825 (1983), bestätigt, 752 F.2d 428 (9th Cir. 1985).

1652 §§ 704(d), 706(c)(2)(A)(i) IRC; *Sennet v. Commissioner*, 80 T.C. 825 (1983), bestätigt, 752 F.2d 428 (9th Cir. 1985).

1653 *Sennet v. Commissioner*, 80 T.C. 825 (1983), bestätigt, 752 F.2d 428 (9th Cir. 1985); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 484; ab einer Haltedauer von über einem Jahr handelt es sich um einen *long-term capital gain*: § 1222(3) IRC.

1654 Bei natürlichen Personen wird *long-term capital gain* in der Regel mit 15 % oder 20 %, maximal jedoch mit 28 % besteuert (§ 1(h) IRC). O*rdinary income* (hierzu zählt auch *short-term capital gain*; Umkehrschluss aus §§ 1(h), 1222(11) IRC: *„net capital gain"* beinhaltet nur den Überschuss von *long-term capital gain*) wird im Zeitraum 2018 bis 2025 hingegen mit einem Spitzensteuersatz von bis zu 37 % besteuert (§ 1(j) IRC). Siehe auch: *Internal Revenue Service*, Topic Number 409 – Capital Gains and Losses, abrufbar unter: https://www.irs.gov/taxtopics/tc409 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit einer Veräußerung, sollte er mithin für eine ausreichende *basis* zum Zeitpunkt der Veräußerung sorgen und seiner Zahlungsverpflichtung bereits vorab nachkommen, um seine vortragsfähigen Verluste mit anderen Einkünften verrechnen zu können.[1655] Für einen veräußerungswilligen Gesellschafter kann es sich daher anbieten, einen Teil des Kaufpreises eine juristisch logische Sekunde vor Übertragung des Anteils auf seine Rechnung zur Befriedigung seiner Zahlungsverpflichtung an die Gesellschaft durch den Käufer im abgekürzten Zahlungsweg entrichten zu lassen.

Im Falle einer Teilveräußerung ist für Zwecke des § 704(d) IRC die *adjusted outside basis* des verbleibenden Gesellschaftsanteils am Jahresende, nicht – auch nicht anteilig – zum Zeitpunkt der Teilveräußerung, zu ermitteln.[1656]

(8) Steuerfreie Verfügung eines Anteils

Für den Fall einer steuerfreien Verfügung über einen Anteil, namentlich einer Schenkung, sind die Auswirkungen auf einen nach § 704(d) IRC vorhandenen Verlustvortrag, das heißt ob dieser auf den Beschenkten übergeht, noch ungeklärt.[1657] Vor dem Hintergrund, dass § 704(d) IRC lediglich einen zeitlichen Aufschub der Verlustverrechnung bezweckt, scheint es angemessen, dem Beschenkten den Verlustvortrag des Schenkers zuzuschreiben.[1658] Letztlich geht es auch hier um die Frage, wann und nicht ob sich der Verlust steuerlich auswirkt.[1659] Im Falle einer Schen-

1655 *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 484; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 111; Konsequenz aus: *Sennet v. Commissioner*, 80 T.C. 825 (1983), bestätigt, 752 F.2d 428 (9th Cir. 1985).

1656 *Richardson v. Commissioner*, 693 F.2d 1158 (5th Cir. 1982); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273.

1657 *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802.

1658 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 111.

1659 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kung übernimmt der Beschenkte die *outside basis* des Schenkers.[1660] Diese ist bei einem vorhandenen Verlustvortrag regelmäßig null.[1661] Kann der Beschenkte im Falle einer künftigen Erhöhung seiner *outside basis* den vorhandenen Verlustvortrag geltend machen, reduziert sich insoweit seine *outside basis*.[1662] Gleichzeitig erhöht sich um diesen Betrag ein späterer Veräußerungsgewinn.[1663] Mithin wirkt sich der Verlustvortrag spätestens im Zeitpunkt einer steuerpflichtigen Veräußerung aus.

(9) Tod des Gesellschafters

Auch wenn es keine expliziten Regelungen dazu gibt, wird davon ausgegangen, dass ein vortragsfähiger Verlust mit dem Tod des Gesellschafters untergeht.[1664] Er soll weder auf den Erben übergehen, noch soll er mit einem potentiellen Gewinn aus der Veräußerung des Anteils zum Zeitpunkt des Todes oder nach dem Tod verrechnet werden können.[1665] Begründet wird dies mit dem Erfordernis einer Gesellschafterstellung zum Zeitpunkt der Verlustverrechnung.[1666] Im Gegensatz zur Schenkung übernimmt der Erbe hier nicht die *outside basis* des Erblassers, sondern die *basis* nach dem Verkehrswert zum Todeszeitpunkt.[1667] Der Verlustvortrag

1660 *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 111.

1661 *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 111 f.

1662 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802.

1663 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 802. Der Veräußer-ungsgewinn ergibt sich aus dem Kaufpreis abzüglich der *adjusted outside basis*, § 1001(a) IRC.

1664 *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 111; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273, mit Verweis auf: Treas. Reg. § 1.704-1(d); Rev. Rul. 74-175, 1974-1 C.B. 52; letztere enthält eine diesbezügliche Aussage zu einem Verlustvortrag aus Veräußerungsverlusten.

1665 *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 273.

1666 *Sennet v. Commissioner*, 80 T.C. 825 (1983), bestätigt, 752 F.2d 428 (9th Cir. 1985).

1667 § 1014(a)(1) IRC; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 450; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 111, 413 f.; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 795.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spiegelt sich mithin nicht unmittelbar in der *basis* wider,[1668] doch wird der Verkehrswert aufgrund der Verluste in den Vorjahren regelmäßig geringer ausfallen, da sich die *inside basis* der Gesellschaft unabhängig von § 704(d) IRC um die Verluste verringert.[1669]

(10) Beendigung der Gesellschaft

Bei Beendigung der Gesellschaft gilt das Gleiche wie bei Ausscheiden des Gesellschafters durch Veräußer-ung oder Tod des Gesellschafters.[1670] Vortragsfähige, noch nicht genutzte Verluste gehen unter.[1671]

b. § 1366(d) IRC – *limitation to shareholder's basis in stock and debt*

§ 1366(d) IRC enthält eine an § 704(d) IRC angelehnte Regelung für die Verlustverrechnung der Anteilseigner einer *S-Corporation*. Wie bereits erwähnt wird auch eine *S-Corporation* für Steuerzwecke grundsätzlich als transparent behandelt. Das heißt, konträr zur *C-Corporation* werden auch bei der *S-Corporation* Verluste unmittelbar den Anteilseignern zugerechnet.[1672]

i. Hintergrund

1958 wurde *Subchapter S* für Steuerjahre, die nach dem 31. Dezember 1957 beginnen, in den *Internal Revenue Code* aufgenommen.[1673] Hierdurch wurden erstmals laufende Verluste der *Small Business Corporation* ihren Anteilseignern zugerechnet und konnten von diesen (bis zu einem be-

1668 S.o. D.I.2.a.ii(8) Steuerfreie Verfügung eines Anteils.
1669 S.o. D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.
1670 Beendigungsgründe richten sich für Steuerzwecke nur nach dem *Federal Law*, unabhängig des *State Laws*, *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 529. Beendigungsgründe sind in § 708(b) IRC genannt.
1671 *Sennet v. Commissioner*, 80 T.C. 825 (1983), bestätigt, 752 F.2d 428 (9th Cir. 1985); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 560.
1672 § 1366(a) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 205; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 111, 150.
1673 *Technical Amendments Act 1958*, Pub. L. 85-866, Sept. 2, 1958, 72 Stat. 1606, 1650 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stimmten Höchstbetrag) verrechnet werden.[1674] Ziel war es, durch größere Steuervorteile aus den Verlusten Kapitalanlagen zu fördern.[1675] In den Regelungen war bereits eine dem aktuellen § 1366(d) IRC sehr ähnliche Norm zur Verlustverrechnungsbeschränkung enthalten, um Verluste nur in Höhe der Investition des Anteilseigners zu gewährleisten.[1676] Für Steuerjahre ab dem 1. Januar 1983 ist die Verlustverrechnungsbeschränkung nunmehr in § 1366(d) IRC geregelt.[1677]

ii. Regelung

Vergleichbar § 704(d) IRC beschränkt § 1366(d) IRC die Verlustverrechnung und Abzüge des Anteilseigners auf seine *adjusted basis*[1678] an den Aktien (*adjusted equity basis*) und den Schulden, die die Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner hat (*adjusted debt basis*).[1679] Im Gegensatz zu § 704(d) IRC bleiben Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten unberücksichtigt.[1680] Diese werden weder im Rahmen der *adjusted equity basis* noch, nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1366(d) IRC, im Rahmen der *adjusted debt basis* berücksichtigt.[1681] Dies ist konsequent. Schließlich haften die Gesellschafter auch in einem *worst case scenario*

1674 Zuvor war nur eine Berücksichtigung von Veräußerungsverlusten vorgesehen: *Keith*, The Impact of Taxation on Small Business (1959), 98, 114, 116.

1675 *Keith*, The Impact of Taxation on Small Business (1959), 98, 114 f.

1676 § 1374(c)(2) IRC nach dem *Technical Amendments Act 1958*, Pub. L. 85-866, Sept. 2, 1958, 72 Stat. 1606, 1653; Rev. Rul. 81-187, 1981-2 C.B. 167; S. Rep. 85-1983 (1958), 4791, 5008; allerdings gingen nicht verrechenbare Verluste nach § 1374(c)(2) IRC in der Fassung des *Technical Amendments Act 1958* endgültig unter: *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1243.

1677 *Subchapter S Revision Act 1982*, Pub. L. 97-354, Oct. 19, 1982, 96 Stat. 1669, 1678, 1697; *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1243.

1678 § 1367 IRC (*Adjustments to basis of stock of shareholders, etc.*).

1679 § 1366(d)(1) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 211; *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 112; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 556 f.

1680 *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 22 f.; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 867; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-21; *Cunningham/Cunningham*, The logic of subchapter K (2020), S. 6 Fn. 16; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 212; *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 46; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 508.

1681 S.u. D.I.2.b.ii(1) *Adjusted basis* an den Aktien und den Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht für die Verbindlichkeiten der (Kapital-)Gesellschaft. Insoweit erfolgt eine Privilegierung der *LLC*, auf die § 704(d) IRC Anwendung findet.[1682] Anteilseigner einer *S-Corporation* haben damit gegenüber Gesellschaftern einer *Partnership* regelmäßig ein vermindertes Verlustverrechnungsvolumen.[1683] Verluste und Abzüge, die nach § 1366(d) IRC nicht abzugsfähig sind, werden zeitlich und der Höhe nach unbegrenzt in die Folgejahre fortgetragen[1684] und in dem Jahr als Verlustausgleich zugelassen, in dem eine ausreichende *adjusted equity/debt basis* vorhanden ist.[1685] Im Falle einer Anteilsübertragung an den Ehegatten oder ehemaligen Gatten im Rahmen einer Scheidung trägt der Anteilserwerber die anteiligen vortragsfähigen Verluste und Abzüge fort.[1686]

Analog zu § 704(d) IRC werden auch hier unterschiedliche Verlust- und Abzugspositionen, die in der Summe den abzugsfähigen Betrag übersteigen, anteilig aufgeteilt.[1687]

(1) *Adjusted basis*an den Aktien und den Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner

Die *adjusted basis* an den Aktien (*adjusted equity basis*)[1688] ermittelt sich nach § 1367(a)(1) und (2)(A) IRC.[1689] Woraus sich der Ausgangswert der *equity basis* ergibt, ist in *Subchapter S* nicht geregelt.[1690] Es sind mithin die allgemeinen Vorschriften anzuwenden.[1691] Bei einem entgeltlichen

---

1682 S.o. D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.
1683 *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1244.
1684 § 1366(d)(2)(A) IRC; Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(3); *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 503, 506; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 211; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 123; *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1243.
1685 *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 503.
1686 § 1366(d)(2)(B) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 211; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 876, Fn. 6.
1687 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(5); vgl. Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2); *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 504; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 211; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 123; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-23.
1688 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 576 f.
1689 § 1366(d)(1)(A) IRC.
1690 *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1244.
1691 *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1244.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erwerb stellt die Kostengrundlage (*cost basis*) – bei einer Erbschaft der Verkehrswert im Zeitpunkt des Todes und bei einer Schenkung die *basis* des Schenkers – den Ausgangswert dar.[1692] Erhöhend auf den Ausgangswert wirken sich Einnahmen der Gesellschaft, die dem Anteilseigner zugerechnet werden, aus (inklusive steuerfreier Einnahmen).[1693] Gleichzeitig wird die *basis* durch Ausschüttungen an den Gesellschafter, aber auch durch nicht abzugsfähige Ausgaben reduziert.[1694] Die *adjusted equity basis* kann hierdurch nicht negativ werden.[1695] Etwaige Überschüsse reduzieren die *debt basis* des Anteilseigners, jedoch ebenfalls nicht unter null.[1696] Wie schon bei § 704(d) IRC wirken sich die laufenden Verluste zunächst nicht auf die *basis* aus.[1697]

Neben der *adjusted basis* an den Aktien wird für § 1366(d) IRC auch die *adjusted basis* an den Schulden der Gesellschaft gegenüber ihrem Anteilseigner berücksichtigt (*adjusted debt basis*).[1698] Für eine Berücksichtigung ist, neben einem tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand beim Anteilseigner, erforderlich, dass die Zahlungsverpflichtung der *S-Corporation* direkt gegenüber ihrem Anteilseigner besteht.[1699]

1692 *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1244; zum entgeltlichen Erwerb: § 1012 IRC; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 112, Fn. 19; zum Erwerb von Todes wegen: § 1014 IRC; zur Schenkung: § 1015 IRC.

1693 §§ 1367(a)(1), 1366(a)(1)(A) IRC; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 112, Fn. 19; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 213.

1694 § 1367(a)(2) IRC; Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(4)(i), m.V.a. § 1367(a)(2)(D) IRC; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 112; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-23; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 213.

1695 § 1367(a)(2) IRC; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 112; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-21; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 213.

1696 *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1245.

1697 Dies ergibt sich aus dem ausdrücklichen Verweis in § 1366(d)(1)(A) IRC auf § 1367(a)(2)(A) IRC (Ausschüttungen), nicht jedoch auf § 1367(a)(2)(B) IRC, der die Minderung für Verluste und Abzüge enthält.

1698 § 1366(d)(1)(B) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 867; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 576.

1699 *Hitchens v. Commissioner*, 103 T.C. 711, 714 (1994); zu letzterem auch: *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1245.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Verlust im Rahmen des § 1366(d) IRC

Im Rahmen des § 1366(d) IRC werden die einzelnen Gesellschaftsverlust- und -abzugspositionen berücksichtigt, die auf Gesellschaftsebene keiner Beschränkung unterliegen und dem Anteilseigner anteilig zugerechnet werden.[1700] Eine disquotale Verlustzurechnung ist, anders als bei Gesellschaftern einer Personengesellschaft, bei der Besteuerung von Anteilseignern einer *S-Corporation* nicht möglich.[1701]

iii. Vertragliche Haftungsübernahme durch einen Anteilseigner

Auch im Rahmen des § 1366(d) IRC stellt sich die Frage nach den Folgen einer vertraglichen Haftungsübernahme eines Anteilseigners – wie etwa einer Bürgschaft oder einem Schuldschein – für eine Gesellschaftsverbindlichkeit. Hier gilt es die Besonderheiten des § 1366(d) IRC gegenüber § 704(d) IRC zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu § 704(d) IRC werden Verbindlichkeiten gegenüber Dritten nicht in die *basis* des Anteilseigners einbezogen.[1702] Weder eine bloße Bürgschaftserklärung zur Sicherung einer solchen Verbindlichkeit[1703] noch ein Schuldschein gegenüber dem Dritt-Gläubiger[1704] oder ein ungesicherter Schuldschein zugunsten der Kapitalgesellschaft[1705] führen grundsätzlich zu einem anderen Ergebnis. Entsprechend den oben genannten Prinzipien ist eine tatsächliche wirtschaftliche Belastung beim Anteilseigner sowie eine direkte Schuld-

1700 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(5); *Kwall*, The Federal Income Taxation (2019), S. 111.

1701 S.o. C.I.2.b.iii Wirkungsweise der transparenten Besteuerung.

1702 S.o. D.I.2.b.ii Regelung.

1703 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(2)(ii); *Estate of Leavitt v. Commissioner*, 875 F.2d 420, 422 (4th Cir. 1989); *Selfe v. United States*, 778 F.2d 769, 772, 774 (11th Cir. 1985); *Borg v. Commissioner*, 50 T.C. 257, 264 (1968); *Howell-Smith et al.*, The Tax Adviser 2019, 184, wonach die „*actual economic outlay*"*-doctrine* nicht durch die „*back-to-back loan*"-Vorschriften abgelöst wurde; *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1241; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-22; anders ist die Situation, wenn der Anteilseigner auf die Bürgschaft hin zahlt. Infolge des Forderungsübergangs besteht fortan ein direktes Schuldner-Gläubiger-Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Anteilseigner: Rev. Rul. 70-50, 1970-1 C.B. 178; Rev. Rul. 75-144, 1975-1 C.B. 277.

1704 *Duke v. Commissioner*, 35 T.C.M. 229, 231 (1976).

1705 Rev. Rul. 81-187, 1981-2 C.B. 167.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ner-Gläubiger-Beziehung zwischen Gesellschaft und Anteilseigner für eine Erhöhung der *debt basis* erforderlich.[1706] Die wirtschaftliche Belastung ist bei einem Anteilseigner grundsätzlich erst dann gegeben, wenn er auf die gegebene Sicherheit hin zahlt.[1707] Davon kann bei einer Bürgschaftsübernahme ausnahmsweise ausgegangen werden, wenn nach Würdigung aller Umstände unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (*in substance*) entgegen der Form nicht die Gesellschaft, sondern der Anteilseigner das Darlehen aufgenommen und anschließend der Gesellschaft zur Verfügung gestellt hat.[1708] Die Rechtsprechung zieht, zur Abgrenzung und zur Bestimmung des wirtschaftlichen Darlehensschuldners, einen Dreizehn-Punkte-Katalog heran.[1709] Einen wirtschaftlichen Aufwand hat der Gesellschafter auch betrieben, wenn er zur Sicherheit für ein Gesellschaftsdarlehen Aktien verpfändet, die ihm anschließend nicht mehr als Sicherheit zur Verfügung stehen.[1710] Der zeitweilige Entfall des Sicherungsvolumens stellt dann einen zu berücksichtigenden Aufwand dar.[1711]

iv. Übertragung eines Gesellschaftsanteils

Der Verlustvortrag nach § 1366(d) IRC ist grundsätzlich personenbezogen und nicht übertragbar.[1712] Überträgt der Anteilseigner einen Teil seiner

---

1706 S.o. D.I.2.b.ii(1) *Adjusted basis* an den Aktien und den Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner.

1707 *Raynor v. Commissioner*, 50 T.C. 762, 770 f. (1968); Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(2)(ii); *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 769.

1708 *Selfe v. United States*, 778 F.2d 769, 773 (11th Cir. 1985); *Plantation Patterns, Inc. v. Commissioner*, 462 F.2d 712, 722 f. (5th Cir. 1972); *Estate of Leavitt v. Commissioner*, 875 F.2d 420, 423 f. (4th Cir. 1989); *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 508 f.; *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1241 f.; *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 771 ff.; je nach Ausgestaltung im Einzelfall kann die Bürgschaftserklärung auch zu einer Erhöhung der *equity basis* führen, wenn sie als Einlage in und nicht als Darlehen an die Gesellschaft gesehen wird, so in: *Selfe v. United States*, 778 F.2d 769 (11th Cir. 1985); *Stamps*, SMU Law Review 1986, 1241, 1253 f.

1709 *Selfe v. United States*, 778 F.2d 769, 773 ff. (11th Cir. 1985).

1710 *Selfe v. United States*, 778 F.2d 769, 773 (11th Cir. 1985).

1711 *Selfe v. United States*, 778 F.2d 769, 773 (11th Cir. 1985).

1712 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(6)(i); Ausnahme in Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(6)(ii) für den Fall einer Übertragung zwischen Ehegatten oder ehemaligen Ehegatten im Zusammenhang mit einer Scheidung; *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 506 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesellschaftsanteile, ist ein Übergang auf den Erwerber ausgeschlossen.[1713] Auch eine anteilige Minderung beim verbleibenden Anteilseigner findet nicht statt.[1714] Der anteilig übertragende Gesellschafter behält vielmehr den kompletten Verlustvortrag.[1715] Bei einer Übertragung des gesamten Gesellschaftsanteils geht der Verlustvortrag hingegen dauerhaft unter.[1716] Dies ist nicht zu beanstanden, da der Verlustvortrag nicht zu einer Minderung der *basis* und damit insoweit bereits zu einem verminderten Veräußerungsgewinn führt.[1717]

v. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Verluste, die nach § 1366(d) IRC abzugsfähig sind, sind in weiteren Schritten an den Verlustverrechnungsbeschränkungen der §§ 465 und 469 IRC zu messen.[1718]

c. § 465 IRC – *at risk rule*

§ 465 IRC ähnelt in seinem Tatbestand und der Rechtsfolge den §§ 704(d) und 1366(d) IRC, wobei er zugleich sowohl weiter als auch enger ist. So ist sein Anwendungsbereich nicht auf eine Einkünfteerzielung mittels *Partnership* oder *S-Corporation* beschränkt.[1719] Gleichzeitig wirken sich haftungslose Schulden grundsätzlich nicht erhöhend auf das Verlustverrechnungsvolumen aus.[1720] Zudem findet die Verlustverrechnung tätigkeitsbezogen statt.[1721]

1713 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(6)(i).
1714 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(6)(i); *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 509.
1715 *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 509.
1716 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(6)(i); *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 508.
1717 *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 508.
1718 *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 213; *Kwall,* The Federal Income Taxation (2019), S. 123.
1719 S.u. D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.
1720 Eine Ausnahme besteht, soweit der Steuerpflichtige hierfür eine Sicherheit an eigenen Vermögensgegenständen bestellt hat (s.u. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*) sowie für sog. *qualified nonrecourse* Verbindlichkeiten (s.u. D.I.2.c.ii(4)(g) *Qualified nonrecourse financing*); *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 803.
1721 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 804, mit dem Hinweis, dass sich § 465 IRC bzgl. letzterem sowohl

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

i. Hintergrund

§ 704(d) IRC stellt für die Verlustverrechnung allein auf die Höhe der *adjusted basis* des Gesellschafters und § 1366(d) IRC auf seine *adjusted equity* und *debt basis* ab. Wie sich diese zusammensetzen, ist für die Verlustverrechnung unerheblich. So kann und wurde durch die Aufnahme von *nonrecourse* Verbindlichkeiten die *outside basis* und damit das Verlustverrechnungsvolumen gesteigert, ohne dass der Gesellschafter ein wirtschaftliches Risiko trug.[1722] In den 60er Jahren florierten Gestaltungsformen, die insbesondere diesen Umstand zur Steuerersparnis ausnutzten.[1723] Um dieser Missbrauchsmöglichkeit Einhalt zu gebieten und den Verlustabzug auf die Höhe des wirtschaftlichen Risikos (*amount at risk*) zu beschränken, wurde § 465 IRC mit dem *Tax Reform Act 1976* eingeführt[1724] und mittels *Revenue Act 1978* erweitert.[1725]

ii. Regelung

§ 465 IRC beschränkt die Verlustverrechnung eines Steuerpflichtigen aus einer Tätigkeit auf den Betrag, mit dem er für diese Tätigkeit ein wirtschaftliches Risiko eingeht (*amount at risk*).[1726] Danach nicht abzugsfähige Verluste werden zeitlich unbegrenzt in die Folgejahre übertragen und

---

von § 704(d) IRC [eigene Anmerkung: auch von § 1366(d) IRC] als auch von § 469 IRC unterscheidet.

1722 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3482 f.; *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 161; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 866; *Carney/Lee*, The Tax Adviser 2019, 258.

1723 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 862 f., 865; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20 f.; *Daniels*, Issues in International Partnership Taxation (1991), S. 36 f.

1724 *Tax Reform Act 1976*, Pub. L. 94–455, title II, § 204(a), Oct. 4, 1976, 90 Stat. 1531; *Staff of Joint Committee on Taxation*, General Explanation of the Tax Reform Act of 1976, Pub. L. 94-55, Dec. 29, 1976, S. 2; S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3482 f.; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 20 f.; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 98; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 868.

1725 *Revenue Act 1978*, Pub. L. 95–600, title II, §§ 201(a), (c)(1), 202, 203, title VII, § 701(k)(2), Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2814, 2816, 2906; H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7103 ff.; *Kahle*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 181 m.w.N.; s.u. D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

1726 *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

können abgezogen werden, soweit der *amount at risk* mit Blick auf diese Tätigkeit wieder steigt.[1727] § 465 IRC ist mithin streng tätigkeitsbezogen zu betrachten.[1728] Handelt es sich bei dem Steuerpflichtigen um einen Gesellschafter, findet die Vorschrift auf Gesellschafterebene, nicht auf Gesellschaftsebene Anwendung.[1729]

(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich

In den persönlichen Anwendungsbereich der Regelung fallen neben den natürlichen Personen auch bestimmte *C-Corporations*.[1730] Im weiteren Verlauf soll nur auf die natürlichen Personen eingegangen werden. Da Treuhandgesellschaften und Nachlässe (*trusts and estates*) für die Berechnung des zu versteuernden Einkommens den natürlichen Personen gleichgestellt werden, werden auch diese erfasst.[1731] Infolge der transparenten Besteuerung und mangels gegenteiliger Regelung ist § 465 IRC auch auf die natürlichen (beschränkt wie unbeschränkt haftenden) Gesellschafter einer *Partnership* sowie einer *S-Corporation* anwendbar.[1732] Konträr zum

1727 § 465(a)(2) IRC; S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 21; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[3].

1728 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 872; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[1].

1729 S.u. D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

1730 § 465(a)(1)(A) und (B) IRC; eine *C-Corporation* muss für Zwecke des § 465(a)(1)(B) IRC die Aktienbesitzanforderungen nach § 542(a)(2) IRC erfüllen.

1731 Zur Gleichstellung für die Berechnung des zu versteuernden Einkommens: § 641(b) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 872; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[2][a].

1732 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[2][a]; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 872; zur Anwendbarkeit auf die hinter einer *Partnership* stehenden Gesellschafter: S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3483; *Peters v. Commissioner*, 77 T.C. 1158, 1163 (1981); *Brand v. Commissioner*, 81 T.C. 821, 827 (1983); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 692 (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 70 (1987); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 6; zur Anwendbarkeit auf die hinter einer *S-Corporation* stehenden Gesellschafter: *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-3, 12-24; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 806; *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 897.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deutschen Recht gilt dies auch im Falle einer mehrstöckigen Personengesellschaft.[1733] Eine Anwendung auf Gesellschaftsebene unterbleibt. Dies wurde bereits gerichtlich bestätigt und entspricht dem gesetzgeberischen Willen.[1734]

Es ist erforderlich, dass die natürliche Person eine Tätigkeit ausübt, die der Verlustverrechnungsbeschränkung unterliegt (Tätigkeit im Sinne des § 465(c) IRC).[1735] Bei seiner Einführung im Jahr 1976 war § 465 IRC noch auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt, die typischerweise zu Steuersparmodellen genutzt wurden.[1736] Bereits 1978 wurde der Anwendungsbereich auf alle Tätigkeiten, die der Steuerpflichtige zur Ausübung eines Handels oder Gewerbes (*trade or business*) oder zur Erzielung von Einkommen nutzt, erweitert, ausgenommen Immobilientätigkeiten.[1737] Seit 1987 werden auch Immobilientätigkeiten erfasst.[1738] Besonderheiten gelten in diesem Zusammenhang noch für bestimmte *nonrecourse* Darlehen (sogenanntes *qualified nonrecourse financing*).[1739]

1733 Zur Anwendbarkeit des § 15a EStG auf Ebene der Muttergesellschaft: D.I.1.b.i Grundtatbestand des § 15a EStG – § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG.

1734 H.R. Rep. 98-432(II) (1984), 711, 1147; S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3483; *Peters v. Commissioner*, 77 T.C. 1158, 1163 (1981); *Brand v. Commissioner*, 81 T.C. 821, 827 (1983); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 692 (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 70 (1987), hier wurde § 465 IRC jeweils auf Gesellschafterebene angewandt; *Lyons/Repetti,* Partnership Income Taxation (2011), S. 21; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 99.

1735 § 465(a)(1) IRC.

1736 § 465(c)(1) IRC in seiner Fassung durch Pub. L. 94–455, title II, § 204(a), Oct. 4, 1976, 90 Stat. 1531; S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3483; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 872.

1737 *Revenue Act 1978*, Pub. L. 95–600, title II, §§ 201(a), Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2814; H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7104 ff.; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 872; 804.

1738 Pub. L. 99–514, title V, § 503(c), Oct. 22, 1986, 100 Stat. 2085, 2243; *Lyons/Repetti,* Partnership Income Taxation (2011), S. 21; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 894.

1739 S.u. D.I.2.c.ii(4)(g) *Qualified nonrecourse financing*; § 465(b)(6) IRC; Pub. L. 99–514, title V, § 503(b), title X, § 1011(b)(1), Oct. 22, 1986, 100 Stat. 2085, 2243; *Lyons/Repetti,* Partnership Income Taxation (2011), S. 21; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 894.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Verlust

In § 465(d) IRC ist eine Definition für den maßgeblichen Verlust enthalten. Er stellt den Überschuss der nach *Chapter 1* des *Internal Revenue Codes* (*Chapter 1*: „*normal taxes and surtaxes*") im Steuerjahr zulässigen Abzüge, die einer Tätigkeit, die § 465 IRC unterliegt, zugerechnet werden können, über die aus der Tätigkeit angefallenen oder aufgelaufenen Erträge des Steuerpflichtigen aus dem Steuerjahr dar (ohne Berücksichtigung etwaiger Nachversicherungsbeträge nach § 465(e)(1)(A) IRC).[1740]

Für die Frage nach der Zulässigkeit von Abzügen ist die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 465(a) IRC außer Acht zu lassen.[1741] Zudem ist der Charakter der aus der Tätigkeit stammenden Einnahmen ohne Bedeutung. So werden sowohl kurzfristige als auch langfristige Veräußerungsgewinne (*short and long-term capital gain*) einbezogen.[1742] Allerdings werden Abzüge von Veräußerungsgewinnen nach § 1202 IRC nicht als Abzüge aus der Tätigkeit behandelt.[1743] Dies hat zur Folge, dass diese Abzüge weder der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 465 IRC unterliegen noch das Verlustverrechnungsvolumen reduzieren.[1744]

1740 § 465(d) IRC; *Proposed Regulation* (Prop. Reg.) § 1.465-11 (Die *Proposed Regulations* wurden im Jahr 1979 veröffentlicht (*IRS/Treasury*, 44 FR 32235 ff., Jun. 5, 1979). Seitdem wurden sie weder endgültig verabschiedet noch zurückgezogen; ihr Status ist daher ungewiss: *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 805; *Abrams*, J. Passthrough Entities 2003, 37, 37. Im weiteren Verlauf der Arbeit werden sie (in Übereinstimmung mit *Abrams*, J. Passthrough Entities 2003, 37, 37: „*guideposts*"; *Carney/Lee*, The Tax Adviser 2019, 258: „Proposed regulations as a guide") als Auslegungshilfe herangezogen); *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 803, mit dem Hinweis, dass der Verlust im Rahmen des § 465 IRC damit weiter ist als die Allgemeindefinition des Veräußerungsverlusts in § 1001(a) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[3], mit dem Hinweis, dass es sich hierbei, anders als etwa i.R.d. § 165(a) IRC, nicht um einzelne Posten, sondern um einen Saldobetrag handelt.

1741 § 465(d) IRC; Prop. Reg. § 1.465-11(c); dies ist auch konsequent, da § 465(a) IRC nicht die Abzugsfähigkeit von Abzügen, sondern von Verlusten beschränkt.

1742 Prop. Reg. § 1.465-12(a).

1743 Prop. Reg. § 1.465-13(b).

1744 Prop. Reg. § 1.465-13(b).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Bestimmung des Tätigkeitsumfanges

§ 465 IRC beschränkt die Verlustverrechnung auf den *amount at risk* der jeweiligen *activity* des Steuerpflichtigen (*activity-by-activity basis*).[1745] Es ist daher entscheidend, den Umfang einer *activity* festzustellen.[1746]

§ 465(c)(2) IRC regelt, welche *activities* für Zwecke der Vorschrift separat behandelt werden. Grundsätzlich wird danach jede *activity* mit Bezug auf einen in § 465(c)(2)(A) IRC bezeichneten Vermögensgegenstand als eigene separate *activity* behandelt. Etwas anderes gilt für den Fall, dass eine *Partnership* oder *S-Corporation* Tätigkeiten mit Bezug auf Vermögensgegenstände im Sinne des § 1245 IRC ausübt.[1747] Werden solche Vermögensgegenstände geleast oder für solche Zwecke gehalten und werden sie in irgendeinem Steuerjahr der *Partnership* oder der *S-Corporation* in Betrieb genommen, werden diese *activities* zu einer *activity* zusammengefasst.[1748] Ferner werden *activities*, die ein Handel oder Gewerbe begründen, zu einer *activity* zusammengefasst, wenn der Steuerpflichtige aktiv an der Geschäftsführung beteiligt ist oder die *activity* durch eine *Partnership* oder eine *S-Corporation* ausgeübt wird, deren Verlust zu 65 % Personen zugewiesen wird, die aktiv an der Geschäftsführung des Handels und Gewerbes teilhaben.[1749] Ausnahmen hierzu oder auch weitere Fälle, in denen ein Zusammenfassen oder eine Trennung erfolgt, können durch ministerielle Verfügung bestimmt werden.[1750] Der Minister hat für Steuerjahre, die nach dem 31. Dezember 1983 und vor dem 1. Januar 1985 beginnen,[1751] von seiner Regelungskompetenz in Form von Temp. Reg. § 1.465-1T Gebrauch gemacht. Danach kann ein Gesellschafter einer *Partnership* oder der Anteilseigner einer *S-Corporation activities* der *Partnership* beziehungsweise der *S-Corporation* im Zusammenhang mit Kinofilmen oder Videokassetten, der Landwirtschaft, dem Erforschen oder Erschließen von Öl- und Gasvorkommen beziehungsweise von geothermischen Lagerstätten

1745 *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 804.

1746 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 872; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[2][d].

1747 § 465(c)(2)(B)(i) IRC.

1748 § 465(c)(2)(B)(i) IRC.

1749 § 465(c)(3)(B), (2)(B)(ii) IRC; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 804.

1750 § 465(c)(3)(C), (2)(B)(ii) IRC.

1751 *Temporary Regulation* (Temp. Reg.) § 1.465-1T(b).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jeweils zu einer *activity* der entsprechenden Art zusammenfassen.[1752] Artverschiedene *activities* (zum Beispiel Landwirtschaft und das Erforschen und Erschließen von Öl- und Gasvorkommen) können grundsätzlich nicht zu einer *activity* zusammengefasst werden.[1753]

(4) *Amount at risk*als Anknüpfungspunkt

Ausschlaggebend für die Höhe der Verlustverrechnung im Rahmen des § 465 IRC ist der sogenannte *amount at risk*, der für jede Tätigkeit und jeden Steuerpflichtigen gesondert zu bestimmen ist.

(a) Maßgeblicher Zeitpunkt

Der *amount at risk* wird am Ende des Steuerjahres festgestellt.[1754] Wird die Tätigkeit durch eine Gesellschaft ausgeübt, ist, soweit nichts anderes geregelt ist, auf das Ende des Steuerjahres der Gesellschaft abzustellen.[1755] Irrelevant ist hingegen, wenn Verbindlichkeiten erst in späteren Jahren fällig werden.[1756]

Aus dem Abstellen auf die Verhältnisse am Ende des Steuerjahres folgt meines Erachtens, dass – genau wie in Deutschland – ein unterjähriger Wechsel einer Gesellschafterstellung (eines *General Partners* hin zu einem *Limited Partner* oder umgekehrt) nicht zu einer anteiligen Ermittlung führt. Vielmehr ist allein die Gesellschafterstellung am Ende des Steuerjahres ausschlaggebend.[1757]

1752 Temp. Reg. § 1.465-1T(a).

1753 Temp. Reg. § 1.465-1T(a); Ausnahme nach § 465(c)(2)(B)(ii) IRC möglich.

1754 § 465(a)(1) IRC; Prop. Reg. § 1.465-1(a); S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484; *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 52.

1755 Prop. Reg. § 1.465-1(a); *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 52.

1756 *Raphan v. United States*, 759 F.2d 879 (Fed. Cir. 1985); *Taube v. Commissioner*, 88 T.C. 464, 487 (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 73 (1987); *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644, 647 (9th Cir. 1987); *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360, (1986).

1757 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484, zu dem Fall eines Darlehens mit anfänglich persönlicher Haftung der Gesellschafter, das Darlehen bei Eintritt bestimmter späterer Ereignisse aber regresslos (*nonrecourse loan*) wird.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(b) Berechnung des amount at risk

Wie bereits bei der Zurechnung der Gesellschaftsverbindlichkeiten im Rahmen des § 704(d) IRC ist auch für die Ermittlung des *amount at risk* die *ultimate liability* des Steuerpflichtigen ausschlaggebend.[1758]

Erbrachte Einlagen (§ 465(b)(1)(A) IRC)

In einem ersten Schritt sind in die Berechnung des *amount at risk* die Bar- und Sacheinlagen des Steuerpflichtigen in die Tätigkeit einzubeziehen.[1759] Letztere werden mit dem fortgeschriebenen Buchwert (*adjusted basis*) angesetzt.[1760]Legt der Gesellschafter einen belasteten Vermögensgegenstand in die Gesellschaft ein, für die er nicht persönlich haftet, erhöht sich der *amount at risk* um die Differenz zwischen der *adjusted basis* des eingelegten Vermögensgegenstandes abzüglich der Schulden, mit denen der Vermögensgegenstand belastet ist.[1761]

Persönliche Haftung (§ 465(b)(1)(B), (2) IRC)

Ferner werden Verbindlichkeiten bezüglich der Tätigkeit einbezogen, sofern der Steuerpflichtige für die Rückzahlung persönlich haftet[1762] oder er einen Vermögensgegenstand, der nicht in der Tätigkeit verwendet wird, als Sicherheit für die Verbindlichkeit verpfändet, bei *nonrecourse* Verbindlichkeiten jedoch begrenzt auf den Nettoverkehrswert des Sicherungsgutes (*net fair market value*).[1763] Für die Einbeziehung einer Verbindlichkeit ist

---

1758 *Levy v. Commissioner*, 91 T.C. 838, 863 (1988); *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 281 (1992); *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986); *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471, 1500 ff. (1986); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 692 (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 75 (1987); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 116; s.o. D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten.

1759 § 465(b)(1)(A) IRC; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 21; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63; *Kahle*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 182.

1760 § 465(b)(1)(A) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63; *Kahle*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 182, Fn. 352.

1761 Prop. Reg. § 1.465-23(a)(2)(ii).

1762 § 465(b)(2)(A) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63.

1763 § 465(b)(2)(B) IRC; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 21; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 101;

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es unbeachtlich, ob diese durch die Gesellschaft oder den Gesellschafter begründet wurde.[1764] Für die persönliche Haftung kommt es entscheidend darauf an, wer wirtschaftlich haftet (*ultimately economically liable*), das heißt, wer in einem *worst case scenario* letztlich (*obligor of last resort*) für die Verbindlichkeiten einzustehen hat.[1765] Hier wirkt sich abermals die Janusköpfigkeit der *LLC* aus. Infolge der fehlenden Haftung der *LLC*-Gesellschafter für *LLC*-Verbindlichkeiten, sofern keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden, werden Verbindlichkeiten der *LLC* als *nonrecourse* behandelt, mithin wirken sie sich nicht auf den *amount at risk* aus.[1766] Für den Fall, dass der Steuerpflichtige einen Vermögensgegenstand als Sicherheit zur Verfügung stellt, bleiben solche Vermögensgegenstände unberücksichtigt, die direkt oder indirekt durch Verschuldung finanziert werden, welche wiederum durch Geld- und Sacheinlagen in die Tätigkeit sowie Darlehenssummen an die Tätigkeit gesichert sind.[1767]

Darlehen von einer Person mit einem Interesse an der Tätigkeit oder von einer dieser Person nahestehenden Person (§ 465(b)(3) IRC)

Darlehenssummen an die Tätigkeit bleiben unberücksichtigt, wenn der Kreditgeber eine Person ist, die ein Interesse an der Tätigkeit hat, oder eine dem Kreditgeber nahestehende Person (nicht der Steuerpflichtige) ein solches Interesse hat.[1768] Ein bloßes Interesse als Gläubiger oder Anteilseigner genügt nicht.[1769] Als nahestehende Person wird eine Person verstanden, die in einem in §§ 267(b) oder 707(b)(1) IRC beschriebenen Verhältnis zu einer anderen Person steht oder die nahestehende Person mit einer

---

Schwarz/Lathrope/Hellwig, Partnership Taxation (2017), S. 63. Damit erhöhen auch *nonrecourse* Verbindlichkeiten den *amount at risk*, soweit der Gesellschafter hierfür private Vermögensgegenstände als Sicherheit gewährt: S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484. Die Begrenzung auf den Nettoverkehrswert des Sicherungsgutes ist konsequent, da der Sicherungsgeber nur insoweit ein Risiko eingeht.

1764 *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 182.

1765 *Levy v. Commissioner*, 91 T.C. 838, 863 (1988).

1766 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 20.

1767 § 465(b)(2)(B) IRC; hierdurch soll verhindert werden, dass der Steuerpflichtige seinen *amount at risk* erhöht, indem er Vermögensgegenstände, die in der Tätigkeit verwendet werden, für Vermögensgegenstände verpfändet, die nicht in der Tätigkeit verwendet werden, S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3486.

1768 § 465(b)(3)(A) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63.

1769 Zum bloßen Gläubigerinteresse: § 465(b)(3)(B)(i) IRC; zum Interesse als Anteilseigner: § 465(b)(3)(B)(ii) IRC.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

solchen Person Geschäfte unter gemeinsamer Kontrolle im Sinne des § 52(a), (b) IRC tätigt.[1770] Die Darlehenssumme erhöht in diesen Fällen den *amount at risk* auch dann nicht, wenn der Kreditnehmer persönlich für die Rückzahlung haftet oder das Darlehen mit Vermögensgegenständen gesichert ist, die nicht im Zusammenhang mit der Tätigkeit genutzt werden.[1771] Allerdings muss dem Kreditgeber im erstgenannten Fall (persönliche Haftung des Kreditnehmers) entweder eine Kapitalbeteiligung oder ein Anteil an dem Nettogewinn der Tätigkeit zustehen.[1772] Eine Kapitalbeteiligung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Kreditgeber einen Anteil an den Vermögenswerten der Tätigkeit innehat, der im Fall der Liquidation der Tätigkeit dem Anteilseigner zukommt.[1773] Dies ist regelmäßig der Fall bei Gesellschaftern einer *Partnership* oder Anteilseignern einer *S-Corporation* bezogen auf die Tätigkeit, die von der Gesellschaft durchgeführt wird.[1774] Für einen Anteil des Kreditgebers an dem Nettogewinn der Tätigkeit ist es nicht erforderlich, dass dieser Eigentümerrechte an der Tätigkeit innehat.[1775] Ein solcher Anteil ist auch bei einem Angestellten oder einem unabhängigen Unternehmer, dessen Vergütung zum Teil an den Nettogewinn der Tätigkeit gekoppelt ist, gegeben.[1776] Unberücksichtigt bleibt hingegen ein Anteil an den Bruttoeinnahmen.[1777] Die gleichen Einschränkungen (Interesse des Kreditgebers nur bei Kapitalbeteiligung oder Anteil am Nettogewinn) gelten, wenn ein *nonrecourse* Darlehen durch einen Vermögensgegenstand gesichert wird, der einen leicht feststellbaren Verkehrswert hat.[1778] Ist dies nicht der Fall, wird dem Kreditgeber ein über das reine Gläubigerinteresse hinausgehendes Interesse zugeschrieben,

---

1770 § 465(b)(3)(C)(i) und (ii) IRC.
1771 Treas. Reg. § 1.465-8(a)(1).
1772 Treas. Reg. § 1.465-8(b)(1); *Pritchett v. Commissioner*, 56 T.C.M. 1070, 1072 (1989); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[4][b], beide m.V.a. weitere Rechtsprechung; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 879.
1773 Treas. Reg. § 1.465-8(b)(2)(Sentence 1); *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 879.
1774 Treas. Reg. § 1.465-8(b)(2)(Sentence 2); zu den Gesellschaftern einer *Partnership*: *Staff of Joint Committee on Taxation*, General Explanation of the Tax Reform Act of 1976, Pub. L. 94-55, Dec. 29, 1976, S. 39.
1775 Treas. Reg. § 1.465-8(b)(3)(Sentence 1); *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 879 f. m.w.N.
1776 Treas. Reg. § 1.465-8(b)(3)(Sentence 2).
1777 Treas. Reg. § 1.465-8(b)(4)(Example 2); *Abrams*, J. Passthrough Entities 2003, 37, 43.
1778 Treas. Reg. § 1.465-8(c)(1).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn er einen finanziellen Vorteil (außer Zinsen) aus der Tätigkeit oder aus dem Verkauf von Anteilen an der Tätigkeit erlangt.[1779]

Abweichung zur outside basis in § 704(d) IRC

Neben der abweichenden Behandlung von *nonrecourse* Verbindlichkeiten kommt es insbesondere durch die Einschränkungen in § 465(b)(3) IRC zu Abweichungen zwischen dem *amount at risk* und der *outside basis* in § 704(d) IRC. So bleibt eine gegenüber einem anderen Gesellschafter abgegebene Freistellungserklärung für den *amount at risk* unberücksichtigt, wenn das Darlehen, für das die Freistellungserklärung erfolgte, von einer einem anderen Gesellschafter nahestehenden Person stammt.[1780] Gleichzeitig erhöht die Freistellungserklärung jedoch die *outside basis* des Gesellschafters, der die Freistellungserklärung abgegeben hat.[1781] Eine weitere Abweichung zwischen der *outside basis* und dem *amount at risk* ergibt sich aus § 465(b)(3) IRC im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen.[1782]

Alleinstellungsmerkmal bei S-Corporations

Auch für Gesellschafter einer *S-Corporation* sind im Rahmen des *amount at risk*, und hier speziell dem Unterfall der persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten (§ 465(b)(1)(B), (2)(A) IRC), Besonderheiten zu beachten. Wie bereits im Rahmen des § 1366(d) IRC bleiben auch bei der Ermittlung des *amount at risk* die Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber Dritten unberücksichtigt.[1783] Dies ist konsequent, führt man sich die insoweit mangelnde Haftung der Gesellschafter vor Augen. Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft erhöhen dagegen in vollem Umfang seinen *amount at risk*, sofern er für diesen Betrag persönlich haftet und ihn nicht seinerseits durch ein *nonrecourse* Darlehen finanziert hat.[1784]

Ausstehende Einlageverpflichtung

Nicht eindeutig geklärt ist die Frage, wie ausstehende Einlagen behandelt werden. Eine dem § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG vergleichbare ausdrückliche

1779 Treas. Reg. § 1.465-8(d)(1)(Sentence 2).
1780 § 465(b)(3) IRC; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2017), S. 119 f.
1781 *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 119.
1782 S.u. D.I.2.c.ii(4)(d) Gesellschafterdarlehen.
1783 Prop. Reg. § 1.465-24(a)(3); *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 510.
1784 Prop. Reg. § 1.465-10(c); *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-24; *Bravenec*, The Tax Lawyer 1982, 93, 120; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 510.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regelung sieht das US-Recht nicht vor. Nach dem eindeutigen Wortlaut in Prop. Reg. § 1.465-22(a) werden Einlagen, zu denen ein Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrages verpflichtet ist, erst mit ihrer tatsächlichen Erbringung berücksichtigt.[1785] Diese Regelung erfuhr in der Literatur Kritik.[1786] So wurde beanstandet, dass nicht allen Fällen der gestundeten Einlageverpflichtung notwendigerweise eine missbräuchliche Gestaltung zugrunde liege,[1787] zumal ein *Limited Partner* auch in Höhe seiner noch ausstehenden Einlage das wirtschaftliche Risiko trägt, sofern die *Partnership* sich über *recourse* Verbindlichkeiten finanziert.[1788] Es wird daher gefordert, teils unter Bezugnahme auf die mit § 465 IRC verfolgte Zielsetzung des Kongresses, auch die gestundete Einlage in den *amount at risk* einzubeziehen.[1789] Ob die Berücksichtigung von weiteren Voraussetzungen, etwa einem *Facts-and-Circumstances Test* zur Bestimmung eines tatsächlichen wirtschaftlichen Risikos, abhängig gemacht werden soll, oder in seiner Höhe von dem Vorhandensein ausreichender *recourse* Verbindlichkeiten abhängig ist, ist unklar.[1790] Entgegen dem Wortlaut der Prop. Reg. § 1.465-22(a) soll sich die Einlageverpflichtung jedenfalls mittelbar durch entsprechende Zurechnung einer *recourse* Gesellschaftsverbindlichkeit an den Gesellschafter auswirken.[1791]

1785 Prop. Reg. § 1.465-22(a); *Abrams,* J. Passthrough Entities 2003, 37, 44; anders bei der Frage, wann ein Schutz gegen Verlust vorliegt: *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 78 f. (1987). Hier entschied das Gericht im Rahmen der Prüfung, ob ein Steuerpflichtiger vor Verlusten geschützt ist (es ging um die Frage, ob der Steuerpflichtige durch die Einlageverpflichtung der anderen Gesellschafter in die Gesellschaft gegen Verlust gesichert ist), dass es maßgeblich darauf ankomme, ob der Schutz definitiv (*definite and fixed*) ist, und nicht, wann (*immediate versus prospective*) eine Zahlung aufgrund des Schutzes erfolgt. Das Gericht kommt in dem zugrundeliegenden Sachverhalt zu dem Ergebnis, dass der Steuerpflichtige durch die definitive Einlageverpflichtung der anderen Gesellschafter bereits gegen Verlust gesichert sei, unabhängig davon, wann diese ihre Einlage erbringen.

1786 *Hoeflich*, Taxes 1980, 475.

1787 *Hoeflich*, Taxes 1980, 475, 477.

1788 § 502 ULPA (2001); *Hoeflich*, Taxes 1980, 475, 477 f.

1789 *Hoeflich*, Taxes 1980, 475, 478, der auf die Zielsetzung des Kongresses verweist; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[4][a], unter Bezugnahme auf *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644 (9th Cir. 1987).

1790 *Hoeflich*, Taxes 1980, 475, 477 f., lässt vermuten, dass die ausstehende Einlage unabhängig von der Höhe der *recourse* Verbindlichkeiten Berücksichtigung finden soll.

1791 *Abrams,* J. Passthrough Entities 2003, 37, 44.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutz gegen Verlust (§ 465(b)(4) IRC)

Ungeachtet anderer Vorschriften des § 465 IRC bleiben für den maßgeblichen *amount at risk* Beträge unberücksichtigt, für die der Steuerpflichtige durch *nonrecourse* Finanzierung, Bürgschaften, *stop loss* Vereinbarungen oder ähnliche Vereinbarungen (*other similar arrangements*) gegen Verlust gesichert ist (*protection against loss*).[1792] Die gesetzliche Formulierung („*arrangement*" statt „*agreement*") indiziert, dass ein bindender Vertrag nicht erforderlich ist.[1793] Auch ein mit der Übernahme einer Bürgschaft einhergehender Forderungsübergang wird als *protection against loss* angesehen, weshalb sich eine Bürgschaft nur unter Verzicht auf Regressansprüche erhöhend auswirkt.[1794] Maßgebend ist nicht der Zeitpunkt der Zahlung aus der Sicherheit, sondern ob die Absicherung gegen Verlust definitiv (*definite and fixed*) besteht und der Steuerpflichtige wirksam vor jeder realistischen Möglichkeit geschützt ist, einen wirtschaftlichen Verlust zu erleiden.[1795] Letztlich geht es auch hier um die Frage, wer der *obligor of last*

1792 § 465(b)(4) IRC; Prop. Reg. § 1.465-6; S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3485, mit dem Hinweis in Fn. 362, dass eine normale Kauf-/Verkaufsvereinbarung, die unter den Gesellschaftern für den Fall des Todes oder Ruhestandes eines Gesellschafters getroffen wird, nicht hierunter fällt; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[4][c], mit dem Hinweis, dass Versicherungen gegen Unfälle oder unerlaubte Handlungen nicht hierunter fallen; ausführlich hierzu auch: *Porreca v. Commissioner*, 86 T.C. 821, 838 ff. (1986).

1793 *American Principals Leasing Corp. v. United States*, 904 F.2d 477, 482 f. (9th Cir. 1990).

1794 Zu dem Umstand, dass mit einer Bürgschaft ein Forderungsübergang einhergeht, welcher als *protection against loss* angesehen wird, mithin der Bürger insoweit nicht *at risk* ist: *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 692 f. (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 71 (1987); *Peters v. Commissioner*, 89 T.C. 423, 443 (1987); *Brand v. Commissioner*, 81 T.C. 821, 828 (1983); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[4][c]; s.u. D.I.2.c.ii(4)(c) Bürgschaft, Nachschusspflicht.

1795 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3485; *Levy v. Commissioner*, 91 T.C. 838, 863 f. (1988); *American Principals Leasing Corp. v. United States*, 904 F.2d 477, 483 (9th Cir. 1990); *Melvin v. Commissioner*, 894 F.2d 1072, 1074 (9th Cir. 1990); *Porreca v. Commissioner*, 86 T.C. 821, 838 ff. (1986); zum Erfordernis einer *definite and fixed obligation*: *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 78 f. (1987); ebenfalls zum Erfordernis einer *fixed and definite obligation*, allerdings im Zusammenhang mit einer Nachschusspflicht: *Hubert Enterprise, Inc. v. Commissioner*, 95 T.C.M. 1194 (2008), in: *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 874 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

resort ist.[1796] Diese Regelung ist vergleichbar mit § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG, der ebenfalls auf die Möglichkeit einer tatsächlichen Inanspruchnahme abstellt.[1797] Abweichend vom deutschen Recht bezieht sich die Regelung in § 465(b)(4) IRC auch auf die Fälle, in denen der Gesellschafter seine Einlage bereits erbracht hat.[1798] § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG findet dagegen nur auf Fälle des erweiterten Verlustausgleichs nach § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG Anwendung.[1799]

Behandlung unberücksichtigter Beträge

Wirkt sich der Darlehensbetrag nicht auf den *amount at risk* aus, da der Kreditgeber ein über das reine Gläubigerinteresse hinausgehendes Interesse hat oder einer solchen Person nahesteht oder weil der Betrag gegen Verlust abgesichert ist, wird der Betrag genauso behandelt, als würde der Steuerpflichtige weder für den Betrag persönlich haften noch eine Sicherheit hierfür geleistet haben.[1800]

Fortentwicklung des amount at risk

Der *amount at risk* erhöht sich um Einlagen[1801] sowie die Nettoeinnahmen (Einnahmen aus der Tätigkeit abzüglich der zulässigen Ausgaben aus der Tätigkeit), die der Steuerpflichtige aus der Tätigkeit erzielt.[1802] Ferner erhöht er sich um steuerfreie Einnahmen aus der Tätigkeit.[1803] Reduziert wird der *amount at risk* um Verluste, die nach § 465 IRC im Vorjahr abzugsfähig waren,[1804] sowie Entnahmen.[1805] Korrespondierend zu den steuerfreien Einnahmen reduzieren Ausgaben, die mit steuerfreien Einnah-

1796 *Levy v. Commissioner*, 91 T.C. 838, 869 (1988); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[4][c].
1797 D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.
1798 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3485; *Porreca v. Commissioner*, 86 T.C. 821, 838 (1986).
1799 § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG; D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.
1800 Treas. Reg. § 1.465-20(a), mit Verweis auf Prop. Reg. § 1.465-6 für den Fall, dass der Betrag gegen Verlust abgesichert ist.
1801 Prop. Reg. § 1.465-22(a).
1802 Prop. Reg. § 1.465-22(c)(1).
1803 Prop. Reg. § 1.465-22(c)(1).
1804 Prop. Reg. § 1.465-22(c)(2). Daraus folgt bereits, dass der *amount at risk* durch Verluste nicht negativ werden kann. Siehe auch: S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484.
1805 Prop. Reg. § 1.465-22(b).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men im Zusammenhang stehen und bei der Ermittlung des steuerbaren Einkommens unberücksichtigt bleiben, den *amount at risk*.[1806]

Zahlt der Steuerpflichtige auf eine Schuld, für die er persönlich haftet, wirkt sich dies grundsätzlich nicht auf den *amount at risk* aus.[1807] Etwas anderes gilt, wenn er die Rückzahlung mit Vermögensgegenständen betreibt, die in der Tätigkeit genutzt werden.[1808] In diesem Fall reduziert sich der *amount at risk* um die *adjusted basis* der betroffenen Vermögensgegenstände.[1809]

Für die Frage, ob sich ein Vorgang auf den *amount at risk* auswirkt, gilt das Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.[1810]

(c) Bürgschaft, Nachschusspflicht et cetera

Die steuerliche Behandlung von Bürgschaften und anderen Zahlungsverpflichtungen ist im Rahmen des § 465 IRC weniger eindeutig als bei § 704(d) IRC. Während Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(i) die grundsätzliche Berücksichtigung unter anderem von Bürgschaften ausdrücklich regelt,[1811] sieht Prop. Reg. § 1.465-6(d) („*guarantee rule*") im Gegensatz hierzu die grundsätzliche Außerachtlassung einer Bürgschaft vor. Eine Berücksichtigung der Bürgschaft soll danach nur stattfinden, wenn der Bürge auf die Bürgschaft gezahlt hat und ihm keine Rechte mehr gegenüber dem Hauptschuldner zustehen.[1812] Die Rechtslage ist jedoch weniger deutlich als es Prop. Reg. § 1.465-6(d) auf den ersten Blick vermuten lässt. Zum einen wird die Glaubwürdigkeit der *Proposed Regulations* in Frage gestellt, da sie bereits 1979 veröffentlicht, seither aber nicht finalisiert wurden.[1813] Zum anderen wurde Prop. Reg. § 1.465-6(d) in der seit 1983 ergangenen Rechtsprechung zu dem Thema lediglich in einem Urteil überhaupt erwähnt – in einer Fußnote –, ohne dass sie entscheidungserheblich gewe-

---

1806 Prop. Reg. § 1.465-22(c)(2).
1807 Prop. Reg. § 1.465-24(b)(1)(i).
1808 Prop. Reg. § 1.465-24(b)(2)(i).
1809 Prop. Reg. § 1.465-24(b)(2)(i).
1810 Prop. Reg. § 1.465-1(b); *Melvin v. Commissioner*, 894 F.2d 1072, 1074 (9th Cir. 1990); *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644, 647 (9th Cir. 1987).
1811 S.o. D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten.
1812 Prop. Reg. § 1.465-6(d); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 20; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 509.
1813 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 22.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sen wäre oder auf ihre Voraussetzungen weiter eingegangen worden wäre.[1814] In allen anderen Entscheidungen zu dem Thema blieb Prop. Reg. § 1.465-6(d) gänzlich unerwähnt.[1815] Die Entscheidungen griffen vielmehr den Grundgedanken aus § 752 IRC auf und stellten darauf ab, ob der Gesellschafterbürge in einem *worst case scenario* als letzter Schuldner in einer Haftungskette (*obligor of last resort*) verbindlich haftet (*ultimately liable*).[1816] Es spricht daher vieles dafür, entgegen dem eindeutigen Wortlaut von Prop. Reg. § 1.465-6(d), die mangels Finalisierung ohnehin maximal als Auslegungshilfe herangezogen werden kann, im Einklang mit der Rechtsprechung auch im Rahmen des § 465 IRC jeweils anhand eines *worst case scenarios* darauf abzustellen, ob es zu einer *ultimate liability* des Steuerpflichtigen kommt, das heißt ob er der *payor of last resort* ist.[1817] Dies kann im Einzelfall etwa durch einen Verzicht auf Regressansprüche oder eine von Eventualitäten unabhängige, unausweichliche Nachschusspflicht erfolgen.[1818] Unberücksichtigt bleibt hingegen, wie wahrscheinlich unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Realität der Eintritt dieses *worst case*

1814 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 22 f.; Erwähnung findet Prop. Reg. § 1.465-6(d) in *Brand v. Commissioner*, 81 T.C. 821, 828 (1983).

1815 *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986); *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471 (1986); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684 (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63 (1987); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 22.

1816 *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 75 (1987); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 22.

1817 *Emershaw v. Commissioner*, 949 F.2d 841, 850 (6th Cir. 1994); *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 281 (1992); *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644, 647 (9th Cir. 1987); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 695. (1987); diese verweisen im Rahmen ihrer Argumentation jeweils auf das Urteil *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 75 (1987), welches zu § 752 IRC ergangen ist, der jedoch ebenso auf die *personal and ultimate liability* abstellt; sowie *Hubert Enterprise, Inc. v. Commissioner*, 95 T.C.M. 1194 (2008), in: *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 874, 877.

1818 Sowohl zur Bürgschaft als auch zur Nachschusspflicht unter Ausschluss von Regressansprüchen: *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471, 1502 f. (1986); zur Bürgschaft: Prop. Reg. § 1.465-6(d); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 692 f. (1987); *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 101 f.; zur abweichenden Behandlung in Deutschland s.u. D.II.2.a.ii Einbeziehung der Haftung; zur Nachschusspflicht: *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 282 f. (1992); *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644 (9th Cir. 1987); *Hubert Enterprise, Inc. v. Commissioner*, 95 T.C.M. 1194 (2008), in: *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 874 ff. Letztere setzt sich näher mit der nötigen inhaltlichen Ausgestaltung einer *deficit restoration obligation* (DRO) auseinander.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scenarios ist.[1819] Maßgeblich ist allein, ob sich der Steuerpflichtige der Zahlungsverpflichtung entziehen kann (*fixed and definite*).[1820] Auch die Bürgschaftsübernahme für eine *nonrecourse* Verbindlichkeit oder eine *LLC*-Verbindlichkeit führt zu einer *ultimate liability* des Bürgen, da hierdurch erstmals eine persönliche Haftung begründet wird.[1821]

Die Notwendigkeit des Verzichts auf Regressansprüche ergibt sich neben den Anforderungen an eine *ultimate liability* zudem aus § 465(b)(4) IRC. Danach bleiben Beträge im Rahmen des *amount at risk* außer Betracht, für die der Steuerpflichtige gegen Verlust gesichert ist (*protection against loss*).[1822] Hierunter wird auch der mit der Übernahme einer Bürgschaft einhergehende Forderungsübergang gefasst.[1823]

(d) Gesellschafterdarlehen

Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft ein Darlehen, verweist die *amount at risk rule* für die Auswirkungen auf die Behandlung der Gesellschafterdarlehen im Rahmen *der outside basis* nach § 752 IRC.[1824] Danach

---

1819 Der United States Court of Appeals, Sixth Circuit hat in *Emershaw v. Commissioner*, 949 F.2d 841, 845 f. (6th Cir. 1994), dem von der Vorinstanz mit Verweis auf *Baldwin v. United States*, 904 F.2d 477 (9th Cir. 1990) herangezogenen Maßstab, der *economic reality* eine klare Absage erteilt.

1820 *Emershaw v. Commissioner*, 949 F.2d 841, 845 f. (6th Cir. 1994); *Hubert Enterprise, Inc. v. Commissioner*, 95 T.C.M. 1194 (2008), in: *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 874, 877, mit Verweis auf weitere Rechtsprechung.

1821 *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360, 366, 374 (1986); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 116; *IRS*, FSA 200025018 (2000), zur Bürgschaftserklärung eines Gesellschafters für eine *LLC*-Verbindlichkeit; allerdings sind etwaige Regressansprüche gegenüber Mitbürgen mindernd zu berücksichtigen; a.A.: *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 17, 20, der im Falle einer Bürgschaft für eine *LLC*-Verbindlichkeit erst im Zeitpunkt der Zahlung unter Ausfall eines etwaigen Regressanspruchs gegenüber der *LLC* eine Erhöhung des *amount at risk* sieht.

1822 § 465(b)(4) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63; ausführlich hierzu auch: *Porreca v. Commissioner*, 86 T.C. 821, 838 ff. (1986).

1823 Zu dem Umstand, dass mit einer Bürgschaft ein Forderungsübergang einhergeht, welcher als *protection against loss* angesehen wird, mithin der Bürge insoweit nicht *at risk* ist: *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 692 f. (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 71 (1987); *Peters v. Commissioner*, 89 T.C. 423, 443 (1987); *Brand v. Commissioner*, 81 T.C. 821, 828 (1983).

1824 Prop. Reg. § 1.465-7(a); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 24; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 483, 509.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist bei einem *nonrecourse* Gesellschafterdarlehen allein dem darlehensgebenden Gesellschafter das wirtschaftliche Verlustrisiko hieran zuzurechnen.[1825] Hieraus folgt, dass sich das Darlehen auch in vollem Umfang erhöhend auf seinen *amount at risk* auswirkt. Im Falle eines *recourse* Darlehens erhöht sich der *amount at risk* – parallel zur *outside basis* – entsprechend seines Haftungsanteils.[1826] Der *amount at risk* der anderen Gesellschafter wird hierdurch nicht berührt.[1827] Dies ergibt sich auch aus § 465(b)(3)(A) IRC, wonach Darlehen unberücksichtigt bleiben, die von einer Person ausgegeben wurden, die ein Interesse an der Tätigkeit hat, das über ein reines Gläubigerinteresse oder Anteilseignerinteresse hinausgeht.[1828] Aus Sicht der Mitgesellschafter stellt der darlehensgebende Gesellschafter eine solche Person mit Interesse an der Tätigkeit dar. Soweit der *amount at risk* der Mitgesellschafter unberührt bleibt, dient dies augenscheinlich der Missbrauchsverhinderung.

(e) Kurzfristige Erhöhung des amount at risk

Wird der *amount at risk* am Ende eines Steuerjahres gezielt erhöht, um das Verlustverrechnungsvolumen zu steigern, und geht damit unter Berücksichtigung aller Tatsachen und Umstände[1829] ein Vorgang einher, wodurch im Folgejahr der *amount at risk* wieder gemindert wird, wird der gesamte Vorgang steuerlich nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen berücksichtigt.[1830] Der Steuerpflichtige muss (i) einen legitimen Unternehmenszweck verfolgen, der (ii) nicht darin bestehen darf, die Beschränkungen des § 465 IRC zu vermeiden.[1831] Ist dies nicht der Fall kommt es, im Gegensatz zu Deutschland,[1832] nicht zu einer Nachversteuerung im Jahr der Minderung des *amount at risk*. Vielmehr wird bereits im Jahr der Erhö-

1825 S.o. D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.
1826 Siehe zur Behandlung im Rahmen der §§ 752, 704(d) IRC: D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.
1827 Prop. Reg. § 1.465-7(a); *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 24.
1828 S.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.
1829 Siehe hierzu: Prop. Reg. § 1.465-4(b); *Carney/Lee*, The Tax Adviser 2019, 258; berücksichtigt werden u.a. die Zeit zwischen der Erhöhung und der Minderung, die normale Geschäftspraxis und vertragliche Vereinbarungen zwischen den Parteien.
1830 Prop. Reg. § 1.465-4(a); *Carney/Lee*, The Tax Adviser 2019, 258.
1831 Prop. Reg. § 1.465-4(a).
1832 Geregelt in § 15a Abs. 3 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hung des *amount at risk* diese nicht für die Verlustverrechnung berücksichtigt.[1833] Dies kann aufgrund der Steuersatzprogression zu abweichenden Ergebnissen führen.

Ähnliches gilt, wenn eine Verbindlichkeit eingegangen wurde, die durch den Eintritt eines Ereignisses oder durch Zeitablauf in eine regresslose Verbindlichkeit (*nonrecourse liability*) umqualifiziert wird. Die Verbindlichkeit wirkt sich in der Zeit, in der sie noch als haftende Verbindlichkeit (*recourse liability*) einzustufen war, nur dann auf den *amount at risk* aus, wenn die Verbindlichkeitsvereinbarungen, unter Berücksichtigung aller Tatsachen und Umstände, hauptsächlich geschäftlich motiviert sind und sie im Einklang mit der üblichen Handelspraxis zur Finanzierung der Tätigkeit, für die sie eingegangen wurde, steht.[1834]

(f) Negativer amount at risk

Durch abzugsfähige Verluste kann der *amount at risk* nicht negativ werden.[1835] Er kann jedoch aus anderen Gründen, wie etwa einer Ausschüttung, Entnahme, Umwandlung einer *recourse* Verbindlichkeit in eine *nonrecourse* Finanzierung oder allgemein der Entlassung des Steuerpflichtigen aus einer persönlichen Haftung, negativ werden.[1836] In diesem Fall muss der *amount at risk* erst wieder ausgeglichen werden, bevor weitere Verluste nach § 465(a) IRC verrechnet werden können.[1837] Gleichzeitig werden dem Bruttoeinkommen (*gross income*) des Steuerpflichtigen Einnahmen in Höhe des negativen *amount at risk* zugerechnet.[1838] Siehe hierzu ausführlich unter D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.

1833 Prop. Reg. § 1.465-4(a).
1834 Prop. Reg. § 1.465-5.
1835 Prop. Reg. § 1.465-3(a); S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 805.
1836 Prop. Reg. § 1.465-3(b); H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7108; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[4][e]; nur zum Fall der Ausschüttung: *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 116; zum Fall der Entnahme und Befreiung aus einer persönlichen Haftung: *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 880.
1837 Prop. Reg. § 1.465-3(b).
1838 *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 116.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(g) Qualified nonrecourse financing

Handelt es sich bei der Tätigkeit um das Halten von Immobilien, gelten Besonderheiten im Hinblick auf *nonrecourse* Finanzierungen. Bei einer solchen Tätigkeit wird auch der Anteil des Steuerpflichtigen an einer qualifizierten *nonrecourse* Finanzierung, die ausschließlich durch Immobilien besichert ist, die der Tätigkeit unterliegen, als *amount at risk* angesehen.[1839]

Als qualifiziert gilt eine *nonrecourse* Finanzierung nach § 465(b)(6)(B) IRC, wenn die Finanzierung vom Steuerpflichtigen mit Blick auf die Tätigkeit des Haltens von Immobilien[1840] von einer qualifizierten Person im Sinne des § 465(b)(6)(D) IRC oder von einer Bundes-, bundesstaatlichen oder lokalen Regierung oder einer entsprechenden Einrichtung aufgenommen wurde oder eine Bundes-, bundesstaatliche oder lokale Regierung eine Bürgschaft hierfür übernimmt.[1841]

Zudem ist Voraussetzung für eine qualifizierte regresslose Finanzierung, dass es sich bei dieser nicht um eine Wandelanleihe handelt.[1842]

Unerheblich ist hingegen, ob der Kreditgeber ein eigenes, über das reine Gläubigerinteresse hinausgehendes Interesse an der Tätigkeit hat oder er einer Person nahesteht, die ein solches Interesse hat.[1843] Gleiches gilt, wenn zwar keine regresslose Finanzierung vorliegt, sie aber – ausgenommen der Regresslosigkeit – sämtliche Voraussetzungen einer qualifizierten regresslosen Finanzierung im Sinne des § 465(b)(6)(B) IRC erfüllt.[1844]

Unter die Tätigkeit des Haltens von Immobilien fallen auch das Halten von Mobiliarvermögen sowie das Erbringen von Dienstleistungen, die nötig sind, um Immobilien als Wohnraum bereitzustellen.[1845] Dagegen wird das Halten von Bodenschätzen nicht darunter gefasst.[1846]

1839 § 465(b)(6)(A) IRC; Treas. Regs. §§ 1.465-8(a)(2)(ii)(A), 1.465-27(a); *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 894 f.; Nebenwirtschaftsgüter und Wirtschaftsgüter deren Bruttoverkehrswerte in der Summe weniger als 10 % der Bruttoverkehrswerte aller Sicherungsgüter ausmachen, sind unschädlich: Treas. Reg. § 1.465-27(b).

1840 § 465(b)(6)(B)(i) IRC.

1841 § 465(b)(6)(B)(ii) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[2][c].

1842 § 465(b)(6)(B)(iv) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[2][c].

1843 Treas. Reg. § 1.465-8(a)(2)(ii)(A).

1844 Treas. Reg. § 1.465-8(a)(2)(ii)(A).

1845 § 465(b)(6)(E)(i) IRC.

1846 § 465(b)(6)(E)(ii) IRC.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für Personengesellschaften regelt § 465(b)(6)(C) IRC, dass sich der Anteil eines Gesellschafters an den qualifizierten *nonrecourse* Finanzierungen nach seinem Anteil an den Verbindlichkeiten der Gesellschaft richtet (§ 752 IRC), die im Zusammenhang mit einer solchen Finanzierung angefallen sind.[1847]

(5) Rechtsfolge

Der Verlust aus einer in § 465(c) IRC genannten Tätigkeit wird nur insoweit berücksichtigt, als der Steuerpflichtige am Ende des Steuerjahres für diesen auch das Risiko im Sinne von § 465(b) IRC trägt.[1848] Verluste, die danach im laufenden Steuerjahr nicht abzugsfähig sind, werden in den folgenden Steuerjahren der Tätigkeit als Abzug behandelt unter Berücksichtigung etwaiger Verlustverrechnungsbeschränkungen[1849] und unter Beibehaltung ihres bestimmten Verlustcharakters.[1850]

Ist der Verlust im laufenden Steuerjahr nicht in voller Höhe abzugsfähig, stellt sich die Frage nach der Zusammensetzung des sich eventuell aus unterschiedlichen Verlustpositionen ergebenden abzugsfähigen Verlustes. Während die *Proposed Regulations* eine Rangfolge vorsehen, geht die Anleitung zu Form 6198 „*At-Risk-Limitations*" von einem anteiligen Abzug aus.[1851] Für einen anteiligen Abzug sprechen zudem das entsprechende Vorgehen bei § 704(d) IRC[1852], § 1366(d) IRC[1853] sowie Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(6)(iii) IRC.[1854] Ausgaben, die in einem nach § 465(a) IRC nicht abzugsfähigen Verlust enthalten sind, behalten ihren Charakter für die Einordnung in Prop. Reg. § 1.465-38(a) bei.[1855] Der Verlustvortrag

1847 *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 115.
1848 § 465(a)(1) IRC.
1849 § 465(a)(2) IRC.
1850 Prop. Reg. § 1.465-38(b).
1851 Prop. Reg. § 1.465-38(a); *IRS/Treasury*, Instructions for Form 6198, S. 3, abrufbar unter: https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i6198.pdf (zuletzt abgerufen am 02.12.2020); *Carney/Lee*, The Tax Adviser 2019, 258.
1852 Treas. Reg. § 1.704-1(d)(2); *Carney/Lee*, The Tax Adviser 2019, 258.
1853 Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(5).
1854 *Carney/Lee*, The Tax Adviser 2019, 258.
1855 Prop. Reg. § 1.465-38(b).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erfolgt zeitlich unbegrenzt.[1856] Von § 465 IRC unberührt bleibt die Ermittlung der *adjusted basis* des Gesellschafters.[1857]

Für die Entscheidung, ob Verluste aus einer Unternehmung mit Gewinnen oder einem positiven „*amount at risk*"[1858] einer anderen Unternehmung verrechnet werden können, ist zu ermitteln, ob die unterschiedlichen Unternehmungen zu einer *activity* zusammenzufassen sind.[1859]

(6) Übertragung oder Veräußerung eines Teils oder der gesamten Tätigkeit

Im Falle der Veräußerung oder anderweitigen Übertragung eines Gesellschaftsanteils geht der bis dahin vortragsfähige Verlust nicht auf den Erwerber über.[1860] Allerdings wird der Veräußerungs- oder Übertragungsgewinn aus der Verfügung der Tätigkeit oder eines Anteils an der Tätigkeit als Einkommen aus der Tätigkeit behandelt.[1861] Verluste, die bisher nach § 465 IRC nicht ausgleichsfähig waren und fortgetragen wurden, können im Jahr der Veräußerung oder Übertragung von diesem abgezogen werden.[1862] Gleiches gilt im Falle der Abwicklung eines Gesellschafteranteils.[1863] Im Fall einer Veräußerung oder Übertragung, bei der unter anderem der Steuerpflichtige seinen gesamten Anteil an der Tätigkeit

---

1856 Prop. Reg. § 1.465-2(b); *Tucker*, Partnerships and At Risk Problems (1980), 33, 52; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[3].

1857 Prop. Reg. § 1.465-1(e); *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 183, Fn. 358; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 64.

1858 Dieser Begriff wird an dieser Stelle untechnisch verwendet und steht daher in Anführungszeichen, da gem. § 465(a) IRC pro *activity* und nicht pro Unternehmung ein einheitlicher *amount at risk* gebildet wird.

1859 D.I.2.c.ii(3) Bestimmung des Tätigkeitsumfanges.

1860 *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 120.

1861 Prop. Reg. §§ 1.465-12(a), 1.465-66(a); eine Unterscheidung von *short-term* und *long-term capital gain* unterbleibt; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 120.

1862 Prop. Reg. § 1.465-66(a); *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 805; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 120, mit dem Hinweis, dass i.d.R. auch im Fall einer Schenkung ein verrechenbarer Übertragungsgewinn ausgelöst wird, da die Befreiung von den anteiligen Gesellschaftsverbindlichkeiten als steuerbarer Gewinn behandelt wird.

1863 Prop. Reg. § 1.465-66(a), (b)(Example 3).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

veräußert und der Buchwert der Tätigkeit des Erwerbers von dem des Veräußerers abhängt, wird ein Überschuss der aufgelaufenen, nach § 465 IRC nicht abzugsfähigen Verluste über den *amount at risk* des Veräußerers dem Buchwert des Veräußerers an der Tätigkeit zugeschrieben.[1864] Dies gilt jedoch nicht in Bezug auf die Ermittlung des Veräußerungsgewinns, sondern ausschließlich bezogen auf die Feststellung des Buchwerts an der Tätigkeit für den Erwerber.[1865] Unter im Übrigen gleichen Voraussetzungen wird ein Überschuss des *amount at risk* des Veräußerers über die Verluste aus der Tätigkeit dem *amount at risk* des Erwerbers zugerechnet.[1866]

Im Fall einer Übertragung von Todes wegen wird der *amount at risk* des Verstorbenen, soweit er null übersteigt, dem *amount at risk* des Nachfolgers zugeschrieben.[1867]

(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC

Genau wie in Deutschland wurde auch in den USA die Gefahr einer kurzfristigen Erhöhung des *amount at risk*, etwa durch eine kurzfristige Einlage und anschließende Entnahme oder die Umwandlung von *recourse* in *nonrecourse* Verbindlichkeiten, gesehen;[1868] sofern diese die Voraussetzungen zur steuerlichen Anerkennung im Rahmen des § 465 IRC erfüllen.[1869] Daher wurde § 465(e) IRC im Jahr 1978 (für Steuerjahre, die nach dem 31. Dezember 1978 beginnen)[1870] mit dem Ziel eingeführt, diesen Gestaltungen mittels einer Nachversteuerung für den Fall, dass der *amount at risk* des Steuerpflichtigen am Ende eines Steuerjahres weniger als null beträgt,[1871] zu begegnen.[1872] Soweit der *amount at risk* null unterschreitet, hat der Steuerpflichtige für dieses Steuerjahr in sein Bruttoeinkommen (*gross income*) einen Betrag in Höhe des Differenzbetrages als Einkommen

1864 Prop. Reg. § 1.465-67(a), (b).
1865 Prop. Reg. § 1.465-67(b).
1866 Prop. Reg. § 1.465-68(a), (b).
1867 Prop. Reg. § 1.465-69(a).
1868 H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7104 f.
1869 S.o. D.I.2.c.ii(4)(e) Kurzfristige Erhöhung des *amount at risk*.
1870 H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7109.
1871 Etwa durch Ausschüttung oder Umwandlung einer *recourse* Verbindlichkeit in eine *nonrecourse* Verbindlichkeit denkbar, nicht jedoch durch einen Verlust. S.o. D.I.2.c.ii(4)(f) Negativer *amount at risk*.
1872 S. Rep. 96-498 (1979), 316, 354; H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7104 f.; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 880 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus dieser Tätigkeit einzubeziehen.[1873] Ein Betrag in gleicher Höhe wird in nachfolgenden Steuerjahren als Abzug von der Tätigkeit zugelassen, soweit der *amount at risk* null überschreitet.[1874] Der Steuerpflichtige wird letztlich so gestellt, wie er stehen würde, wenn der Vorgang, der zu dem negativen *amount at risk* geführt hat, vor den anderen Abzügen erfolgt wäre.[1875] Mangels eines ausreichenden *amount at risk* wäre dem Steuerpflichtigen ein Abzug im laufenden Jahr verwehrt geblieben.[1876] Er hätte den Abzug aber in die folgenden Jahre vortragen können.[1877] Es kommt mithin lediglich zu einer zeitlichen Verlagerung des Verlustausgleiches in den Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter hierdurch wirtschaftlich betroffen ist.[1878]

Der Betrag, der nach § 465(e)(1)(A) IRC hinzugerechnet respektive nach § 465(e)(1)(B) IRC in späteren Steuerjahren wieder abgezogen wird, wird nach § 465(e)(2) IRC betragsmäßig begrenzt. So darf die Hinzurechnung nicht die Differenz der nach § 465(b)(5) IRC in Vorjahren[1879] zulässigen Verluste für die jeweilige Tätigkeit, abzüglich einer nach § 465(e)(1) IRC bereits erfolgten Hinzurechnung des Bruttoeinkommens in Bezug auf die Tätigkeit übersteigen.[1880]

Zu beachten ist, dass dem Steuerpflichtigen der Hinzurechnungsbetrag nicht zur Verrechnung mit laufenden oder vortragsfähigen Verlusten zur Verfügung steht.[1881] Dies ergibt sich aus der Verlustdefinition in § 465(d) IRC.[1882]

1873 § 465(e)(1)(A) IRC; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 116.
1874 § 465(e)(1)(B) IRC; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 116.
1875 H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7109.
1876 H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7109.
1877 H.R. Rep. 95-1445 (1978), 7046, 7109.
1878 *Willis/Postlewaite/Alexander*, Partnership Taxation (2020), 7.09[3].
1879 Beschränkt auf Steuerjahre, die nach dem 31.12.1978 begonnen haben, § 465(e)(2)(A) IRC.
1880 § 465(e)(2)(A) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 880.
1881 S. Rep. 96-498 (1979), 316, 354; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 880.
1882 § 465(d) IRC: „determined without regard to subsection (e)(1)(A)"; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 880.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(8) Verhältnis zu anderen Vorschriften

Wie bereits angesprochen kommt unter anderem in der Behandlung von *nonrecourse* Verbindlichkeiten der Unterschied zu § 704(d) IRC zum Ausdruck.[1883] Während solche Verbindlichkeiten die *outside basis* aller Gesellschafter, auch der beschränkt haftenden Gesellschafter erhöhen, bleiben sie grundsätzlich ohne Auswirkung auf den *amount at risk*.[1884] Ist ein Abzug bereits nach §§ 704(d) oder 1366(d) IRC ausgeschlossen, kann dieser auch nicht im Rahmen des § 465 IRC berücksichtigt werden.[1885] Ist ein Abzug hingegen nach §§ 704(d) oder 1366(d) IRC aufgrund einer ausreichenden *outside basis* möglich, kann der Abzug an § 465 IRC scheitern,[1886] dies etwa, wenn der *amount at risk* aufgrund *nonrecourse* Verbindlichkeiten geringer als die *outside basis* ist. In diesem Fall vermindert sich die *outside basis* trotzdem um den zugewiesenen Verlustanteil.[1887]

§ 1211 IRC (Begrenzung von Kapitalverlusten) bleibt für Zwecke des § 465 IRC hingegen unberücksichtigt.[1888] Gegenüber § 469 IRC ist § 465 IRC vorrangig.[1889]

Zur Ermittlung der Abzugsbeschränkungen in §§ 613A(d) und 613(a) IRC (prozentuale Abzugsbeschränkungen im Zusammenhang mit Öl- und Gasförderung beziehungsweise anderen natürlichen Lagerstätten) bleibt § 465 IRC außen vor.[1890]

1883 Ein weiterer Unterschied besteht in der tätigkeitsbezogenen Anwendung des § 465 IRC sowie der Anwendbarkeit auf alle natürlichen Personen, unabhängig davon, ob sie eine Tätigkeit mittels einer *Partnership* ausüben.

1884 Eine Ausnahme gilt für *qualified nonrecourse financing*, s.o. D.I.2.c.ii(4)(g) *Qualified nonrecourse financing*.

1885 Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(6)(iv).

1886 *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 64.

1887 Prop. Reg. § 1.465-1(e); *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 183, Fn. 358; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 64; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 805; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 112, mit Verweis auf § 705(a)(2) IRC.

1888 Prop. Reg. § 1.465-13(a).

1889 Treas. Reg. § 1.469-2T(d)(6)(i); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[1].

1890 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3506.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d. § 469 IRC – *passive activity rule*

Die *passive activity rule* in § 469 IRC sieht vor, dass Verluste aus einer passiven Tätigkeit nur mit Gewinnen aus einer passiven Tätigkeit verrechnet werden dürfen.

i. Hintergrund

§ 469 IRC wurde 1986 einerseits mit dem Ziel eingeführt, Steuersparmodelle, bei denen zur Umgehung des § 465 IRC eine persönliche Haftung nur auf dem Papier bestand, diese tatsächlich aber gegen null ging, weiter einzuschränken.[1891] Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung dieses Ziels gegen eine Änderung des § 465 IRC und für die Einführung einer neuen Vorschrift entschieden. Dabei knüpft er an die wesentliche Teilhabe des Steuerpflichtigen an einer Tätigkeit an, unabhängig von dessen *amount at risk*.[1892] Damit wurden Steuergestaltungsmodelle in diesem Bereich sehr unattraktiv, da nur wenige Investoren in die tagtäglichen Aktivitäten involviert sein wollen.[1893] Andererseits sollte die Vorschrift, die Verlustverrechnung von Gehalts- und Vermögenseinkommen mit passiven Verlusten verhindern.[1894] Mit der Beschränkung der passiven Verluste sollte die Steuer auf den reinen Kapitaleinsatz und damit die Steuerlast von Personen mit hohem Einkommen erhöht werden, um so für mehr Steuergerechtigkeit zu sorgen.[1895] Zugleich sollten Investitionsentscheidungen von steuerlichen Verzerrungen befreit und damit das Wachstum der Wirtschaft angekurbelt werden.[1896]

1891 *Tax Reform Act 1986*, Pub. L. 99–514, § 501(a), Oct. 22, 1986, 100 Stat. 2085, 2233; *Lyons/Repetti,* Partnership Income Taxation (2011), S. 19, 22.

1892 S. Rep. 99-313 (1986), in: *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 897, 900 f.; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[1].

1893 *Lyons/Repetti,* Partnership Income Taxation (2011), S. 23; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[1].

1894 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5693, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 65; *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 19.

1895 *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 16.

1896 *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 26.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Regelung

§ 469 IRC beschränkt die Verlustverrechnung insoweit, als Verluste und Steueranrechnungen (*credits*) aus einer passiven Tätigkeit nur mit Gewinnen aus einer passiven Tätigkeit verrechnet werden dürfen. Die Einkünfte aus passiver Tätigkeit sind abzugrenzen von den *Portfolio* Einnahmen (*portfolio income*) sowie den Einkünften aus einer aktiven Tätigkeit.[1897] Des Weiteren sollen die Regelungen zu den Steueranrechnungen (*credits*) ausgeklammert und ausschließlich auf die Verlustverrechnung eingegangen werden. Dabei gilt es neben dem persönlichen Anwendungsbereich der Norm insbesondere den sachlichen Anwendungsbereich und damit die Frage zu klären, welche Tätigkeiten als passive Tätigkeiten qualifizieren. Hier sind einige Ausnahmen sowie Rückausnahmen zu beachten, bevor sodann auf die Rechtsfolge und einige Sonderfälle eingegangen wird.

(1) Persönlicher Anwendungsbereich

Gemäß § 469(a)(2) IRC findet die Verlustverrechnungsbeschränkung auf jede natürliche Person, jeden Nachlass (*estate*), jede Stiftung (*trust*; ausgenommen Stiftungen nach § 671 IRC),[1898] jede *C-Corporation*, die die Aktienbesitzanforderungen nach §§ 542(a)(2), 465(a)(3) IRC erfüllt,[1899] und jedes Dienstleistungsunternehmen im Sinne des § 469(j)(2) IRC Anwendung.[1900] Nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Norm fallen damit unter anderem *Partnerships* und *S-Corporations*.[1901] Entsprechend dem Prinzip der transparenten Besteuerung findet die Vorschrift auf die hinter den Gesellschaften stehenden Gesellschafter Anwendung, sofern sie in § 469(a)(2) IRC genannt sind.[1902]

1897 § 469(e)(1)(A), (2)(B) IRC.
1898 Temp. Reg. § 1.469-1T(b)(2).
1899 §§ 469(a)(2)(B), (j)(1), 465(a)(1)(B) IRC; Temp. Reg. § 1.469-1T(g)(2)(ii).
1900 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[2]; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 817.
1901 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 902; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[1].
1902 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 902; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 10-34, 12-25; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[1]; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 817.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geben Ehegatten eine gemeinsame Steuererklärung ab, werden sie für Zwecke des § 469 IRC grundsätzlich als ein Steuerpflichtiger behandelt.[1903] Dies gilt sowohl für Zwecke der Berechnung des passiven Verlustes (*passive activity loss*) als auch für die Ermittlung und Aufteilung der nicht abzugsfähigen passiven Verluste auf die einzelnen passiven Tätigkeiten.[1904] Dies hat ausdrücklich keine Auswirkungen für die §§ 704(d), 1366(d) sowie 465 IRC.[1905] Abweichendes gilt auch mit Blick auf Verluste im Zusammenhang mit bestimmten Beteiligungen an Öl- und Gasbohrungen.[1906] Hier werden die Ehegatten unabhängig von einer gemeinsamen Steuererklärung als zwei separate Steuerpflichtige behandelt.[1907]

(2) Passive Tätigkeit

Grundsätzlich wird unter einer passiven Tätigkeit das Ausüben eines Handels oder Gewerbes (*trade or business activity*) verstanden,[1908] an dem der Steuerpflichtige nicht wesentlich teilnimmt (*materially participate*).[1909] Das Ausüben eines Handels oder Gewerbes (*trade or business*) ist nicht gleichzusetzen mit den deutschen Einkünften aus Gewerbebetrieb im Sinne des § 15 EStG.[1910] Der Begriff wird sehr weit gefasst. So können auch freiberufliche Tätigkeiten und unter Umständen sogar nichtselbständige Tätigkeiten darunter fallen.[1911] Die *Treasury Regulations* bestimmen den Begriff für Zwecke des § 469 IRC grundsätzlich als Tätigkeiten, die keine Vermietungstätigkeiten sind, sondern die die Ausübung eines Handels oder Gewerbes (*trade or business*) im Sinne von § 162 IRC beinhalten, in Erwartung der Aufnahme eines Handels oder Gewerbes (*commencement of a trade or business*) durchgeführt werden oder die Forschungs- oder Versuchsausgaben (*research or experimental expenditures*), die nach § 174 IRC absetzbar

1903 Temp. Reg. § 1.469-1T(j)(1); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5689, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; Ausnahmen in: Temp. Reg. § 1.469-1T(j)(2).
1904 Temp. Reg. § 1.469-1T(j)(1).
1905 Temp. Reg. § 1.469-1T(j)(2)(ii).
1906 Temp. Reg. § 1.469-1T(j)(2)(iii).
1907 Temp. Reg. § 1.469-1T(j)(2)(iii).
1908 § 469(c)(1)(A) IRC; Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(1)(i).
1909 § 469(c)(1)(B) IRC; Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(1)(i); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3]; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 817.
1910 *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 6.
1911 *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind, enthalten.[1912] § 469(c) IRC fasst unter den Begriff des Handels oder Gewerbes (*trade or business*) zudem jede Tätigkeit, die das Forschen oder Experimentieren (*any activity involving research or experimentation*) im Sinne des § 174 IRC beinhaltet.[1913] Außerdem wird jede Tätigkeit in Verbindung mit einem Handel oder einem Gewerbe (*any activity in connection with a trade or business*) erfasst sowie jede Tätigkeit, hinsichtlich derer Ausgaben nach § 212 IRC (*Expenses for production of income*) abzugsfähig sind.[1914]

Eine Tätigkeit gilt grundsätzlich auch dann als passiv, wenn der Steuerpflichtige als *Limited Partner* an ihr beteiligt ist.[1915] Soweit in § 469(c)(7) IRC nichts anderes geregelt ist, qualifizieren zudem Vermietungstätigkeiten (*rental activity*) per se als passive Tätigkeit, das heißt ohne ein zusätzliches Aktivitätskriterium.[1916] Dagegen wird der aktive Handel von mobilen Vermögensgegenständen auf Rechnung der Eigentümer auch dann nicht als passive Tätigkeit qualifiziert, wenn die Tätigkeit einen Handel oder Gewerbe (*trade or business*) darstellt.[1917]

(a) Wesentliche Teilnahme an der Tätigkeit

Ein Steuerpflichtiger nimmt grundsätzlich wesentlich an einer Tätigkeit teil, wenn er an den Geschäften regelmäßig (*regular*), kontinuierlich (*continuous*) und substanziell (*substantial*) beteiligt ist.[1918] Die *Treasury Regulations* enthalten sieben Fallkonstellationen, in denen dies angenommen wird.[1919] Die ersten sechs Fallgruppen stellen auf die Quantität der Teil-

---

1912 Treas. Reg. § 1.469-4(b)(1).
1913 § 469(c)(5) IRC.
1914 § 469(c)(6) IRC.
1915 § 469(h)(2) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 897; s.u. D.I.2.d.ii(2)(b) *Activity*, sowie D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.
1916 § 469(c)(2), (4) IRC; Temp. Regs. § 1.469-1T(e)(1)(ii); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3]; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 817 f.; s.u. D.I.2.d.ii(2)(d) Vermietungstätigkeiten.
1917 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(6); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5688, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.
1918 § 469(h)(1) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 905; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][a].
1919 Temp. Reg. § 1.469-5T(a); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 121 f.; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][a].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nahme ab, wobei Fall fünf und sechs sich auf eine Prüfung der Vorjahre beziehen.[1920] Fall sieben stellt auf eine Sachverhaltsprüfung im Einzelfall (*facts-and-circumstances test*) ab.[1921] Nach den sieben Fallgruppen nimmt der Steuerpflichtige wesentlich teil, wenn

1. er im Jahr mehr als 500 Stunden an der Tätigkeit teilnimmt,[1922]
2. die Teilnahme der natürlichen Person die wesentliche Teilnahme aller natürlichen Personen (unabhängig davon, ob sie an der Tätigkeit beteiligt sind) an der Tätigkeit darstellt,[1923]
3. die natürliche Person mehr als 100 Stunden an der Tätigkeit teilnimmt und dies nicht weniger ist als die Teilnahme jeder anderen natürlichen Person (unabhängig davon, ob sie an der Tätigkeit beteiligt ist),[1924]
4. es sich bei der Tätigkeit um eine Tätigkeit mit bedeutender Beteiligung (*significant participation*) handelt (Teilnahme von über 100 Stunden an einer Handels- oder Gewerbetätigkeit (*trade or business*), ohne wesentlich teilzunehmen) und die natürliche Person in der Summe an allen Tätigkeiten mit bedeutender Beteiligung über 500 Stunden teilgenommen hat,[1925]
5. die natürliche Person von den letzten zehn Jahren fünf wesentlich teilgenommen hat,[1926]
6. es sich um eine Dienstleistungstätigkeit handelt und die natürliche Person drei Jahre (unabhängig davon, ob die Jahre fortlaufend sind oder nicht) wesentlich teilgenommen hat[1927] oder
7. basierend auf allen Fakten und Umständen die natürliche Person regulär, kontinuierlich und substanziell (*regular, continuous, and substantial*) an der Tätigkeit teilnimmt, wobei die Teilnahme 100 Stunden übersteigen muss.[1928]

Hinter den quantitativen Fallkonstellationen steht der Gedanke, dass nur wenige Steuerpflichtige, die in traditionelle Steuersparmodelle investieren,

---

1920 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(1)-(6); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5696, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 822.
1921 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(7); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5696, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 822.
1922 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(1).
1923 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(2).
1924 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(3).
1925 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(4).
1926 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(5).
1927 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(6).
1928 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(7), (b)(2)(iii).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bereit sind, zusätzlich derart viel Zeit zu investieren.[1929] Hinter den Fallkonstellationen fünf und sechs steht die Überlegung, dass eine wesentliche Teilnahme des Steuerpflichtigen über einen längeren (wenn auch vergangenen) Zeitraum eher für eine wesentliche Lebensgrundlage als eine passive Investition spricht.[1930] Zudem soll nicht allein der Rückzug aus einer langjährigen aktiven Tätigkeit zu einer Umwandlung in eine passive Tätigkeit führen.[1931]

Für die Frage, ob ein Steuerpflichtiger wesentlich an einer Tätigkeit teilnimmt, wird die Tätigkeit des Ehegatten miteinbezogen.[1932] Dies gilt unabhängig davon, ob der Ehegatte für sich genommen die Voraussetzungen einer wesentlichen Teilnahme erfüllt und ob die Ehegatten eine gemeinsame Steuererklärung abgeben.[1933]

Für Gesellschafter, die über eine Gesellschaft an einer Tätigkeit beteiligt sind, ist für jeden Gesellschafter separat zu ermitteln, ob er die Voraussetzungen einer wesentlichen Teilnahme erfüllt.[1934] Dies kann dazu führen, dass die Tätigkeit der Gesellschaft je Gesellschafter unterschiedlich zu qualifizieren ist.[1935] Ein *General Partner*, der die Geschäfte der Gesellschaft leitet oder wesentliche Zeit hierfür aufwendet, wird diese Voraussetzungen in aller Regel erfüllen.[1936] Ein *Limited Partner* nimmt dagegen mit seinem Anteil an einer *Limited Partnership*, soweit in den *Treasury Regulations* nicht anders bestimmt, nicht wesentlich teil.[1937]

§ 469(h)(3) IRC enthält eine Sonderregel für im Ruhestand befindliche Personen und überlebende Ehegatten bezogen auf die wesentliche Teilhabe an einer landwirtschaftlichen Tätigkeit. Auf diese soll mangels Relevanz für diese Arbeit nicht näher eingegangen werden. Gleiches gilt für die in § 469(h)(4) IRC enthaltenen Sonderregelungen für *closely held C corporations* und Dienstleistungskörperschaften.

1929 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5696, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.
1930 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5696, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.
1931 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5696, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.
1932 § 469(h)(5) IRC; Temp. Reg. § 1.469-5T(f)(3); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5697, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 122.
1933 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5697, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 906.
1934 *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 819.
1935 *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 819.
1936 *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 66.
1937 § 469(h)(2) IRC; dazu sogleich mehr unter: D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch wenn § 469 IRC im Gegensatz zu § 465 IRC grundsätzlich keine aktivitätenbezogene Verlustverrechnungsbeschränkung enthält, erfolgt die Beurteilung der wesentlichen Teilnahme für jede Tätigkeit gesondert.[1938] Auch hier spielt der Umfang einer jeden Tätigkeit mithin eine entscheidende Rolle.[1939]

(b) Activity

Nachdem zunächst in sehr umfangreichen – und hierfür kritisierten[1940] – *Temporary Regulations*[1941] detaillierte Regelungen zu der Frage, wann mehrere Geschäfte zu einer Unternehmung (*undertaking rules*),[1942] mehrere Unternehmungen zu einer Tätigkeit (*activity rules*)[1943] und verschiedene Tätigkeiten zu einer einheitlichen Tätigkeit zusammenzufassen beziehungsweise als separat zu behandeln sind, enthalten waren, wurden diese durch etwas allgemeiner gehaltene *Treasury Regulations* ersetzt.[1944] Nunmehr wird auf eine Gesamtschau abgestellt.[1945] Danach werden mehrere Tätigkeiten zu einer Tätigkeit zusammengefasst, wenn diese eine geeignete wirtschaftliche Einheit (*appropriate economic unit*) für die Ermittlung des Gewinns oder Verlusts im Sinne von § 469 IRC darstellen.[1946] Die *Treasury Regulations* zählen fünf Faktoren auf, denen größtes Gewicht für die Feststellung einer geeigneten wirtschaftlichen Einheit beigemessen wird.[1947] Diese sind:

1938 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][a].
1939 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].
1940 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].
1941 Temp. Reg. § 1.469-4T.
1942 Temp. Reg. § 1.469-4T(a)(2)(i) a.F.
1943 Temp. Reg. § 1.469-4T(a)(2)(ii) a.F.
1944 Treas. Reg. § 1.469-4; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b]; diese gelten für Steuerjahre, die nach dem 10.05.1992 enden: Treas. Reg. § 1.469-11(a)(1).
1945 Treas. Reg. § 1.469-4(c); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].
1946 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(1); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].
1947 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Ähnlichkeiten und Unterschiede in der Art des Handels und Gewerbes (*trades or businesses*),[1948]
2. der Umfang der gemeinsamen Kontrolle,[1949]
3. der Umfang der gemeinsamen Inhaberschaft,[1950]
4. die geographische Lage und[1951]
5. Wechselbeziehungen (*interdependencies*) zwischen und unter den Tätigkeiten.[1952]

Die Feststellung, ob eine oder mehrere Tätigkeiten vorliegen, ist sowohl für die Bestimmung der wesentlichen Teilnahme des Steuerpflichtigen, für die Frage, ob der gesamte Anteil an einer Tätigkeit veräußert wird, sowie für die Verlustverrechnung zwischen den Tätigkeiten relevant.[1953]

Der Steuerpflichtige kann zur Zusammenfassung einzelner Tätigkeiten jeden nachvollziehbaren Ansatz bei der Berücksichtigung und Gewichtung der relevanten Fakten und Umstände heranziehen.[1954] Sobald der Steuerpflichtige sich für das Zusammenfassen unterschiedlicher Tätigkeiten entschieden hat, ist er in den folgenden Steuerjahren grundsätzlich an diese Entscheidung gebunden.[1955] Ausnahmen bestehen nur, wenn die Zusammenfassung eindeutig unangemessen war oder durch eine Veränderung der Fakten und Umstände eindeutig unangemessen wurde.[1956] Zur Vermeidung von Steuerhinterziehung kann die Steuerbehörde Tätigkeiten des Steuerpflichtigen abweichend zusammenfassen, sofern ein Hauptzweck der Vereinigung darin liegt, § 469 IRC zu umgehen.[1957]

Ein Steuerpflichtiger, der als *Limited Partner* an einer Tätigkeit im Sinne des § 465(c)(1) IRC beteiligt ist, kann diese Tätigkeit grundsätzlich

---

1948 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2)(i).
1949 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2)(ii).
1950 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2)(iii).
1951 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2)(iv).
1952 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2)(v).
1953 Zu der Frage, ob der gesamte Anteil an einer Tätigkeit veräußert wird: *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 66; zu den Folgen: s.u. D.I.2.d.ii(6) Veräußerung des gesamten Anteils an einer passiven Tätigkeit; zur Verlustverrechnung zwischen den Tätigkeiten: *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].
1954 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].
1955 Treas. Reg. § 1.469-4(e)(1); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].
1956 Treas. Reg. § 1.469-4(e)(2).
1957 Treas. Reg. § 1.469-4(f)(1); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht mit anderen Tätigkeiten zusammenfassen.[1958] Er kann diese Tätigkeit jedoch mit einer anderen Tätigkeit der gleichen Art zusammenfassen, wenn eine geeignete wirtschaftliche Einheit (*appropriate economic unit*) vorliegt.[1959] Fasst eine *Partnership* oder *S-Corporation* unter Berücksichtigung der allgemeinen Voraussetzungen mehrere Tätigkeiten zu einer Tätigkeit zusammen, kann der Gesellschafter diese mit anderen Tätigkeiten, die er direkt oder über eine andere Gesellschaft ausübt, nach den allgemeinen Regeln zusammenfassen.[1960] Er kann die von der Gesellschaft zusammengefassten Tätigkeiten aber nicht mehr als separate Tätigkeiten behandeln.[1961]

Hingewiesen sei noch auf Besonderheiten beim Zusammenfassen von Vermietungstätigkeiten mit Handel- und Gewerbetätigkeiten sowie beim Zusammenfassen von Vermietungen von Immobilien und Mobilien.[1962] Mangels Relevanz für diese Arbeit soll es bei diesem Hinweis bleiben.

(c) Limited Partner

Eine Beteiligung als *Limited Partner* einer *Limited Partnership* schließt grundsätzlich eine wesentliche Teilnahme an den Tätigkeiten der Gesellschaft aus.[1963] Das heißt, der *Limited Partner* erzielt mit seiner Gesellschaftsbeteiligung grundsätzlich Einnahmen und Verluste aus passiver Tätigkeit. Gesetzgeberischer Gedanke waren die gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen hinsichtlich der Beteiligung eines *Limited Partners* an den Geschäften der Gesellschaft, wollte dieser seine beschränkte Haftung behalten.[1964]

1958 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(3)(i); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].

1959 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(3)(i).

1960 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(5)(i).

1961 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(5)(i); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].

1962 Zu den Besonderheiten beim Zusammenfassen von Vermietungstätigkeiten mit Handel- und Gewerbetätigkeiten: Treas. Reg. § 1.469-4(d)(1); zu den Besonderheiten beim Zusammenfassen von Vermietungstätigkeiten von Immobilien und Mobilien: Treas. Reg. § 1.469-4(d)(2); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[3][b].

1963 § 469(h)(2) IRC; Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(1); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[4].

1964 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 906, m.V.a. S. Rep. 99-313 (1986); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[4].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dies war zum damaligen Zeitpunkt gesellschaftsrechtlich in der sogenannten „*control rule*" geregelt.[1965] Die *control rule* war bereits im ULPA 1916 enthalten, wurde in den RULPA 1976 und RULPA 1985 modifiziert und schließlich mit dem ULPA 2001 abgeschafft.[1966] Das neuere Gesellschaftsrecht gestattet einem *Limited Partner* nun die aktive Teilnahme an den Gesellschaftsgeschäften, ohne seine beschränkte Haftung zu verlieren.[1967]

Die (*Temporary*) *Treasury Regulations* sehen von der Vermutung der fehlenden wesentlichen Teilnahme vier Ausnahmen vor.[1968] Die ersten drei Ausnahmen nehmen Bezug auf die quantitativen Fallgruppen zur Bestimmung einer wesentlichen Teilnahme.[1969] Danach ist die Beteiligung als *Limited Partner* ausnahmsweise nicht als passive Tätigkeit zu qualifizieren, wenn der *Limited Partner* entweder über 500 Stunden im Jahr an der Tätigkeit teilnimmt, er für mindestens fünf Jahre innerhalb eines 10-Jahres-Zeitraums wesentlich teilgenommen hat oder es sich um eine Dienstleistungstätigkeit handelt, an der er mindestens drei Jahre wesentlich teilgenommen hat.[1970] Die vierte Ausnahme ist einschlägig, sofern der *Limited Partner* zugleich als *General Partner* beteiligt ist.[1971] Voraussetzung hierfür ist, dass der Gesellschafter während des gesamten Steuerjahres der Gesellschaft (beziehungsweise während der Zeit, in der er auch als *Limited Partner* an der Gesellschaft beteiligt war), das im oder mit dem Steuerjahr

1965 § 7 ULPA 1916; § 303 RULPA 1976; § 303 RULPA 1985; *Bishop*, Suffolk U. L. Rev. 2004, 667, 667.

1966 § 7 ULPA 1916; § 303 RULPA 1976; § 303 RULPA 1985; § 303 ULPA 2001; *Bishop*, Suffolk U. L. Rev. 2004, 667, 669 f.; *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 120.

1967 § 303 ULPA 2001; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 906.

1968 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(1), (5), (6), (e)(3)(ii); *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 823.

1969 Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(2); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[4]; zu den Fallgruppen: s.o. D.I.2.d.ii(2)(a) Wesentliche Teilnahme an der Tätigkeit.

1970 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(1), (5), (6); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 122.

1971 Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(3)(ii); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[4]; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 823.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Gesellschafters endet, auch als *General Partner*[1972] beteiligt war.[1973] Im Gegensatz zu den ersten drei Ausnahmen bewirkt die vierte Ausnahme nicht eine automatische Qualifizierung der Beteiligung als nicht passive Tätigkeit. Sie eröffnet dem Gesellschafter lediglich wieder alle sieben Fallgruppen nach Temp. Reg. § 1.469-5T(a), um eine wesentliche Beteiligung und damit eine aktive Tätigkeit zu begründen.[1974] Da ihm ohnehin drei der sieben Fallgruppen nach den ersten drei Ausnahmen zur Verfügung stehen, bedeutet die vierte Ausnahme eine Erweiterung um die restlichen vier Fallgruppen.[1975]

Als Beteiligung in Form eines *Limited Partners* im Sinne der Vorschrift wird in den *Treasury Regulations* zum einen eine Beteiligung angesehen, die als solche im Kommanditgesellschaftsvertrag (*Limited Partnership Agreement*) oder in der Bescheinigung über die Kommanditgesellschaft (*Certificate of Limited Partnership*) bezeichnet ist.[1976] Dies gilt unabhängig davon, ob die Haftung nach dem anwendbaren Gesellschaftsrecht des jeweiligen Bundesstaates tatsächlich beschränkt ist.[1977] Ferner liegt eine Beteiligung als *Limited Partner* vor, wenn die Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten nach dem Recht des Bundesstaates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde, auf einen bestimmten Betrag beschränkt ist.[1978] Diese Definition des *Limited Partner* stammt aus dem Jahre 1988, als *LLCs*, *LLPs* und ähnliche noch nicht im Fokus der Steuergesetzgebung standen.[1979] Den veränderten Gegebenheiten durch immer neue Gesellschaftsformen können sich auch die *Treasury Regulations* nicht entziehen.

1972 In den *Proposed Regulations* in der Fassung von *IRS*, REG-109369-10, 2012-9 I.R.B., wird vorgeschlagen den Wortlaut „*General Partner*" künftig aufzugeben und stattdessen weiter zu fassen, um auch neue Gesellschaftsformen einzuschließen. In Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3)(ii) ist daher die Rede von: „Individual holding an interest other than an interest in a limited partnership as a limited partner".

1973 Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(3)(ii); *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 368.

1974 *IRS*, REG-109369-10, 2012-9 I.R.B.

1975 Temp. Reg. § 1.469-5T(a)(2), (3), (4), (7).

1976 Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(3)(i)(A).

1977 Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(3)(i)(A); *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 907; *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 368.

1978 Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(3)(i)(B); *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 368.

1979 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5725 f., 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *IRS*, REG-109369-10, 2012-9 I.R.B.; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 906 f.; *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 368.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So werden etwa *LLPs* und *LLCs* für Bundessteuerzwecke ebenfalls als *Partnership* behandelt, obgleich die Stellung der einzelnen Gesellschafter zuweilen stark von der eines „herkömmlichen" Gesellschafters einer *Partnership* abweicht. Während der *Internal Revenue Service* die Ansicht vertrat, dass auch *Limited Partner* einer *LLC* unter die Definition des *Limited Partners* im Sinne von Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(3)(i)(A) zu fassen seien, hat die Rechtsprechung dieser Auffassung eine klare Absage erteilt.[1980] So haben die Gerichte in den Jahren 2000 bis 2010 gleich mehrfach entschieden, dass die Fiktion einer passiven Tätigkeit beziehungsweise die Definition der *Temporary Regulations* nicht auf Gesellschafter einer *LLP* oder *LLC* Anwendung findet.[1981] Der *Internal Revenue Service* hat daraufhin im Jahr 2011 *Proposed Regulations* veröffentlicht.[1982] Diese enthalten eine veränderte Definition des *Limited Partners* für Zwecke des § 469 IRC.[1983] Dabei wird weniger die Bezeichnung des Gesellschafters als „*Limited Partner*" als vielmehr die inhaltliche Ausgestaltung der Gesellschafterstellung in den Blick genommen. Maßgebend soll sein, dass dem Gesellschafter während des gesamten Steuerjahres der Gesellschaft kein Recht zur Geschäftsführung zusteht (*right to manage*).[1984] Zudem muss die Gesellschaft für Bundessteuerzwecke als *Partnership* qualifizieren.[1985] Nach wie vor ist vorgesehen, dass ein Gesellschafter, der unterschiedliche Anteile an einer *Partnership* hält, von denen ein Anteil nicht die Voraussetzungen für eine Beteiligung

---

1980 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 907; *Thompson v. U.S.*, 87 Fed. Cl. 728 (2009).

1981 Zur Fiktion einer passiven Tätigkeit: § 469(h)(2) IRC; zur Definition des *Limited Partner*: Temp. Reg. § 1.469-5T(e)(3)(i)(B); zu den Urteilen: *Newell v. Commissioner*, 99 T.C.M. 1107 (2010); *Thompson v. U.S.*, 87 Fed. Cl. 728 (2009); *Hegarty v. Commissioner*, T.C. Sum. Op. 2009-153; *Garnett v. Commissioner*, 132 T.C. 368, 377 ff. (2009); *Gregg v. U.S.*, 186 F. Supp.2d 1123, 1127 ff. (D. Or. 2000); *IRS*, REG-109369-10, 2012-9 I.R.B.; *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 368; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 917 f.

1982 *IRS*, REG-109369-10, 2012-9 I.R.B.: Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3); *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 369.

1983 *IRS*, REG-109369-10, 2012-9 I.R.B.: Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3); *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 369.

1984 Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3)(i)(B); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 122 f.; *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 369; eine Antwort auf die Frage, wann ein solches Recht zur Geschäftsführung (*right to manage*) vorliegt, bleiben die *Proposed Regulations* schuldig.

1985 Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3)(i)(A); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 122; *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 369.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als *Limited Partner* erfüllt, und der Gesellschafter diesen Anteil über das gesamte Steuerjahr der Gesellschaft hält beziehungsweise den gesamten Zeitraum, den er als *Limited Partner* im Sinne der Vorschrift beteiligt ist (falls dieser Zeitraum kürzer ist), keiner der Anteile des Gesellschafters als *Limited Partner*-Anteil behandelt wird.[1986] Dies führt zu einer zweistufigen Prüfung. In einer ersten Stufe ist zu klären, ob überhaupt ein Anteil als *Limited Partner* vorliegt, das heißt, ob die Gesellschaft für Bundessteuerzwecke als *Partnership* behandelt wird und der Gesellschafter ganzjährig von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.[1987] Hier ist es bereits schädlich, wenn der Anteil des Gesellschafters diesem auch nur an einem einzigen Tag im Steuerjahr ein Recht zur Geschäftsführung (*right to manage*) einräumt. Nur wenn sich auf der ersten Stufe ein Anteil als *Limited Partner* ergibt, kann es überhaupt zu der zweiten Stufe kommen. Diese wird relevant, wenn der Gesellschafter neben dem Anteil als *Limited Partner* auch einen Anteil an der Gesellschaft innehat, der nicht als solcher qualifiziert.[1988] Im Gegensatz zur ersten Stufe ist hier maßgeblich, dass er den anderen Gesellschaftsanteil ganzjährig respektive während des Zeitraums hält, in dem der Gesellschafter den Anteil als *Limited Partner* besaß.[1989] Ist dies der Fall, wird auch der Anteil, der auf der ersten Stufe noch als Anteil als *Limited Partner* qualifiziert wurde, nicht als solcher behandelt.[1990]

Da die *Proposed Regulations* bis heute[1991] nicht in Kraft sind, sind die aktuellen *Treasury Regulations* unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung zu beachten, zu der auch der *Internal Revenue Service* seine Zustimmung erteilt hat.[1992]

Um zu vermeiden, dass *Portfolio* Einkünfte mittels einer *Limited Partnership* in passive Einkünfte umqualifiziert werden, sieht das Gesetz hierfür eine Sonderregelung vor.[1993] Erwirtschaftet die Gesellschaft *Portfolio* Einkünfte und qualifizieren diese bei ihr nicht als passive Einkünfte, behal-

1986 Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3)(ii); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 123; *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 369.
1987 Prop. Reg. § 1.469-5(e)(i).
1988 Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3)(ii).
1989 Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3)(ii).
1990 Prop. Reg. § 1.469-5(e)(3)(ii).
1991 Stand: 02.12.2020.
1992 *Thompson v. U.S.*, 87 Fed. Cl. 728 (2009); Zustimmung des *IRS* hierzu: *IRS*, Action on Decision acquiescing in the result only, 2010-14 I.R.B. 515; *Belanger/Sullivan*, The Tax Adviser 2012, 368, 369.
1993 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[4].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten sie ihren Charakter auch für Zwecke der Besteuerung des beschränkt haftenden Gesellschafters bei.[1994]Auch Sondervergütungen, die der Gesellschafter für an die Gesellschaft erbrachte Leistungen erhält (*earned income*), stehen nicht zur Verrechnung mit passiven Verlusten zur Verfügung.[1995]

(d) Vermietungstätigkeiten

Vermietungstätigkeiten sind regelmäßig passive Tätigkeiten, unabhängig von einer etwaig aktiven Teilnahme des Steuerpflichtigen.[1996] Allerdings gilt es auch hier einige Ausnahmen zu beachten.

Unter einer Vermietungstätigkeit (*rental activity*) werden grundsätzlich Tätigkeiten verstanden, bei denen der Steuerpflichtige materielle Vermögensgegenstände zur Nutzung durch Kunden hält und das Bruttoeinkommen (*gross income*) aus der Tätigkeit hauptsächlich für die Nutzung dieser materiellen Vermögensgegenstände gezahlt wurde.[1997] Allerdings wurden Fälle erkannt, in denen entweder aufgrund eines sehr kurzen Vermietungszeitraums im Allgemeinen von dem Steuerpflichtigen die Erbringung von Dienstleistungen gefordert wird oder aufgrund zusätzlich erbrachter Dienstleistungen der Schluss gerechtfertigt ist, dass der Steuerpflichtige eher eine Dienstleistungs- als eine Vermietungstätigkeit betreibt.[1998] Die *Treasury Regulations* sehen hierfür sechs Ausnahmen von dem Grundsatz vor:[1999]

1994 § 469(e)(1)(A)(i)(I) IRC; Temp. Reg. § 1.469-2T(c)(3)(i): dies ist der Fall, wenn es sich bei den *Portfolio* Einkünften nicht um Einkünfte aus dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft handelt, wie es etwa bei Banken der Fall ist; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 107 f.; s.u. D.I.2.d.ii(3) Bestimmung der relevanten Einnahmen respektive des relevanten Verlustes.

1995 § 469(e)(3) IRC; *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 185, Fn. 368; *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-25.

1996 § 469(c)(2), (4) IRC; *Lyons/Repetti,* Partnership Income Taxation (2011), S. 23; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 122; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[5]; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 918; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 820.

1997 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(i)(A)-(B).

1998 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5687, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.

1999 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(A) bis (F); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5687, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Die Durchschnittszeit, die der Vermögensgegenstand von Kunden genutzt wird, beträgt unter 8 Tagen.[2000]
2. Die Durchschnittszeit, die der Vermögensgegenstand von Kunden genutzt wird, beträgt mehr als 7 und weniger als 31 Tage und der Eigentümer erbringt wesentliche Dienste mit Blick auf die Zurverfügungstellung des Vermögensgegenstandes.[2001]
3. Der Eigentümer erbringt außergewöhnliche persönliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Vermögensgegenstandes zur Nutzung durch Kunden.[2002] Dies gilt unabhängig von der durchschnittlichen Nutzungsdauer.[2003]
4. Es handelt sich bei der Vermietungstätigkeit lediglich um eine Nebenerscheinung (*incidental*) zu einer Nichtvermietungstätigkeit.[2004]
5. Der Steuerpflichtige stellt den Vermögensgegenstand innerhalb von bestimmten Geschäftszeiten handelsüblich jedermann zur Verfügung.[2005]
6. Die Bereitstellung des Vermögensgegenstandes zur Nutzung erfolgt im Rahmen einer Nichtvermietungstätigkeit, die von einer *Partnership*, *S-Corporation* oder *Joint Venture* ausgeübt wird, an der der Steuerpflichtige beteiligt ist.[2006]

Daneben enthält das Gesetz (ergänzt durch die *Treasury Regulations*) weitere, sehr umfangreiche und detaillierte Ausnahmen von dem Passivitäts-Grundsatz. Eine Ausnahme ist für Steuerpflichtige vorgesehen, die in erheblichem Umfang im Immobiliengeschäft tätig sind und in diesem Zusammenhang Dienstleistungen in gewissem Umfange erbringen.[2007] Zum anderen ist eine betragsmäßige Ausnahme (bis zu 25,000 USD im Jahr) für Immobilienverluste von Steuerpflichtigen vorgesehen, die aktiv an der Tätigkeit der Immobilienvermietung teilnehmen.[2008]

2000 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(A).
2001 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(B).
2002 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(C).
2003 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(C); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5687, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.
2004 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(D).
2005 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(E).
2006 Temp. Reg. § 1.469-1T(e)(3)(ii)(F); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5687, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.
2007 § 469(c)(7) IRC; Treas. Reg. § 1.469-9.
2008 § 469(i) IRC, die mitunter eine komplizierte Berechnung des verrechenbaren Betrages enthält.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(e) Sonderregel für Veräußerungsgeschäfte

Neben den bereits erwähnten Ausnahmen enthält die Vorschrift eine weitere Sonderregel (ebenfalls mit zahlreichen Ausnahmen und Rückausnahmen) für Veräußerungsgeschäfte. Danach qualifiziert die Veräußerung eines Anteils an einem Vermögensgegenstand, der bis zum Zeitpunkt seiner Veräußerung eine wesentliche Wertsteigerung[2009] erfahren hat, unter Umständen nicht als passive Tätigkeit.[2010]

Diese Sonderregelung ist im Lichte des Normzwecks der Missbrauchsvermeidung zu sehen. So soll hierdurch vermieden werden, dass „aktive" stille Reserven in passive Tätigkeiten verlagert werden, um eine Verrechnung des Veräußerungsgewinns mit vorhandenen passiven Verlusten zu ermöglichen.

(3) Bestimmung der relevanten Einnahmen respektive des relevanten Verlustes

Neben der Vorschrift des § 469 IRC selbst enthalten auch die *Treasury Regulations* umfangreiche Regelungen – wiederum mit zahlreichen Ausnahmen und Unterausnahmen – zu der Frage, welche Einnahmen als aus einer passiven Tätigkeit stammend behandelt werden beziehungsweise welche Ausgaben im Zusammenhang mit einer passiven Tätigkeit angefallen sind.

Zunächst definiert § 469(d)(1) IRC den für die Vorschrift relevanten Verlust aus passiver Tätigkeit („*passive activity loss*") als Überschuss der Gesamtverluste aus allen passiven Tätigkeiten im Steuerjahr über die Gesamteinnahmen aller passiven Tätigkeiten im selben Jahr.[2011] Im Gegensatz zu der *amount at risk rule* in § 465 IRC findet mithin keine streng tätigkeitsbezogene Betrachtung statt.[2012] Vielmehr ist es grundsätzlich möglich, Verluste und Gewinne aus unterschiedlichen passiven Tätigkeiten mitein-

2009 Dies ist der Fall, wenn der Verkehrswert 120 % des fortgeschriebenen Buchwertes übersteigt: Treas. Reg. § 1.469-2(c)(2)(iii)(C).

2010 Treas. Reg. § 1.469-2(c)(2)(iii); Zeiten und Nutzen des Vorbesitzers werden nicht berücksichtigt, es sei denn, es handelt sich um eine *nonrecognition transaction* (= Eigentumsveräußerung in einer Transaktion, bei der der Gewinn oder Verlust ganz oder teilweise nicht für die Zwecke der Einkommensteuer anerkannt wird): Treas. Reg. § 1.469-2(c)(2)(iv).

2011 § 469(d)(1) IRC; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 65.

2012 S.o. D.I.2.c.ii Regelung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ander zu verrechnen.[2013] Auch wenn der Verlust aus passiver Tätigkeit (*passive activity loss*) global für sämtliche passive Tätigkeiten ermittelt wird, ist eine Aufteilung des Verlusts auf die einzelnen passiven Tätigkeiten unter Umständen erforderlich.[2014] Dies wird etwa für den Fall der Verfügung über den gesamten Anteil an einer Tätigkeit relevant.[2015]

§ 469(e)(1)(A) IRC enthält zudem eine Negativdefinition der relevanten Einnahmen sowie Ausgaben. Bei der Ermittlung der Verluste aus passiver Tätigkeit (*passive activity loss*) bleiben, um eine Verlustverrechnung durch die „Hintertür" auszuschließen, die sogenannten *Portfolio* Einnahmen (*portfolio income*), sofern sie nicht im Zusammenhang mit dem aktiven Geschäftsbetrieb erzielt wurden, außer Betracht.[2016]

Darüber hinaus enthält die Vorschrift zahlreiche weitere Sonderregelungen. So bleibt etwa Arbeitseinkommen im Sinne des § 911(d)(2)(A) IRC bei der Berechnung des relevanten Verlustes beziehungsweise der relevanten Einnahmen aus demselben Grund wie schon die *Portfolio* Einnahmen unberücksichtigt.[2017] Ausgenommen sind in vielen Fällen ferner Vergütungen für Dienstleistungen an natürliche Personen.[2018] So wird beispielsweise der Anteil eines Gesellschafters oder Anteilseigners an der Vergütung, die eine Personengesellschaft oder Körperschaft für eine solche Dienstleistung erhält, nicht erfasst.[2019] Die *Treasury Regulations* bestimmen

---

2013 § 469(d)(1) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 902; *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 813; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[1].

2014 Temp. Reg. § 1.469-1T(f)(2); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5688, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[11]; die Aufteilung kann nach unterschiedlichen Methoden erfolgen; Voraussetzung ist lediglich, dass die gewählte Methode die Verhältnisse angemessen widerspiegelt; Treas. Reg. § 1.469-1(f)(4)(i)(A), (iii)(Example 3).

2015 § 469(g) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[11]; s.u. D.I.2.d.ii(6) Veräußerung des gesamten Anteils an einer passiven Tätigkeit.

2016 Temp. Reg. § 1.469-2T(c); *Abrams/Leatherman*, Federal income taxation of corporations and partnerships (2020), S. 813; *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 65; *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 107.

2017 § 469(e)(3) IRC; *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5691, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[8].

2018 Temp. Reg. § 1.469-2T(c)(4)(i).

2019 Temp. Reg. § 1.469-2T(c)(4)(i).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darüber hinaus weitere Einnahmen, die bei der Berechnung der relevanten Einnahmen aus passiver Tätigkeit unberücksichtigt bleiben.[2020]

(a) Umqualifizierung von Einnahmen

In bestimmten Fällen werden Einnahmen aus passiver Tätigkeit als solche aus aktiver Tätigkeit behandelt. Hierdurch soll vermieden werden, dass Steuerpflichtige künstlich passive Einnahmen generieren, um diese mit andernfalls nicht verrechenbaren passiven Verlusten ausgleichen zu können.[2021] Eine Umqualifizierung erfolgt unter anderem bei Tätigkeiten, an denen der Gesellschafter zwar nicht wesentlich, aber signifikant beteiligt (*significant participation*) ist.[2022] Eine signifikante Beteiligung liegt vor, wenn der Steuerpflichtige über 100 Stunden im Jahr persönlich, aber nicht wesentlich an der Tätigkeit teilnimmt.[2023] Zu beachten ist, dass hierdurch nur die Einnahmen, nicht jedoch die Verluste umqualifiziert werden.[2024] Ein *Limited Partner* etwa, der signifikant, aber nicht wesentlich im oben genannten Sinn[2025] beteiligt ist, erzielt mithin aktive Einnahmen, aber passive Verluste, so dass eine Verrechnung ausgeschlossen ist.[2026] Grund hierfür sind die strengen Voraussetzungen an eine wesentliche Teilnahme (*material participation*), die bei einem nicht in Vollzeit Beschäftigten kaum einschlägig sein werden.[2027] Ein Steuerpflichtiger, der relativ wenig Zeit für eine Tätigkeit aufwendet, könnte das Bruttoeinkommen (*gross income*) daraus als Einkommen aus passiver Tätigkeit behandeln, auch wenn seine Teilnahme einen wesentlichen Faktor für die Erzielung der Einnahmen darstellt.[2028]

Die Vorschrift kennt auch eine entgegengesetzte Umqualifizierung. So wird eventualiter für sogenannte „*self-charged items*" eine Umqualifizierung

2020 Temp. Reg. § 1.469-2T(c)(7), Treas. Reg. § 1.469-2(c)(7).
2021 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5693, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 124 f.; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[8].
2022 Temp. Reg. § 1.469-2T(f)(2); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5693, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 125.
2023 Temp. Regs. §§ 1.469-2T(f)(2)(ii), 1.469-5T(c)(2).
2024 *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 823.
2025 S.o. D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.
2026 *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 823.
2027 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5693, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.
2028 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5693, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorgenommen.[2029] Erfasst werden Zinszahlungen für Darlehen zwischen einer transparent besteuerten Gesellschaft und einem ihrer Gesellschafter.[2030] Der Umqualifizierung liegt der Gedanke zugrunde, dass andernfalls der Steuerpflichtige für ein Darlehen an die Gesellschaft aktive Zinseinnahmen erhält, ihm gleichzeitig passive Verluste der Gesellschaft aus Zinszahlungen zuzurechnen sind, die er jedoch nicht mit den aktiven Zinseinnahmen verrechnen könnte.[2031] Dies, obwohl er sich die Zinsen letztlich zum Teil selber zahlt.[2032] Um dieses Ergebnis zu vermeiden, werden die Zinseinnahmen als Einnahmen aus passiver Tätigkeit behandelt (*passive activity gross income*).[2033]

(b) Ausgaben im Zusammenhang mit einer passiven Tätigkeit

Ausgaben qualifizieren nur insofern als Ausgaben aus passiver Tätigkeit, als sie im Rahmen der Ausübung einer solchen Tätigkeit in dem maßgeblichen Steuerjahr entstehen oder sie aus Vorjahren resultieren, in denen sie nach § 469(a) IRC nicht abgezogen werden durften.[2034] Ausgaben gelten als in dem Steuerjahr entstanden, in dem sie – unter Außerachtlassung von §§ 469, 613A(d), 1211 IRC – bilanziell abgezogen werden dürfen.[2035] Beachtet werden müssen im Umkehrschluss Abzugsverbote nach §§ 704(d), 1366(d) sowie 465 IRC.[2036] So gelten für Zwecke des § 469 IRC Ausgaben, die ursprünglich nach § 704(d) IRC nicht abzugsfähig waren und fortgetragen werden, als in dem Jahr entstanden, in dem sie nach § 704(d) IRC und unter Beachtung anderer Abzugsverbote abzugsfähig sind.[2037] Wurden diese Ausgaben ursprünglich im Rahmen einer aktiven Tätigkeit verursacht, handelt es sich im Jahr ihrer Abzugsfähigkeit bei dieser Tätigkeit jedoch um eine passive Tätigkeit, etwa weil die wesentliche Beteiligung des Steu-

2029 Treas. Reg. § 1.469-7.
2030 Treas. Reg. § 1.469-7(a), (c)(1), (d)(1), (e)(1).
2031 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 928; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 824.
2032 *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 928; *Maule*, The Tax Lawyer 1991, 813, 824.
2033 Treas. Reg. § 1.469-7(a)(1)(i).
2034 Treas. Regs. §§ 1.469-2(d)(1), 1.469-1(f)(4).
2035 Treas. Reg. § 1.469-2(d)(8).
2036 S.u. D.I.2.d.ii(10) Verhältnis zu anderen Normen.
2037 Nicht erfasst werden dagegen vortragsfähige Abzüge nach §§ 172(a), 613A(d), 1212(a)(1), (b) IRC, Treas. Reg. § 1.469-2(d)(2)(ix).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erpflichtigen entfallen ist, gelten diese Ausgaben als im Zusammenhang mit einer passiven Tätigkeit entstanden.[2038]

Neben diesem Grundsatz werden einige Ausgaben von den *Treasury Regulations* explizit von der Qualifikation als passiv ausgenommen respektive nur unter ganz speziellen Voraussetzungen als solche eingeordnet.[2039] Ausgenommen werden insbesondere Ausgaben, die im Zusammenhang mit Einnahmen anfallen, die ebenfalls explizit ausgeschlossen wurden.[2040]

(4) Rechtsfolge

Wie einleitend bereits erwähnt, beschränkt § 469 IRC die Verlustverrechnung insoweit, als Verluste aus passiven Tätigkeiten nicht mit anderen positiven Einkünften verrechnet werden dürfen.[2041]

Sofern in § 469 IRC nichts anderes geregelt ist, wird der nicht abzugsfähige Verlust aus passiver Tätigkeit in den Folgejahren als Abzug innerhalb der passiven Tätigkeiten behandelt und kann so mit künftigen Gewinnen aus passiver Tätigkeit verrechnet werden.[2042] Mithin erfolgt kein endgültiger Untergang der Verluste, sondern ein Aufschub der Verlustverrechnung.[2043]

2038 Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(1), Treas. Reg. § 1.469-2(d)(8).

2039 Zum Ausschluss der Ausgaben von der Qualifizierung als passive Ausgaben: Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(2); zur Qualifizierung als passive Ausgaben nur unter speziellen Voraussetzungen: Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(3).

2040 Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(2).

2041 S.o. D.I.2.d.ii Regelung.

2042 § 469(b) IRC; Treas. Reg. § 1.469-1(f)(4)(i); *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 902; *Lyons/Repetti*, Partnership Income Taxation (2011), S. 22; *Daniels*, Issues in International Partnership Taxation (1991), S. 35; etwas anderes gilt etwa bei der Veräußerung des gesamten Anteils des Steuerpflichtigen an der Tätigkeit. In diesem Fall werden die passiven Verluste aus der veräußerten Tätigkeit vorrangig mit dem Veräußerungsgewinn sowie den sonstigen passiven Gewinnen verrechnet. Ein danach verbleibender passiver Verlust kann nunmehr auch mit Gewinnen aus aktiven Tätigkeiten verrechnet werden: § 469(g) IRC.

2043 § 469(b) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 902.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(5) Konsequenzen bei Wegfall der passiven Tätigkeit

§ 469(f)(1) IRC regelt die Folgen für vortragsfähige Verluste aus einer ehemals passiven Tätigkeit. Ein solcher Wechsel einer ehemals passiven Tätigkeit hin zu einer aktiven Tätigkeit kann insbesondere aus einer gesteigerten Teilnahme des Steuerpflichtigen und dem Überschreiten der Wesentlichkeitsschwelle resultieren.[2044] Damit stellt sich die Frage nach der Abzugsfähigkeit der bis zum Zeitpunkt des Wechsels nicht abzugsfähigen und vorgetragenen Verluste. Grundsätzlich behalten sie ihren Charakter als Verluste aus passiver Tätigkeit bei.[2045] Sie können jedoch mit den Einnahmen aus der nicht mehr passiven Tätigkeit verrechnet werden.[2046] Hintergrund ist, dass ein Steuerpflichtiger nicht schlechter gestellt werden soll, wenn er seine Teilnahme an einer Tätigkeit steigert.[2047] Verbleibt danach ein Verlust, wird dieser weiterhin als aus einer passiven Tätigkeit stammend behandelt.[2048]

(6) Veräußerung des gesamten Anteils an einer passiven Tätigkeit

Veräußert der Steuerpflichtige seinen gesamten Anteil an einer passiven Tätigkeit in vollem Umfang steuerpflichtig und übersteigt der aus den Vorjahren vorgetragene Verlust aus dieser Tätigkeit den Veräußerungsgewinn sowie die Nettoeinnahmen respektive den Gewinn aus allen anderen passiven Tätigkeiten in dem Steuerjahr, so kann der verbleibende Verlust mit Einnahmen aus nicht passiven Tätigkeiten verrechnet werden,[2049] unter Berücksichtigung einer etwaigen Verlustverrechnungsbeschränkung im Zusammenhang mit Veräußerungsverlusten.[2050] Dem liegt der Gedanke

2044 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[12].
2045 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[12].
2046 § 469(f)(1)(A) IRC.
2047 *Willis/Postlewaite/Alexander*, Partnership Taxation (2020), 8.07[2].
2048 § 469(f)(1)(C) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[12].
2049 § 469(g)(1)(A) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 934; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13]; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 125.
2050 § 1211 IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zugrunde, dass sich die Verluste durch die Veräußerung als nicht nur künstlich erweisen und die Verrechnung von wirtschaftlich tatsächlich getragenen Verlusten nicht verhindert werden soll.[2051] Es kommt mithin nur zu einem Aufschub der Verlustverrechnung, nicht jedoch zu deren endgültigem Untergang.[2052] Zur Missbrauchsverhinderung kann in den *Treasury Regulations* vorgesehen werden, dass Einnahmen und Gewinne aus der Tätigkeit aus früheren Steuerjahren in dem Umfang in den Gewinn aus allen anderen passiven Tätigkeiten einbezogen werden, als es zur Verhinderung einer Umgehung der Vorschrift nötig ist.[2053]

Eine Verlustverrechnung mit aktiven Einnahmen wird aufgeschoben, wenn der Steuerpflichtige seinen Anteil an eine ihm nahestehende Person veräußert.[2054] In diesem Fall tritt eine Verrechnung mit Einnahmen aus aktiver Tätigkeit (bei dem ursprünglichen Veräußerer) erst ein, wenn der Anteil an eine nicht nahestehende Person (weiter)veräußert wird.[2055]

(7) Teilveräußerung eines Anteils an einer Tätigkeit

Veräußert der Steuerpflichtige nur einen Teil seiner Tätigkeit, etwa einen Vermögensgegenstand, unterbleibt eine Verrechnung des auf die Tätigkeit entfallenden Verlustvortrages mit anderen nicht passiven Einnahmen.[2056] Der Verlustvortrag bleibt als passiver Verlust vorhanden und kann mit künftigen passiven Einnahmen verrechnet werden.[2057] Bei der Veräuße-

2051 S. Rep. 99-313 (1986), 1, 725; *Jacobsen*, The Tax Lawyer 2011, 15, 39.

2052 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13]; *Kahle*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 184, Fn. 365.; anders im Falle einer Teilveräußerung oder einer unentgeltlichen Übertragung: s.u. D.I.2.d.ii(7) Teilveräußerung eines Anteils an einer Tätigkeit.

2053 § 469(g)(1)(C) IRC; von dieser Richtlinienkompetenz wurde bisher kein Gebrauch gemacht (Stand: 02.12.2020: Treas. Reg. § 1.469-6 Treatment of losses upon certain dispositions. [Reserved]).

2054 § 469(g)(1)(B) IRC; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 125; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

2055 § 469(g)(1)(B) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

2056 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

2057 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung eines abnutzbaren Vermögensgegenstandes folgt daraus etwa, dass es nicht zu einer Verrechnung mit dem Veräußerungsgewinn kommt.[2058] Der Steuerpflichtige hat den Veräußerungsgewinn vielmehr auch in der Höhe zu versteuern, als er auf Abschreibungen zurückzuführen ist, deren Geltendmachung (bisher) an § 469 IRC scheiterte.[2059] Dies folgt aus dem Umstand, dass § 469 IRC nicht die Wertminderung in Folge der Abschreibung, sondern lediglich die Verrechnung dieses Verlustes mit anderen positiven Einnahmen verbietet.[2060]

(8) Unentgeltliche Übertragung eines Anteils

Für die Folgen einer unentgeltlichen Übertragung eines Anteils an einer passiven Tätigkeit ist zwischen der Rechtsnachfolge von Todes wegen und der Schenkung zu unterscheiden.

Geht der Anteil des Steuerpflichtigen an der Tätigkeit im Wege der Rechtsnachfolge von Todes wegen über, gilt nicht automatisch das zur entgeltlichen Veräußerung Gesagte entsprechend.[2061] Der Überschuss des Verlustvortrages aus der Tätigkeit über die Einnahmen und den Gewinn aus allen anderen passiven Tätigkeiten wird nur insoweit als Verlust aus einer nicht passiven Tätigkeit behandelt, als der Verlust den Betrag des Buchwertes des Vermögensgegenstandes in der Hand des Erwerbers abzüglich des fortgeschriebenen Buchwerts zum Zeitpunkt des Todes beim Steuerpflichtigen übersteigt (die Differenz entspricht der durch den Tod eintretenden Buchwerterhöhung beim Erwerber).[2062] Der so verrechenbare Verlust wird in der Steuererklärung des Verstorbenen berücksichtigt.[2063]

2058 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[11].

2059 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[11].

2060 *St. Charles Inv. Co. v. Commissioner*, 110 T.C. 46, 58 (1998); *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[11].

2061 § 469(g)(2) IRC.

2062 § 469(g)(2)(A) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 934; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13]. Gem. § 1014(a)(1) IRC hat der Erwerber den von Todes wegen erworbenen Vermögensgegenstand mit dem gemeinen Wert anzusetzen; siehe auch: *Thiele,* Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (1998), S. 84.

2063 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der diesen Betrag nicht übersteigende Verlust (das heißt in Höhe der vorzunehmenden Buchwerterhöhung) geht unter und kann in der Steuererklärung des Toten nicht mehr als Abzug geltend gemacht werden.[2064] Dies ist insofern gerechtfertigt als es sich insoweit in den Händen des Toten nur um einen Buchverlust, aber nicht um einen echten wirtschaftlichen Verlust handelt.[2065] Des Weiteren steht dem Erwerber in Höhe der Buchwerterhöhung neues Abschreibungspotential und damit ein neuer „Verlust" zur Verfügung.

Im Fall einer Schenkung geht der Verlustvortrag bezogen auf diese Tätigkeit mit dem Übergang dauerhaft unter und darf als solcher weder vom Schenker noch vom Rechtsnachfolger verrechnet werden.[2066] Allerdings erhöht sich der Buchwert, den der Anteil unmittelbar vor seinem Übergang hatte, um die aus den Vorjahren vorgetragenen Verluste, die dem Anteil zuzurechnen sind,[2067] begrenzt jedoch auf den Verkehrswert.[2068] Mithin steht auch hier dem Rechtsnachfolger ein insoweit erhöhtes Abschreibungsvolumen zur Verfügung beziehungsweise vermindert sich insoweit ein späterer Veräußerungsgewinn.

(9) Sonderregeln für *Partnerships* und *S-Corporations (passthrough entity)*

Ist ein Steuerpflichtiger an einer *Partnership* oder *S-Corporation* beteiligt, ist für die Frage, ob eine wesentliche Teilnahme an der Tätigkeit vorliegt, auf den Steuerpflichtigen abzustellen.[2069] Haben der Steuerpflichtige und die Gesellschaft abweichende Steuerjahre, ist hierfür das Steuerjahr der Gesellschaft maßgeblich.[2070]

2064 § 469(g)(2)(B) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 934.

2065 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

2066 § 469(j)(6)(B) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13]; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 934.

2067 § 469(j)(6)(A) IRC; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 934; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

2068 § 1015(a)(Sentence 1) IRC; *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[13].

2069 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(1).

2070 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(1).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für bestimmte Transaktionen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter sind spezielle Regelungen enthalten.[2071] So werden exempli causa Zahlungen im Rahmen der Abwicklung einer Gesellschaftsbeteiligung (§ 736(b) IRC) bei dem ausscheidenden Gesellschafter oder dem Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters insoweit als Einnahmen respektive Ausgaben aus passiver Tätigkeit behandelt, als diese beim ausscheidenden oder verstorbenen Gesellschafter im Zeitpunkt des Abwicklungsbeginns als solche qualifiziert hätten.[2072]

Verfügt ein Gesellschafter über seinen Gesellschaftsanteil, muss der daraus resultierende Gewinn respektive Verlust anteilig auf die Tätigkeiten aufgeteilt werden, an denen die Gesellschaft partizipiert.[2073] Bei einer mehrstöckigen Personengesellschaft, die einen Anteil an der Tochtergesellschaft veräußert, wird der Gewinn respektive Verlust anteilig auf die Tätigkeiten verteilt, an denen die Tochtergesellschaft beteiligt ist.[2074] Der Gewinn respektive Verlust wird den Gesellschaftern der Muttergesellschaft zugerechnet, als wären diese unmittelbar an der Tochtergesellschaft beteiligt.[2075]

Unter bestimmten Voraussetzungen werden Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer transparent besteuerten Gesellschaft in aktive Gewinne umqualifiziert.[2076] Dies ist der Fall, wenn ein Teil des Veräußerungsgewinns als passive Einkünfte qualifiziert, ein Teil des Veräußerungsgewinns entsprechend in den *Treasury Regulations* näher bezeichneten Fällen[2077] als aus einer nicht passiven Tätigkeit stammend gilt und der letztgenannte nicht passive Gewinn über 10 % des passiven Veräußerungsgewinns ausmacht.[2078] In diesem Fall qualifiziert der passive Veräußerungsgewinn bis zur Höhe des nicht passiven Veräußerungsgewinns ebenfalls als

2071 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(2), Treas. Reg. § 1.469-2(e)(2); diese betreffen Transaktionen im Sinne der §§ 707(a) (*Partner*, der nicht in seiner Eigenschaft als *Partner* handelt), 707(c) (garantierte Zahlungen), 736(b) (Zahlungen für Anteile an der *Partnership*) IRC.

2072 Treas. Reg. § 1.469-2(e)(2)(iii)(A).

2073 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(3)(ii); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 125 f.

2074 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(3)(ii)(D)(3).

2075 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(3)(ii)(D)(3).

2076 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(3)(iii).

2077 Treas. Reg. § 1.469-2(e)(3)(iii)(B) i.V.m. Treas. Reg. § 1.469-2(c)(2)(iii), Treas. Reg. § 1.469-2(c)(6), Temp. Reg. § 1.469-2T(f)(5), Temp. Reg. § 1.469-2T(f)(6) sowie Temp. Reg. § 1.469-2T(f)(7).

2078 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(3)(iii), Treas. Reg. § 1.469-2(e)(3)(iii)(B).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht passiver Veräußerungsgewinn.[2079] Hierdurch soll verhindert werden, dass Steuerpflichtige mittels transparent besteuerter Gesellschaftsformen Verkäufe von Vermögensgegenständen nutzen, um passives Einkommen künstlich zu generieren.[2080]

(10) Verhältnis zu anderen Normen

Auch im Rahmen des Abzugsverbotes nach § 469 IRC gilt es das Verhältnis zu anderen Abzugsbeschränkungen zu beachten, welches das Steuerrecht weiter verkompliziert.[2081] Etwaige andere Abzugsverbote nach §§ 613A(d), 1211 IRC lässt die Vorschrift unberührt.[2082] So kann ein Veräußerungsverlust, der aufgrund ausreichender Einnahmen aus passiver Tätigkeit nach § 469 IRC abzugsfähig ist, nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 1211 IRC abgezogen werden.[2083]

Im Verhältnis zu §§ 704(d), 1366(d) und 465 IRC, gehen diese der Beschränkung des § 469 IRC vor.[2084] Ausgaben und Verluste, die schon nach diesen Vorschriften nicht abzugsfähig sind, können keine Ausgaben aus passiver Tätigkeit darstellen.[2085] Wie bereits bei der Bestimmung der relevanten Ausgaben erwähnt, werden Ausgaben im Rahmen des § 469 IRC für das Jahr berücksichtigt, in dem sie nach den §§ 704(d), 1366(d) 465 IRC – aufgrund ausreichender/ausreichendem *outside basis/amount at risk* – abzugsfähig sind.[2086] Dieses Jahr ist für die Charakterisierung als Verlust aus einer aktiven oder passiven Tätigkeit und die Frage der Ab-

2079 Temp. Reg. § 1.469-2T(e)(3)(iii).
2080 *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5692, 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988
2081 *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 23.
2082 Treas. Reg. § 1.469-1(d)(2).
2083 Treas. Reg. § 1.469-1(d)(2); *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 903.
2084 Bezogen auf das Vorrangverhältnis von §§ 704(d), 465 IRC: *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 183, Fn. 361.
2085 Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(6)(i); *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 124.
2086 Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(8); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5691 f., 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 124.; s.o. D.I.2.d.ii(3)(b) Ausgaben im Zusammenhang mit einer passiven Tätigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zugsfähigkeit nach § 469 IRC ausschlaggebend.[2087] Umgekehrt mindern Verluste, die nach § 704(d) IRC beziehungsweise § 1366(d) IRC grundsätzlich abzugsfähig wären, aber an § 469 IRC scheitern, ebenso wie bei § 465 IRC die *outside basis* des Gesellschafters.[2088]

Während sich § 469 IRC auf Verluste aus passiven Tätigkeiten beschränkt, bezieht sich § 163(d) IRC auf Verluste aus *Portfolio* Tätigkeiten. Damit es zu keiner Überschneidung kommt, schließt § 163(d)(4)(D) IRC für die Berechnung der *Portfolio* Einnahmen und Ausgaben solche aus, die bereits im Rahmen des § 469 IRC berücksichtigt wurden.[2089]

iii. Fazit

Der Wille des Gesetzgebers, einerseits Missbrauch effektiv zu bekämpfen, andererseits den Steuerpflichtigen, der nicht von Missbrauchserwägungen geleitet ist, nicht zu benachteiligen, führt zu einer Fülle an detaillierten Sonderregeln, Ausnahmen, Rückausnahmen, Umqualifizierungsvorschriften in die ein oder andere Richtung et cetera. Das Ergebnis ist ein kaum zu überblickender Regelungskomplex, der Anwendung findet, sobald von dem Normalfall abgewichen wird. Teilweise wird die Vorschrift auch als eine Reihe von rein fiskalisch motivierten Bestimmungen gesehen, bei denen gilt: „heads Treasury wins, tails taxpayer loses“[2090].

3. Frankreich

Im Gegensatz zu Deutschland und den USA kennt Frankreich das Problem der Verlustzuweisungsgesellschaften nicht. Dies liegt in der Systema-

---

2087 Temp. Reg. § 1.469-2T(d)(8); *IRS/Treasury*, 53 FR 5686, 5691., 1988-1 C.B. 191, Feb. 25, 1988; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 124.

2088 Zum Verhältnis zu § 704(d) IRC: *Schwarz/Lathrope/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 67; *Kahle,* Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 184, Fn. 364; *Burke*, Federal Income Taxation of Partners and Partnerships (2020), S. 112, mit Verweis auf § 705(a)(2) IRC; zum Verhältnis zu § 1366(d) IRC: *Hoffman et al.*, Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (2013), S. 12-25.

2089 *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[1].

2090 *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 24.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tik des französischen Steuerrechts begründet. Doch auch der französische Steuergesetzgeber differenziert für die Verlustverrechnung zwischen Gesellschaftern, die rein passiv investieren und solchen, die tatsächlich wirtschaftlich aktiv sind.

a. Eine dem § 15a EStG und den §§ 704(d), 1366(d), 465 IRC vergleichbare Regelung

Eine dem § 15a EStG oder den §§ 704(d), 1366(d), 465 IRC vergleichbare Vorschrift ist dem französischen Steuerrecht fremd, denn nach der Systematik des französischen Steuerrechts scheidet eine transparente Besteuerung bezüglich beschränkt haftender Gesellschafter grundsätzlich aus.[2091] Die Problematik der unmittelbaren Verlustzu- und Verlustverrechnung bei lediglich beschränkter Haftung stellt sich mithin grundsätzlich nicht. Allerdings existieren Ausnahmen infolge von Optionsrechten oder Durchbrechungen dieses Systems.[2092] So steht einer Vielzahl von Kapitalgesellschaften in den ersten fünf Jahren seit Unternehmensgründung ein Optionsrecht zur transparenten Besteuerung zu.[2093] Daraus resultiert eine unmittelbare Verlustzu- und -verrechnung bei ihren beschränkt haftenden Anteilseignern. Gleiches gilt für die Gesellschafter einer *SARL de famille*, die zeitlich unbegrenzt zur semi-transparenten Besteuerung optieren kann.[2094] Gezielte Durchbrechungen der haftungsabhängigen Einordnung in das Semi-Transparenz- oder Trennungsprinzip sind für die *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, die *exploitation agricole à responsabilité limitée* sowie den *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* festgeschrieben.[2095]

Dass dennoch keine haftungsbezogene Verlustverrechnungsbeschränkung vorgesehen ist, liegt am Zweck respektive der Ausgestaltung der Optionsrechte und Durchbrechungen. Es war gerade gesetzgeberischer Wille, den Kapitalgesellschaften mittels einer Optionsmöglichkeit in der Gründungsphase den Weg zu eröffnen, ihre Verluste steuerlich auf Gesell-

---

2091 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2092 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2093 Zu den sonstigen Voraussetzungen: s.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2094 Zu den Voraussetzungen: s.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2095 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schafterebene geltend zu machen.[2096] Eine Verlustverrechnungsbeschränkung für diesen Fall wäre mithin kontradiktorisch. Bezüglich der *SARL de famille* wurde einem möglichen Missbrauch durch das Erfordernis der Familienmitglieder als ausschließliche Gesellschafter sowie einer gewerblichen Tätigkeit ein Riegel vorgeschoben. Denn in diesen Fällen wird impliziert, dass die *SARL de famille* den Lebensunterhalt der Familie erwirtschaften muss, mithin keine Verlust-intention existiert.[2097] Zur weiteren Missbrauchsverhinderung ist Art. 156-I, 1° bis CGI einschlägig, der für eine Verlustverrechnung mit anderen Einkünften eine persönliche, direkte und kontinuierliche Teilhabe an der Tätigkeit voraussetzt.[2098]

Abweichendes gilt mit Blick auf die Durchbrechungen der semi-transparent besteuerten *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, die *exploitation agricole à responsabilité limitée* oder den *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Während es sich bei dem *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* um einen Einzelunternehmer ohne eigene Rechtspersönlichkeit handelt, soll mit der semi-transparenten Besteuerung der *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist, sowie der *exploitation agricole à responsabilité limité* eine Gleichstellung mit dem Einzelunternehmer beziehungsweise einem landwirtschaftlichen Familienbetrieb hergestellt werden.[2099] Diese profitieren ebenfalls von einer unmittelbaren Verlustzu- und -verrechnung. Etwaigen Missbrauch beugen die allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen sowie Art. 156-I, 1° bis CGI vor.[2100]

b. Art. 156-I, 1 bis CGI

Wie oben bereits dargestellt, kennt auch das französische Steuerrecht eine Verlustverrechnungsbeschränkung, die insbesondere im Rahmen der semi-

2096 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2097 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2098 S.u. D.I.3.b.ii Regelung.
2099 S.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2100 Zur Verhinderung von Rechtsmissbrauch mittels einer *EURL*: *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 209; zu den allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen: s.o. C.I.3.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen; zu Art. 156-I, 1° bis CGI: s.u. D.I.3.b.ii Regelung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

transparenten Besteuerung Bedeutung erlangt.[2101] Dies ist Art. 156-I, 1°bis CGI. Entsprechend dieser Vorschrift wird die Verrechnung gewerblicher Verluste eingeschränkt, soweit der Steuerpflichtige die Einkünfte nicht im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit erzielt.[2102]

i. Hintergrund

Hauptzweck der Vorschrift ist, die Minderung des steuerlichen Gesamteinkommens mittels Verluste zu vermeiden, die zwar unter dem Deckmantel der gewerblichen Einkünfte erwirtschaftet werden, bei denen es sich aber tatsächlich um die schlichte, passive Investition handelt, bei denen der Steuerpflichtige nicht die mit dem Unternehmen verbundenen Risiken trägt.[2103]

ii. Regelung

Art. 156-I, 1°bis CGI beschränkt die Verrechnung nichtberuflicher gewerblicher Verluste auf ebensolche Gewinne desselben sowie der folgenden sechs Jahre.[2104] Bis dahin nicht ausgeglichene Verluste gehen unter.[2105] Für die Verrechnung irrelevant ist, ob die künftigen Gewinne aus derselben Tätigkeit stammen oder schlicht aus einer anderen nichtberuflichen gewerblichen Tätigkeit.[2106] Dabei ist eine Verrechnung zwischen Verlusten sowie Gewinnen des Steuerhaushaltes möglich.[2107] Diese Beschränkungsnorm gilt für gewerbliche Tätigkeiten, die ab dem 1. Januar 1996 geschaffen, übernommen, erweitert oder hinzugefügt wurden.[2108] Der Erwerb eines Personengesellschaftsanteils stellt eine Übernahme einer Tätigkeit dar mit der Konsequenz, dass ein solcher Anteilserwerb seit dem 1. Januar

2101 S.o. C.I.3.c.iii(2) Besonderheiten im Rahmen der semi-transparenten Besteuerung.
2102 Art. 156-I, 1° bis CGI.
2103 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 190; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 209.
2104 Art. 156-I, 1° bis CGI; BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 1.
2105 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3381.
2106 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3381.
2107 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 1; *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3381.
2108 Art. 156-I, 1° bis CGI.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1996 für die Einnahmen aus dieser Beteiligung die Folgen des Art. 156-I, 1° bis CGI zeitigt.[2109]

Erfasst werden sämtliche Tätigkeiten, die als *BIC* (*bénéfices industriels ou commerciaux*) der Einkommensteuer unterliegen.[2110] Irrelevant ist, ob die Qualifikation als solche originär oder kraft Gesetzes erfolgt.[2111] Ferner werden Einkünfte erfasst, die auf Gesellschaftsebene einer anderen Einkunftsart zuzuordnen sind, für die auf Gesellschafterebene jedoch eine Umqualifikation in gewerbliche Einkünfte erfolgt.[2112] Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaftsanteile im Betriebsvermögen eines gewerblich tätigen Steuerpflichtigen gehalten werden.[2113]

> ***Notabene**: Da einer SARL de famille nur unter der Voraussetzung gewerblicher Einkünfte ein Optionsrecht zur semi-transparenten Besteuerung eingeräumt wird, kommt hier stets Art. 156-I, 1° bis CGI zur Anwendung.[2114] Daraus resultiert die Prüfungspflicht, ob die Tätigkeit vom Steuerpflichtigen oder einer Person seines Steuerhaushaltes beruflich ausgeübt wird. So stellt die SARL de famille neben der entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée die beliebteste Steuergestaltung dar, um Profit aus einer unmittelbaren Verlustzurechnung bei lediglich beschränkter Haftung zu ziehen.[2115]*

Für die Qualifikation als berufliche Tätigkeit muss der Steuerpflichtige oder ein Mitglied seines Steuerhaushaltes persönlich, direkt und kontinuierlich an der Ausführung der für die Tätigkeit erforderlichen Handlungen teilhaben.[2116] Zur Bestimmung einer persönlichen, direkten und kontinuierlichen Teilhabe ist eine an dem Ziel der Vorschrift orientierte Einzelfallbetrachtung durchzuführen.[2117] Dabei ist unter anderem die Art und

---

2109 BOI-BIC-DEF-20-10-20170301, Tz. 150; *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3361.
2110 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 10.
2111 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 10.
2112 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 70.
2113 S.o. C.I.3.b.iii(1) Semi-transparente Besteuerung.
2114 Zum Optionsrecht der *SARL de famille*: s.o. C.I.3.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip.
2115 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 190.
2116 Art. 156-I, 1° bis CGI; BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 1, 110, 180, 240 ff.; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 1025; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 208; *Hellio/Cadet/Fermine*, in: Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, Land: Frankreich [Stand 10/2019] Rn. 61; zu den Mitgliedern des Steuerhaushaltes: s.o. C.I.3.a Einführung in das französische Einkommensteuerrecht.
2117 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Größe des Unternehmens, das die Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen.[2118] So hängt es etwa maßgeblich von der Größe und Komplexität des Unternehmens ab, ob die Übernahme der Verwaltungs- und Buchhaltungstätigkeit zur Qualifikation als berufliche Teilhabe führt.[2119] Das Erfordernis der direkten Teilhabe wird nicht erfüllt, wenn allein eine Teilnahme an dem Verwaltungsrat oder der Hauptversammlung erfolgt.[2120] Die kontinuierliche Teilnahme setzt eine regelmäßige Anwesenheit am Ort der Tätigkeitsausübung voraus.[2121] Dies bedeutet nicht, dass es sich bei der Tätigkeit um die einzige oder die Haupttätigkeit handeln muss, impliziert jedoch, dass der Tätigkeit ein großer Teil der Zeit gewidmet wird.[2122] Liegt eine berufliche Teilhabe an der verlustbringenden Tätigkeit vor, können diese Verluste unbeschränkt mit anderen positiven Einkünften des Steuerpflichtigen verrechnet werden. Dies gilt auch in Bezug auf Gewinne aus einer nichtberuflichen, gewerblichen Tätigkeit.[2123]

Die berufliche Teilnahme ist für jede gewerbliche Tätigkeit separat zu bestimmen.[2124] Unerheblich ist, ob die Verluste direkt oder indirekt (über eine semi-transparente Gesellschaft) erwirtschaftet werden.[2125] Für die Zurechnung der Handlungen eines Mitglieds aus dem Steuerhaushalt ist es nicht erforderlich, dass dieses Mitglied seinerseits Gesellschafter der verlustbringenden Personengesellschaft ist.[2126] Übt eine Gesellschaft verschiedene Tätigkeiten aus, ist das Gesamteinkommen entsprechend aufzuteilen.[2127] Bei einer mehrgeschossigen Personengesellschaftsstruktur ist die Tätigkeit auf Ebene der verlustbringenden Gesellschaft maßgeblich.[2128] Ausnahmen sind insbesondere im gerichtlichen Liquidationsverfahren, für Tätigkeiten, die vor dem 1. Januar 1996 begonnen wurden (dies gilt nicht, wenn die Tätigkeit nach diesem Zeitpunkt erweitert oder ergänzt wur-

---

2118 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 200.
2119 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 230.
2120 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 260; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 208.
2121 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 280; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 208.
2122 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 280; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 208.
2123 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3103.
2124 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 140 ff.
2125 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 80.
2126 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 120; *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3101, 3350.
2127 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 170.
2128 BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 90.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de),[2129] sowie für die möblierte Vermietung vorgesehen.[2130] Für letztere sind klare quantitative Kriterien zur Qualifizierung als berufliche Tätigkeit ausdrücklich gesetzlich geregelt.[2131]

Wurde ein gerichtliches Liquidationsverfahren einer Personengesellschaft eröffnet, kann der nichtberuflich teilhabende Gesellschafter die bisher nicht verrechenbaren und vorgetragenen Verluste aus seiner Gesellschaftsbeteiligung mit seinem Gesamteinkommen verrechnen, sofern er das Eigentum an den Vermögenswerten der Gesellschaft endgültig verloren hat.[2132] Die Eigentumsaufgabe an den Vermögenswerten tritt regelmäßig mit Abschluss des Liquidationsverfahrens ein.[2133] Für die Bestimmung des verrechenbaren Verlustes ist jedoch auf den Zeitpunkt der Liquidationseröffnung abzustellen.[2134] Das heißt Verluste, die zum Zeitpunkt der Liquidationseröffnung noch nicht wegen Zeitablaufs endgültig untergegangen sind, können im Zeitpunkt des Liquidationsabschlusses verrechnet werden, auch wenn zu diesem Zeitpunkt mehr als sechs Jahre vergangen sind.[2135]

2129 *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 1020.

2130 Art. 156-I, 1° bis UA. 2 CGI; BOI-BIC-DEF-20-20-20120912, Tz. 1, 10 ff.; *Loyer*, Fiscal 20 (2020), Tz. 1020 f.; für den Fall der möblierten Vermietung sind quantitative Grenzen vorgesehen: Art. 155-IV, 2 CGI; BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 1, 300 ff.; BOI-BIC-DEF-20-20-20120912, Tz. 60 ff., erforderlich ist eine Abgrenzung zwischen einer möblierten Vermietung und einer Dienstleistungstätigkeit; für letztere gelten die allgemeinen Grundsätze des Art. 156-I, 1° bis CGI; *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3420 ff.

2131 Art. 155-IV, 2 CGI; BOI-BIC-DEF-10-20130109, Tz. 1, 310; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 212; *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3400 ff.; für eine berufliche Tätigkeit wird vorausgesetzt, dass mindestens ein Mitglied des Steuerhaushalts im Handels- und Gesellschaftsregister als gewerblicher Vermieter eingetragen ist, dass das jährliche Einkommen aller Mitglieder des Steuerhaushalts aus dieser Tätigkeit 23.000 EUR übersteigt und diese Einnahmen die Einkünfte des einkommensteuerpflichtigen Steuerhaushalts in den Kategorien Löhne und Gehälter, gewerbliche und kommerzielle Gewinne, die nicht aus der Tätigkeit der möblierten Vermietung stammen, landwirtschaftliche Gewinne, nicht kommerzielle Gewinne und die Einkünfte der in Art. 62 CGI genannten Geschäftsführer und Gesellschafter übersteigen.

2132 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3385.

2133 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3386.

2134 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3386.

2135 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3386.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Langfristige Kapitalverluste werden von dieser Norm nicht erfasst.[2136] Folglich können die aus der Personengesellschaftsbeteiligung zugerechneten langfristigen Kapitalverluste auch dann mit anderen langfristigen Kapitalgewinnen verrechnet werden, wenn der Gesellschafter nicht beruflich an der Tätigkeit der Gesellschaft teilnimmt.[2137]

II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte in Deutschland, den USA und Frankreich

Nachfolgend sollen einige divergierende Regelungsinhalte aus den Länderberichten rechtsvergleichend gegenübergestellt und für das deutsche Steuerrecht wertend beleuchtet werden. Mangels entsprechender sonstiger Vorschriften erfolgt der Rechtsvergleich mit Frankreich ausschließlich im letzten Punkt, nämlich im Rahmen der *„passive-activity-rule*".

1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

In Deutschland und den USA differiert der persönliche sowie sachliche Anwendungsbereich der Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung sehr stark.

a. Deutschland

Die Verlustverrechnungsbeschränkung ist in ihrem Grundfall des § 15a Abs. 1 EStG auf Kommanditisten beschränkt. In § 15a Abs. 5 EStG wird der persönliche Anwendungsbereich auf andere Unternehmer erweitert, soweit deren Haftung mit der eines Kommanditisten vergleichbar ist. Hierunter können auch persönlich haftende Gesellschafter fallen, soweit diese haftungslose Verbindlichkeiten eingehen.[2138]

§ 15a EStG ist in seiner Anwendung nicht auf natürliche Personen beschränkt. Er findet über die §§ 7, 8 KStG auch Anwendung auf Kör-

---

2136 BOI-BIC-DEF-20-10-20170301, Tz. 60; *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3103, 3380.

2137 *Gouthière*, Sociétés commerciales de personnes (2003), Tz. 3103.

2138 § 15a Abs. 5 Nr. 4 EStG; s.o. D.I.1.b.ii Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

perschaften, soweit diese Kommanditisten einer Personengesellschaft sind oder in den Anwendungsbereich des § 15a Abs. 5 EStG fallen.

Diskutiert wird im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs immer wieder, ob § 15a EStG auch dann einschlägig ist, wenn etwa ein Kommanditist oder ein stiller Gesellschafter im Innenverhältnis unbegrenzt am Verlust teilnimmt und ihn eine Nachschusspflicht trifft. Für den Kommanditisten wird dies mit dem Wortlautargument und dem gesetzgeberischen Willen, nicht alle Haftungstatbestände berücksichtigen zu wollen, bejaht.[2139] Für den stillen Gesellschafter rechtfertigt der BFH eine Anwendbarkeit damit, dass er in diesem Fall einem im Innenverhältnis unbeschränkt haftenden Kommanditisten entspreche.[2140] Teile der Literatur lehnen in diesem Fall eine Anwendbarkeit des § 15a EStG für den stillen Gesellschafter mit der Begründung ab, dass die lediglich sinngemäße Anwendung des § 15a EStG auf stille Gesellschafter dafür spreche, „dass nur Rechtssubjekte erfasst werden sollen, die unabhängig vom Innen- oder Außenverhältnis insgesamt einen geringeren finanziellen Einsatz zu erbringen haben, als ihnen an Verlusten zugerechnet werden."[2141]

Sachlich findet die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15a EStG allein auf die Gewinneinkunftsarten über entsprechende Verweise uneingeschränkt Anwendung.[2142] Weitere Verweise finden sich darüber hinaus in § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG für die Einkünfte eines typisch stillen Gesellschafters sowie in § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG für die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Während ein Verweis bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit paradox wäre, wäre ein solcher bei den sonstigen Einkünften, insbesondere in Bezug auf private Veräußerungsgeschäfte denkbar.[2143]

2139 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 57; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 41, 87.

2140 BFH, Urteil v. 11.03.2003 – VIII R 33/01, BStBl. II 2003, 705 (Tz. 12); v. 16.12.1997 – VIII R 76/93, BFH/NV 1998, 576 (Tz. 19); v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 21).

2141 *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 288.

2142 S.o. D.I.1.b.ii Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

2143 S.o. D.I.1.b.ii Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. USA

Die Verlustverrechnungsbeschränkungen der §§ 704(d), 465, 469 IRC finden zunächst auf sämtliche *Partnership*-Gesellschafter respektive natürliche Personen als Steuerpflichtige unabhängig von ihrer Haftung Anwendung.[2144] § 1366 IRC enthält zudem eine Verlustverrechnungsbeschränkung für die Gesellschafter einer *S-Corporation*. Nur mittelbar ergibt sich eine Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Gesellschafterformen. Der *General Partner* etwa haftet grundsätzlich persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Dies wirkt sich erhöhend auf seine *adjusted outside basis* an der Gesellschaft (§ 704(d) IRC) sowie seinen *amount at risk* (§ 465 IRC) in der Tätigkeit aus. Das führt regelmäßig zu einem ausreichenden Verlustausgleichsvolumen.[2145] Demgegenüber wirkt sich die beschränkte Haftung des *Limited Partner* mindernd auf seine *adjusted outside basis* sowie seinen *amount at risk* und damit auf seinen Verlustausgleich aus. Darüber hinaus gilt für den *Limited Partner* die Vermutung, dass er mit einer Gesellschaftsbeteiligung passive Einkünfte erzielt, was ein gänzliches Verlustausgleichsverbot mit nicht passiven Einkünften nach sich zieht.[2146]

Ebenso wie § 15a EStG ist auch § 704(d) IRC sowie § 1366(d) IRC nicht auf natürliche Personen beschränkt. Es ist lediglich die *Partner*- beziehungsweise *Shareholder*-Eigenschaft ausschlaggebend.[2147] Demgegenüber sind die §§ 465 und 469 IRC in ihrem Anwendungsbereich auf natürliche Personen und bestimmte *Corporations* beschränkt.[2148]

Der sachliche Anwendungsbereich der US-amerikanischen Verlustverrechnungsbeschränkungen ist sehr weit. Allein die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 469 IRC enthält überhaupt eine sachliche Beschrän-

---

2144 Zum persönlichen Anwendungsbereich des § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii(5) Persönlicher Anwendungsbereich, des § 465 IRC: D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich, und des: § 469 IRC: D.I.2.d.ii(1) Persönlicher Anwendungsbereich.

2145 Zu der Bedeutung der *adjusted outside basis*: D.I.2.a § 704(d) IRC – *limitation to the partner's outside basis*; sowie des *amount at risk*: D.I.2.c § 465 IRC – *at risk rule*; es sei denn, es liegt eine disquotale Verlustzurechnung vor.

2146 § 469(h)(2) IRC; s.o. D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.

2147 §§ 704(d) und 1366(d) IRC.

2148 Zum Anwendungsbereich des § 465 IRC: D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich; zu § 469 IRC: D.I.2.d.ii(1) Persönlicher Anwendungsbereich.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kung.[2149] Diese erfasst grundsätzlich das Ausüben eines Handels und Gewerbes, wobei dieses auch die freiberufliche und nichtselbständige Tätigkeit umfasst, die Vermietung[2150] sowie alle Tätigkeiten, die ein *Limited Partner* ausübt, soweit der Steuerpflichtige an diesen Tätigkeiten nicht wesentlich teilnimmt.[2151]

c. Wertung

Im Gegensatz zu Deutschland besteht in den USA für kleine Kapitalgesellschaften die Möglichkeit, ähnlich einer Personengesellschaft, transparent besteuert zu werden.[2152] Dies zieht im Wesentlichen die gleichen Verlustverrechnungsbeschränkungen nach sich, wie sie für die Gesellschafter einer *Partnership* Anwendung finden. Statt § 704(d) IRC ist der in seinen Grundzügen vergleichbare § 1366(d) IRC einschlägig.[2153] Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs der §§ 465 und 469 IRC gibt es keine Besonderheiten. Entsprechend dem Vorbild der USA könnte auch für Deutschland – für bestimmte genauer zu definierende Körperschaften – ein Wahlverfahren hinsichtlich der Besteuerungsart eingeführt werden.[2154]

Zu klären ist, ob insbesondere § 15a EStG uneingeschränkt auf Körperschaften anzuwenden ist, die sich im Rahmen einer möglichen Option für eine transparente Besteuerung nach dem Einkommensteuergesetz entscheiden, oder ob eine speziell auf solche Körperschaften ausgerichtete neue Verlustverrechnungsnorm erforderlich ist. Diese Frage hängt neben der genauen steuerlichen Behandlung solcher Gesellschaften auch mit der Frage nach der Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens und dabei eventuell mit der zivilrechtlich ausgestalteten Gesellschafterhaftung zusammen. Ziel eines Reformvorschlages soll es daher sein, auch eine

---

2149 Zum sachlich unbeschränkten Anwendungsbereich von § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii(6) Maßgeblicher Verlust, von § 1366(d) IRC: D.I.2.b.ii(2) Verlust im Rahmen des § 1366(d) IRC, und von § 465 IRC: D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich, sowie zum beschränkten sachlichen Anwendungsbereich des § 469 IRC: D.I.2.d.ii(2) Passive Tätigkeit.

2150 Soweit in § 469(c)(7) IRC nicht anders geregelt.

2151 S.o. D.I.2.d.ii(2) Passive Tätigkeit.

2152 S.o. C.I.2.b Wirkungsweise und Anwendungsbereich der (teilweise) transparenten Besteuerung.

2153 S.o. D.I.2.b § 1366(d) IRC – *limitation to shareholder's basis in stock and debt*; D.I.2.b.ii Regelung.

2154 S.o. C.II.4.d Mögliches Steuermodell de lege ferenda.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lösung für Körperschaften, die de lege ferenda nach den Vorschriften zu den Personengesellschaften transparent besteuert werden könnten, zu liefern.[2155]

Weiter ist zu klären, ob vergleichbar der Situation in den USA der persönliche Anwendungsbereich der Verlustverrechnungsbeschränkung auf sämtliche Gesellschafter, das heißt auch auf voll haftende Gesellschafter, ausgeweitet werden sollte. Dies ist zu bejahen. Von der Art der Gesellschafterstellung unabhängig sollte die Verlustverrechnung auf den Betrag begrenzt werden, mit dem der einzelne Gesellschafter tatsächlich ein Risiko eingeht, das heißt den Betrag, der im Falle einer Liquidation gefährdet ist.[2156] Ein Anknüpfen allein an die formelle Gesellschafterstellung ist hierbei nicht sachgerecht. Zwar haftet ein persönlich haftender Gesellschafter im Gegensatz zu einem Kommanditisten „unmittelbar" und „primär", letztlich steht aber auch ihm ein Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft nach § 110 HGB zu. Solange die Gesellschaft existiert und ihr Vermögen ausreicht, kommt es auch beim Vollhafter nicht zu einem regresslosen Vermögensabfluss.[2157] Lässt man mithin bei den persönlich haftenden Gesellschaftern allein das Bestehen einer Außenhaftung für einen unbegrenzten Verlustausgleich genügen, sollten die gleichen Maßstäbe für den beschränkt haftenden Gesellschafter gelten. Es ist nicht ersichtlich, warum einem Komplementär auch dann ein unbeschränkter Verlustausgleich zustehen soll, wenn dieser etwa im Innenverhältnis vom Kommanditisten freigestellt wird, während dessen Verlustausgleich nach wie vor nach § 15a EStG beschränkt ist. Es ist daher das individuelle Haftungsrisiko insgesamt stärker in den Blick zu nehmen. Ein von der formalen Gesellschafterstellung unabhängiges Anknüpfen an den individuellen „Risikobetrag" macht den § 15a Abs. 5 EStG und hier insbesondere den § 15a Abs. 5 Nr. 4 EStG, der in der Literatur[2158] teils heftig kritisiert wurde und mittlerweile bereits als gegenstandslos angesehen wird,[2159]

2155 S.u. E.II.2.b Absatz 1 Satz 1: persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich.

2156 So auch *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 149.

2157 Vgl. auch *Röder*, Combining Limited Liability and Transparent Taxation (2017), S. 45: Verluste, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung müssen nicht zwingend auf Ebene der Gesellschaft gefangen sein; solange die Verluste die Investition nicht überschreiten, ist die Situation von Unternehmern mit oder ohne beschränkte Haftung vergleichbar.

2158 *Knobbe-Keuk,* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 499.

2159 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 188; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 139; a.A. wohl: *Kaiser*, GmbHR 2001, 103.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

obsolet. Eine Ausdehnung auf sämtliche Gesellschafter verhindert auch Gestaltungsmodelle, die sich einen (kurzfristigen) Statuswechsel zur Verlustnutzung zu eigen machen.[2160] Durch eine Ausdehnung auf sämtliche Gesellschafter, erübrigen sich zudem Streitfragen im Zusammenhang mit § 15a Abs. 5 EStG wie etwa zu den erfassten Gesellschaftsformen oder zur Vergleichbarkeit der Haftung.

Neben einer Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs auf sämtliche Gesellschafter könnte, nach dem Vorbild der USA, auch eine Ausweitung auf sämtliche Steuerpflichtige, insbesondere auch auf Einzelunternehmer, erfolgen. Eine derartige Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs wird hier allerdings abgelehnt. Zwar spricht für eine derartige Erweiterung, dass auch Einzelunternehmer ihre grundsätzlich unbeschränkte Außenhaftung einzelvertraglich begrenzen können und insoweit kein Unterschied in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gegenüber begrenzt haftenden Gesellschaftern einer Personengesellschaft besteht. Allerdings, und das ist für die Haftung eines Gesellschafters im Vergleich zum Einzelunternehmer wesensprägend, existiert nicht die gleiche Gefahr der Haftungsmultiplikation und damit einer Vervielfachung des Verlustausgleichsvolumens, wie dies bei Gesellschaften der Fall ist. Werden de lege ferenda sämtliche Haftungstatbestände in den bisherigen erweiternden Verlustausgleich mit einbezogen, könnte durch zusätzliche Haftungsübernahmen seitens der Kommanditisten eine Multiplikation des Verlustausgleichsvolumens herbeigeführt werden, wobei sich das Haftungsvolumen der anderen – unbeschränkt haftenden – Gesellschafter nicht entsprechend reduzierte. Hierfür ist eine Anwendbarkeit der Vorschrift auch auf die persönlich haftenden Gesellschafter unabdingbar. Daneben unterfallen Verbindlichkeiten, die in den USA als *nonrecourse* qualifizierten, dem Bilanzierungsverbot nach § 5 Abs. 2a EStG. Ein, der Situation in den USA vergleichbarer, Einsatz von *nonrecourse* Verbindlichkeiten ist daher in Deutschland nicht zu erwarten. Ferner führt die Haftungsübernahme durch Dritte zwar ebenfalls zu einer Haftungsreduktion des Begünstigten, doch zieht dies keine Multiplikation an Verlustausgleichsvolumen nach sich. Denn dem Dritten werden keine Verluste aus der entsprechenden, verlustbringenden Einkunftsquelle zugerechnet. Da diese Fälle bei Einzelunternehmern die Ausnahme sein dürften und eine Vorschrift wie § 15a EStG darüber hinaus lediglich den Zeitpunkt des Verlustausgleichs regelt, kann zugunsten der Steuervereinfachung von einer

2160 *Freudenberg*, Austl. Tax F. 2008, 125, 149.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weiteren Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs abgesehen werden.

Eine Neuregelung sollte jedoch nicht auf die Gewinneinkunftsarten begrenzt bleiben. Die Leistungsfähigkeit divergiert nicht allein aufgrund dessen, weil Einkünfte mittels einer Gewinn- oder einer Überschusseinkunftsart erwirtschaftet werden. Der Anwendungsbereich sollte daher weiter als bisher und vergleichbar den USA auf sämtliche Einkunftsarten ausgedehnt werden. Dem steht auch nicht das Prinzip der Schedulenbesteuerung bei Kapitaleinkünften entgegen. Zwar sieht § 20 Abs. 6 EStG ein eigenes Verlustverrechnungsregime für die Kapitaleinkünfte vor, dieses ersetzt jedoch nicht eine Regelung entsprechend dem § 15a EStG. Eine sinngemäße Anwendung des § 15a EStG würde verhindern, dass negative Kapitaleinkünfte, die mittels einer Gesellschaft erwirtschaftet werden, mit anderen Kapitaleinkünften, die nicht auf Ebene dieser Gesellschaft anfallen, ausgeglichen werden könnten. Eine derartige Verlustverrechnungsbeschränkung ist bisher nicht in § 20 Abs. 6 EStG enthalten.

2. Bestimmung des Verlustausgleichsvolumens – technische Anknüpfung

Nachdem der persönliche Anwendungsbereich einer Verlustausgleichsbeschränkung für einen Steuerpflichtigen positiv festgestellt wurde, ist sein jährliches Verlustausgleichsvolumen von besonderem Interesse für ihn. Während sowohl die deutsche wie auch die US-amerikanischen Vorschriften keinen Definitiveffekt, sondern lediglich einen zeitlichen Aufschub der Verlustverrechnung vorsehen, führt gerade ein zeitnaher an den wirtschaftlichen Verhältnissen orientierter Verlustausgleich zur Attraktivität einer Personengesellschaft. Ein solcher fördert die Einlagebereitschaft in die Gesellschaft und damit eine ausreichende Eigenkapitaldecke. Aus Gründen der Missbrauchsverhinderung und Vereinfachung hat der deutsche Gesetzgeber jedoch eine Typisierung vorgenommen und gewährt allein der Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB einen erweiterten und insoweit einen zeitnahen Verlustausgleich. Zu der Problematik, ob eine Berücksichtigung sämtlicher Haftungstatbestände tatsächlich missbrauchsanfälliger ist und zu einer erheblichen Verkomplizierung des Rechts beiträgt, kann ein Rechtsvergleich neue Aspekte zu Tage fördern und möglicherweise für systematische Ansätze fruchtbar gemacht werden.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Deutschland

In der Gesetzesbegründung zu § 15a EStG sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung wird immer wieder auf den vermeintlichen Zweck der Norm, den Gleichlauf des steuerlichen Verlustausgleichs mit der handelsrechtlichen Haftung hingewiesen. Wie bereits dargestellt, wird dieser Gleichlauf allein für die Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB tatsächlich hergestellt.[2161]

i. Ausgangspunkt: das Kapitalkonto

Als Abgrenzungskriterium für die Bestimmung des abzugsfähigen Verlustes dient grundsätzlich der Haftungsumfang des Steuerpflichtigen, bei Personengesellschaften mithin des jeweiligen Gesellschafters. Während einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter grundsätzlich ein unbeschränkter Verlustausgleich zukommt, ist der laufende Verlustausgleich eines beschränkt haftenden Gesellschafters entsprechend reduziert.[2162] Als Ausgangspunkt zur Bestimmung seines Verlustausgleichsvolumens wird sein Kapitalkonto in der Steuerbilanz der Gesellschaft herangezogen.[2163] Das Sonderbetriebsvermögen bleibt dabei außer Ansatz, da der Gesellschafter mit diesem nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen hat.[2164] Mithin bildet das Sonderbetriebsvermögen einen vom Gesamthandsvermögen separaten Haftungskreis. Infolge einer nicht immer einwandfrei möglichen Abgrenzung von Eigen- zu Fremdkapital kann es zu Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Kapitalkontos kommen.[2165]

Das Kapitalkonto ist insoweit Repräsentant der Haftung, als hierauf die Pflichteinlage gebucht und eine Verlustverrechnung vorgenommen wird.[2166] Hat der Kommanditist seine Pflichteinlage noch nicht vollständig erbracht oder besteht eine weitergehende Haftung, spiegelt das Kapitalkonto die Haftung nur unvollständig wider.

2161 S.o. D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.
2162 Vorbehaltlich sonstiger Verlustverrechnungsbeschränkungen. Siehe hierzu: C.I.1.c.iii Verlustverrechnungsbeschränkungen.
2163 Siehe hierzu: D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto.
2164 S.o. D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto.
2165 S.o. D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto.
2166 § 167 Abs. 3 HGB; ein starkes Indiz für ein Kapitalkonto liegt vor, wenn auf diesem eine Verlustverrechnung erfolgt: s.o. D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Einbeziehung der Haftung

Über das positive Kapitalkonto hinaus wird allein die Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB zur Bestimmung des Verlustverrechnungsvolumens und damit als Indikator der Leistungsfähigkeit herangezogen.[2167] Andere Haftungstatbestände sowohl der Innen- als auch der Außenhaftung bleiben unberücksichtigt. Teile der Literatur sehen hierin einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz.[2168] Dagegen erkennen weder das Bundesverfassungsgericht noch der Bundesfinanzhof hierin einen Verfassungsverstoß.[2169] Als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung werden die Steuervereinfachung sowie Missbrauchserwägungen herangezogen.[2170] Dieser Ansicht schließt sich auch die überwiegende Literatur an.[2171] Zwar ziele § 15a EStG primär auf eine Kongruenz zwischen handelsrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung ab, und hierfür sei es irrelevant, auf welcher Grundlage eine Zahlungsverpflichtung beruhe, doch habe sich

2167 § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 279.

2168 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1110; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 284; *Jakob*, BB 1988, 1429, 1437 f.

2169 In Bezug auf die Nichtberücksichtigung des § 176 Abs. 2 HGB: BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 14.07.2006 – 2 BvR 375/00, WM 2006, 1791 (Tz. 12), dabei wurde jedoch der Fall der tatsächlichen Inanspruchnahme aus § 176 Abs. 2 HGB unter gleichzeitigem Ausfall eines Rückgriffsanspruchs gegen die Gesellschaft ausdrücklich nicht entschieden; zur BFH-Rechtsprechung: BFH, Urteil v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 21); v. 28.03.2000 – VIII R 28/98, BStBl. II 2000, 347 (Tz. 23 ff.); v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 28); v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14).

2170 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 14.07.2006 – 2 BvR 375/00, WM 2006, 1791 (Tz. 12), unter Verweis auf die schwierige Nachprüfbarkeit der Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB; BFH, Urteil v. 14.12.1999 – IX R 7/95, BStBl. II 2000, 265 (Tz. 21); v. 28.03.2000 – VIII R 28/98, BStBl. II 2000, 347 (Tz. 23 ff.); v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 28); v. 14.10.2003 – VIII R 32/01, BStBl. II 2004, 359 (Tz. 14).

2171 *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 78, mit dem Hinweis, dass die Rechtsprechung „im Einklang mit Wortlaut und Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 8/3648, 17; 8/4157, 5) dem Gebot der Steuervereinfachung (HReg-Publizität) verfgemäß Rechnung trägt"; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 18; *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 326; a.A.: *von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. C 81 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Gesetzgeber darüber hinaus erkennbar auch von Praktikabilitätserwägungen leiten lassen.[2172]

So hat der Gesetzgeber ausdrücklich zur Bürgschaftsübernahme durch einen Kommanditisten Stellung genommen.[2173] Danach bleibt diese sowohl bezogen auf den Grundtatbestand (§ 15a Abs. 1 Satz 1 EStG) als auch auf den erweiterten Verlustausgleich (§ 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG) ohne Auswirkungen.[2174] Die Bürgschaftsübernahme wirkt sich steuerlich erst bei Beendigung der Gesellschaft aus, soweit der Regressanspruch gegen die Gesellschaft wertlos ist.[2175] Zur Begründung führt die Bundesregierung unter anderem Missbrauchserwägungen ins Feld. So könnten andernfalls Verlustzuweisungsgesellschaften und ihre Gesellschafter mittels „pro forma Bürgschaften" Steuerersparnisse erzielen, wenngleich eine Inanspruchnahme hieraus nahezu ausgeschlossen ist.[2176] Darüber hinaus werden Steuervereinfachungsgründe angeführt. Die Außerachtlassung einer Bürgschaft verhindere, dass für jeden Gesellschafter überprüft werden muss, ob und in welcher Höhe ihm Regressansprüche zustehen.[2177] Eine Nichtberücksichtigung von Regressansprüchen berge dagegen die Gefahr einer Vervielfachung des Verlustverrechnungsvolumens.[2178] Hinzu komme die Prüfung, ob ein Gesellschafter nach dem Bilanzstichtag wieder aus seiner Bürgschaft entlassen wurde.[2179] In diesem Fall müsse die ursprüngliche Verlustverrechnung korrigiert werden.[2180]

Mit der expliziten Beschränkung des erweiterten Verlustausgleichs auf Fälle der überschießenden Haftsumme bleiben nicht nur andere Personal-,

---

2172 BFH, Urteil v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 28), mit Verweis auf BT-Drs. 8/3648, S. 16 f. sowie BT-Drs. 8/4157, S. 3.

2173 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

2174 *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „Bürgschaften"; *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 28.

2175 BFH, Urteil v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 29); v. 28.03.2000 – VIII R 28/98, BStBl. II 2000, 347 (Tz. 27); *Mai*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Auflage 2015, § 7 Rz. 28; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 77; nach *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 52 „Bürgschaften", soll dies auch dann gelten, wenn dem Kommanditisten ein Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern zusteht.

2176 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

2177 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

2178 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

2179 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

2180 BT-Drs. 8/3648, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern auch Realsicherheiten für den Verlustausgleich gänzlich unberücksichtigt.

Auch wenn die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit in diesem Punkt geklärt scheint, lässt sich doch die Frage nach der Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit dieser einschränkenden Typisierung stellen.

iii. Berücksichtigung einer Haftungsbeschränkung

Für den erweiterten Verlustausgleich sind in § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG gewisse Negativvoraussetzungen vorgesehen. So scheidet dieser aus, wenn eine Vermögensminderung auf Grund der Haftung durch Vertrag ausgeschlossen oder nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich ist. Damit wird der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung getragen, die in den genannten Fällen nicht beeinträchtigt wird. Im Kontrast zu den Bilanzierungsgrundsätzen findet hier eine Umkehr des Wahrscheinlichkeitsmaßstabes statt. Während eine Rückstellung erst gebildet wird, wenn eine Inanspruchnahme wahrscheinlich ist,[2181] findet ein Verlustausgleich statt, solange die Inanspruchnahme nicht ausgeschlossen oder unwahrscheinlich ist.

b. USA

Für den maßgeblichen Anknüpfungspunkt zur Ermittlung des ausgleichsfähigen Verlustes ist in den USA zwischen den einzelnen Verlustverrechnungsbeschränkungen zu unterscheiden. Während die §§ 704(d) und 1366(d) IRC auf den Buchwert der Beteiligung respektive der Aktien und Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner abstellen, knüpft § 465 IRC an den Haftungsbetrag des Steuerpflichtigen je Tätigkeit an. § 469 IRC hingegen beschränkt die Verlustverrechnung für bestimmte passive Tätigkeiten vollumfänglich, so dass ein weiteres Eingehen auf diese Norm hier unterbleibt.

2181 Statt vieler: *Tiedchen*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 5 EStG [Stand 01/2019] Rz. 691.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

i. Ausgangspunkt: die Einlage

Im Gegensatz zu Deutschland differenziert das Steuerrecht der USA für die Frage des Verlustabzuges nicht primär nach der zivilrechtlichen Haftung. Es ist vielmehr für jeden Steuerpflichtigen die Höhe der *basis* (§§ 704(d) und 1366(d) IRC) sowie der *amount at risk* ausschlaggebend. Eine Bezugnahme auf eine handelsrechtlich definierte Größe unterbleibt bewusst, da aufgrund einzelstaatlicher Gesetzgebungshoheit kein bundeseinheitlich harmonisiertes Handelsrecht gilt.[2182] Sowohl die *basis* als auch der *amount at risk* werden mithin steuerlich definiert. So dient für beide die Einlage des Steuerpflichtigen in die Gesellschaft respektive in die Tätigkeit als Ausgangspunkt der Ermittlung. Während die *basis* nach § 704(d) IRC hier scheinbar Halt macht, bezieht der *amount at risk* darüber hinaus ausdrücklich geliehene Beträge mit ein, für die der Steuerpflichtige persönlich haftet. Dabei ist unerheblich, wer die Verbindlichkeit begründet. In den *amount at risk* fließen Verbindlichkeiten der Gesellschaft ebenso mit ein wie Verbindlichkeiten eines Gesellschafters, die dieser im Rahmen der Tätigkeit begründet hat.[2183] Mithin stellt die *at risk rule* einen Zusammenhang zwischen Haftung und Verlustausgleichsvolumen her. Auch § 704(d) IRC beschränkt die Ermittlung der *outside basis* nicht auf die Einlage nach deutschem Verständnis. Vielmehr werden im US-Recht Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Geldeinlage des Gesellschafters gewertet, soweit er oder niemand hierfür persönlich haftet.[2184] Folglich besteht auch hier grundsätzlich ein mittelbarer Zusammenhang zwischen Haftung und Verlustausgleichsvolumen.[2185] Der *amount at risk* nach § 465 IRC und die *outside basis* nach § 704(d) IRC unterscheiden sich hinsichtlich der Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens insoweit, als der *amount at risk* je Tätigkeit zu ermitteln ist, wohingegen sich die *basis* auf die Gesellschaftsbeteiligung als solche bezieht und auch haftungslose Verbindlichkeiten mit einbezieht.[2186] Darüber hinaus unterscheiden sie sich minimal in der Behandlung von Gesellschafterdarlehen. Im Rahmen der Ermittlung der

---

2182 S.o. C.I.2.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

2183 S.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2184 §§ 722, 752 IRC; D.I.2.a.ii(1) Die *outside* basis als Ausgangspunkt.

2185 Etwas anderes gilt für die *nonrecourse* Verbindlichkeiten, die die *basis* aller Gesellschafter erhöhen, obgleich sie hierfür nicht persönlich haften; s.o. D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt, und C.I.2.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

2186 *Kesselmeyer*, Die *partnership* im US-Steuerrecht (Federal) (2000), S. 110 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

outside basis werden *recourse* Gesellschafterdarlehen wie Drittdarlehen behandelt, während *nonrecourse* Gesellschafterdarlehen, entgegen eines normalen Drittdarlehens, ausschließlich dem darlehensgebenden Gesellschafter zugerechnet werden.[2187] Soweit es um die Behandlung des Gesellschafterdarlehens beim darlehensgebenden Gesellschafter geht, verweist die *at risk rule* auf die Behandlung im Rahmen der *outside basis*, so dass ein Gleichlauf herrscht.[2188] Für die Mitgesellschafter jedoch regelt die *at risk rule*, dass sich deren *amount at risk* in Folge des Gesellschafterdarlehens nicht erhöht.[2189] Mithin herrscht insoweit eine Diskrepanz zwischen den beiden Regelungen.

Unabhängig von der Haftung wird das Verlustausgleichsvolumen in den Fällen des § 1366(d) IRC ermittelt. Dieser stellt für das Verlustausgleichsvolumen auf die *basis* an den Aktien und den Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter ab.[2190] Unberücksichtigt bleiben Drittverbindlichkeiten.[2191] Grund hierfür ist die zivilrechtliche Abschirmwirkung der Gesellschaft, so dass den Gesellschafter insoweit kein Haftungsrisiko trifft. Damit bleiben allerdings grundsätzlich auch Verbindlichkeiten unberücksichtigt, für die der Gesellschafter eine vertragliche Haftung übernimmt.[2192]

ii. Einbeziehung der Haftung

Eine dem erweiterten Verlustausgleich entsprechende Regelung enthält das US-Recht nicht. Allein das Bestehen einer Einlageverpflichtung führt weder zu einer Erhöhung der *outside basis* noch des *amount at risk*.[2193]

2187 S.o. D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt.

2188 S.o. D.I.2.c.ii(4)(d) Gesellschafterdarlehen.

2189 S.o. D.I.2.c.ii(4)(d) Gesellschafterdarlehen.

2190 S.o. D.I.2.b.ii Regelung.

2191 S.o. D.I.2.b.ii Regelung.

2192 Zu Ausnahmen: s.o. D.I.2.b.iii Vertragliche Haftungsübernahme durch einen Anteilseigner.

2193 *Abrams*, J. Passthrough Entities 2003, 37, 44; zur *outside basis*: *Leonard O. Oden v. Commissioner*, 41 T.C.M. 1285 (1981); zum *amount at risk*: Prop. Reg. § 1.465-22(a); widersprüchlich dazu: *Bittker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.04[4][a], die eine Zahlungsverpflichtung des Gesellschafters zwar unter § 465(b)(1)(A) IRC ansprechen und als *amount at risk* bejahen, zur Begründung jedoch ein Urteil (*Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644 (9th Cir. 1987)) heranziehen, das den Punkt unter § 465(b)(2)(A) IRC „*personally liable for the repayment*" erörtert.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Einlageverpflichtung kann sich jedoch mittelbar auf die *outside basis* nach § 704(d) IRC und den *amount at risk* auswirken, denn die Zuordnung der *recourse* Verbindlichkeiten für die Ermittlung der *outside basis* respektive des *amount at risk* richtet sich nach den persönlichen Einstandspflichten des jeweiligen Gesellschafters.[2194] Gefordert wird, dass die Einlageverpflichtung nicht einseitig vom Gesellschafter aufgekündigt werden kann, sondern bereits *definite and fixed* ist.[2195] Bezüglich einer gesellschaftsvertraglich vereinbarten Einlagepflicht ergibt sich dies regelmäßig aus § 404 UPA beziehungsweise § 502 ULPA.

Dasselbe gilt für andere haftungsbegründende Tatbestände. Sowohl die *outside basis* im Rahmen der Zuteilung der *recourse* Verbindlichkeiten (§ 704(d) IRC) als auch der *amount at risk* für die Berücksichtigung der geliehenen Beträge knüpfen an die *personal liability*, genauer die *ultimate liability* an.[2196] Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland ist in den USA allein das tatsächliche Haftungsrisiko unabhängig vom Rechtsgrund maßgeblich. Korreliert mit einer Haftung ein Forderungsübergang oder steht dem Steuerpflichtigen aus anderen Gründen ein Regressanspruch zu, ist er insofern nicht *ultimate liable*.[2197] Etwas anderes gilt, wenn der Gesellschafter auf diesen Regressanspruch verzichtet. In diesem Fall ist der Steuerpflichtige das letzte Glied in einer Haftungskette und haftet *ultimately*. Zur Qualifikation einer *ultimate liability* legt das US-Recht ein *worst case scenario* zugrunde.[2198] Hierbei wird unter anderem unterstellt, dass die Gesellschaft vermögenslos ist, sie liquidiert wird, sämtliche Forde-

---

2194 *Abrams*, J. Passthrough Entities 2003, 37, 44.

2195 In *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 282 f. (1992) wurde eine persönliche Haftung der *Limited Partner* mit der Begründung abgelehnt, dass – im Gegensatz zu dem Sachverhalt in *Pritchett v. Commissioner*, 827 F.2d 644 (9th Cir. 1987) – ihnen allein die Befugnis zukam, auf ihre Einlageverpflichtung zu verzichten und so einer Zahlung zu entgehen; s.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2196 Für §§ 704(d), 705, 722, 752 IRC: *Raphan v. United States*, 759 F.2d 879, 886 (Fed. Cir. 1985); *Smith v. Commissioner*, 84 T.C. 889, 907 (1985); für § 465 IRC: *Callahan v. Commissioner*, 98 T.C. 276, 281 (1992); *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986); *Gefen v. Commissioner*, 87 T.C. 1471, 1500 ff. (1986); *Bennion v. Commissioner*, 88 T.C. 684, 692 (1987); *Melvin v. Commissioner*, 88 T.C. 63, 75 (1987).

2197 S.o. zu § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten; zu § 465 IRC: D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*

2198 S.o. zu § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten; zu § 465 IRC: D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungen gegen die Gesellschaft fällig werden und alle Gesellschafter ihren Zahlungsverpflichtungen vollständig nachkommen.[2199]

Entsprechendes gilt, soweit der Gesellschafter eine Haftung für eine *nonrecourse* Verbindlichkeit übernimmt.[2200] Dem gleichzusetzen ist die Haftungsübernahme eines *LLC*-Gesellschafters für eine *LLC*-Verbindlichkeit.[2201] Die *nonrecourse* Verbindlichkeit zeichnet sich dadurch aus, dass insoweit kein Gesellschafter (oder nahestehende Person) persönlich haftet.[2202] Für einen haftungsübernehmenden Steuerpflichtigen bedeutet dies, dass ihm kein Regressanspruch zusteht.[2203] Er haftet mithin persönlich (*personal*) und endgültig (*ultimately*), so dass sich seine *adjusted basis* im Sinne des § 704(d) IRC sowie sein *amount at risk* erhöhen.[2204]

Eine Ausnahme sieht das US-Recht grundsätzlich für sogenannte *bottom dollar payment obligations* vor.[2205] Vereinfachend wird hierunter jede Zahlungsverpflichtung gefasst, es sei denn, der Steuerpflichtige (oder eine nahestehende Person) haftet für die Verbindlichkeit, soweit sie nicht auf andere Art und Weise erfüllt wird.[2206] So liegt eine *bottom dollar payment obligation* etwa vor, wenn ein Gesellschafter-Bürge nur für die ersten 100 USD einer im Ganzen 800 USD betragenden Verbindlichkeit bürgt.[2207] Sobald der primäre Schuldner 100 USD an den Gläubiger geleistet hat, kommt eine Bürgenhaftung nicht mehr in Betracht.[2208] Die Regelungen zu den *bottom dollar payment obligations* wurden erst im Jahr 2016 als *Temporary Regulation* eingeführt und schließlich 2019 leicht modifiziert als *Treasury Regulation* übernommen.[2209] Das *Treasury Department* und der *Internal Revenue Service* sahen sich dazu veranlasst, da es ihrer Ansicht nach manchen Vereinbarungen an einem signifikanten außersteuerlichen

---

2199 S.o. D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten.
2200 *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986).
2201 *Abrams*, J. Passthrough Entities 2003, 37, 44.
2202 Treas. Reg. § 1.752-1(a)(2); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 160; zum Begriff der *nonrecourse* Verbindlichkeit auch in Abgrenzung zu einer *recourse* Verbindlichkeit: s.o. C.I.2.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.
2203 *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986).
2204 *Abramson v. Commissioner*, 86 T.C. 360 (1986).
2205 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(ii).
2206 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(ii)(C)(*1*)(*i*) und (*ii*); *Friedland*, Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 175.
2207 Beispiel nach *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 112.
2208 *Wootton*, Partnership Taxation (2016), S. 112.
2209 *IRS/Treasury*, 84 FR 54014-54026, Oct. 9, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unternehmerischen Geschäftszweck mangelt.[2210] Sie räumen jedoch ein, dass bestimmte Zahlungsvereinbarungen, die die Voraussetzungen einer *bottom dollar payment obligation* grundsätzlich erfüllen, dennoch nicht als solche behandelt werden sollten, so dass Rückausnahmen vorgesehen wurden.[2211] Die Folge sind detaillierte Regelungen zur Qualifikation einer *bottom dollar payment obligation* sowie zu Ausnahmen hiervon.[2212] Auch wenn der *Internal Revenue Service* die *Temporary Regulations* zu § 752 IRC und hier speziell zu den *bottom dollar payment obligations* zunächst als übermäßige bürokratische Belastung für den Steuerzahler gesehen und Reformen (bis hin zur Abschaffung) vorgesehen hatte,[2213] änderten er und das *Treasury Department* in einem zweiten Bericht ihre diesbezügliche Auffassung und schlugen vor, die Regelungen in ihrer derzeitigen Fassung beizubehalten.[2214] Ausschlaggebend dafür war, dass andernfalls Steuerpflichtige mit minimalem wirtschaftlichen Risiko ihre *basis* künstlich erhöhen und damit ihre Steuerlast reduzieren könnten.[2215] Die umfangreichen Regelungen seien daher notwendig, um Missbrauch zu verhindern, und führten nicht zu einer bedeutenden Erhöhung des Verwaltungsaufwands des Steuerpflichtigen.[2216] Da der *Internal Revenue Service* neben der Gefahr, künstlich ein wirtschaftliches Risiko zu generieren, gleichzeitig die Gefahr sah, dass Personengesellschaften die weite Definition der *bottom dollar payment obligation* ausnutzen könnten, um für steuerliche Zwecke *nonrecourse* Verbindlichkeiten zu generieren, obwohl jemand ein wirtschaftliches Risiko trägt, wurde im Gegenzug eine flankierende „heads we win, tails you lose"[2217] Missbrauchsvorschrift aufgenommen.[2218] Da für *nonrecourse* Verbindlichkeiten im deutschen Steuerrecht ein Bilanzierungsverbot, mithin nicht die gleiche Umgehungsgefahr herrscht, wird auf eine nähere Darstellung der Regelungen verzichtet.[2219] Es sei jedoch angemerkt, dass

2210 *IRS/Treasury*, 81 FR 69282-01, 69284, 2016 WL 5790754, Oct. 5, 2016; *Friedland,* Understanding Partnership and LLC Taxation (2017), S. 175.
2211 *IRS/Treasury*, 81 FR 69282-01, 69285, 2016 WL 5790754, Oct. 5, 2016.
2212 Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(ii).
2213 *IRS*, Notice 2017-38, 2017 WL 2899737, Jul. 8, 2017.
2214 *Treasury*, 82 FR 48013, 48016, Oct. 16, 2017; *Burton*, The Tax Adviser 2019, 132.
2215 *Treasury*, 82 FR 48013, 48016, Oct. 16, 2017.
2216 *Treasury*, 82 FR 48013, 48016, Oct. 16, 2017.
2217 *Lipton/Grilli/Renchen*, J. Tax'n 2017, 100, 103.
2218 Treas. Reg. § 1.752-2(j)(2)(i); *IRS/Treasury*, 81 FR 69282-01, 69286, 2016 WL 5790754, Oct. 5, 2016; *Lipton/Grilli/Renchen*, J. Tax'n 2017, 100, 103.
2219 Zum Bilanzierungsverbot: § 5 Abs. 2a EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in diesem Zusammenhang umfangreiche Offenlegungspflichten für Personengesellschaften bestehen.[2220]

Neben der Berücksichtigung von Personalsicherheiten sehen die USA sowohl im Rahmen des § 704(d) IRC wie auch des § 465 IRC unter Umständen auch eine Berücksichtigung von Realsicherheiten vor.[2221] Entsprechend dem Leitgedanken, der das US-amerikanische Verlustverrechnungsregime dominiert, wonach maßgeblich darauf abgestellt wird, wer in einem *worst case scenario* als letztes Glied in einer möglichen Haftungskette persönlich haftet, werden auch Realsicherheiten des Gesellschafters miteinbezogen. Auch hier ist entscheidend, dass niemand sonst *ultimately* für die zugrundeliegende Verbindlichkeit haftet.[2222] Das Sicherungsgut wirkt sich maximal in Höhe seines Nettoverkehrswertes (*net fair market value*) auf das Haftungsrisiko des Gesellschafters aus.[2223] Im Rahmen des § 704(d) IRC wird weiter zwischen einer direkten und einer indirekten Verpfändung unterschieden.[2224] Während unter einer direkten Verpfändung Fälle verstanden werden, in denen der Gesellschafter seinen Vermögenswert unmittelbar dem Gläubiger als Sicherheit gewährt und dieses sein Haftungsrisiko erhöht,[2225] zeichnet sich eine indirekte Verpfändung dadurch aus, dass der Gesellschafter einen Vermögenswert allein zu dem Zweck in die Gesellschaft einlegt, ihn als Sicherheit für eine Gesellschafts-

---

2220 Was im Rahmen der Offenlegungspflichten an das *IRS* mitgeteilt werden muss, ist in Treas. Reg. § 1.752-2(b)(3)(ii)(D)(1)-(6) geregelt; *Lipton/Grilli/Renchen*, J. Tax'n 2017, 100, 104.

2221 Im Rahmen des § 704(d) IRC mittels einer möglichen Erhöhung der *basis* nach § 752 IRC: Treas. Reg. § 1.752-2(h), und im Rahmen des § 465 IRC ausdrücklich geregelt in § 465(b)(2)(B) IRC; siehe zudem: oben D.I.2.a.ii(4)(c) Hingabe von eigenen Vermögensgegenständen als Sicherheit für Gesellschaftsschulden, sowie: D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2222 Für § 704(d) IRC ergibt sich dies aus der *satisfaction presumption* und der Berücksichtigung von Regressansprüchen in einem gedachten *worst case scenario*: Treas. Reg. § 1.752-2(b)(5), (6); für § 465 IRC folgt dies aus dem Erfordernis, dass es sich bei der zugrundeliegenden Verbindlichkeit um eine *nonrecourse* Verbindlichkeit handelt: § 465(b)(2)(B) IRC.

2223 Treas. Reg. § 1.752-2(h)(3); § 465(b)(2)(B) IRC; S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484.

2224 Treas. Reg. § 1.752-2(h)(1), (2); s.o. D.I.2.a.ii(4)(c) Hingabe von eigenen Vermögensgegenständen als Sicherheit für Gesellschaftsschulden.

2225 Treas. Reg. § 1.752-2(h)(1); s.o. D.I.2.a.ii(4)(c) Hingabe von eigenen Vermögensgegenständen als Sicherheit für Gesellschaftsschulden.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verbindlichkeit zur Verfügung zu stellen.[2226] Unter dieser Voraussetzung wird das Sicherungsgut seinem Haftungsvolumen zugerechnet.[2227]

Abweichendes gilt wiederum mit Blick auf die *S-Corporation*. Da hier Drittverbindlichkeiten nicht in das Haftungsvolumen und damit in das Verlustausgleichspotential miteinfließen, wirkt sich auch eine diesbezügliche Haftungsübernahme durch einen Anteilseigner grundsätzlich nicht aus.[2228] Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Haftungsübernahme ausnahmsweise zu einer Schuld zwischen Gesellschaft und Anteilseigner führt. Dies ist jedoch die absolute Ausnahme und wurde bisher nur in einem besonders gelagerten und nicht verallgemeinerungsfähigen Fall von der Rechtsprechung anerkannt.[2229]

iii. Berücksichtigung einer Haftungsbeschränkung

Vergleichbar den Beschränkungen in § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG (Haftung durch Vertrag ausgeschlossen oder nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich) wirken sich auch in den USA Schutzmechanismen mindernd auf das Verlustausgleichsvolumen aus. Während dies für den *amount at risk* ausdrücklich kodifiziert wurde, ergibt es sich für die *outside basis* nach § 704(d) IRC bereits aus dem Erfordernis, *ultimately liable* zu sein.[2230] Ein Gesellschafter ist insoweit nicht *ultimately liable*, als ihm ein Regressanspruch zusteht. Ob der Schutz gegen Verlust auf einer vertraglichen Vereinbarung oder einem gesetzlich begründeten Rückgriffsrecht beruht, ist dabei irrelevant. Zu berücksichtigen ist hier, dass sich der Schutz gegen Verlust nicht nur mindernd auf die Haftung für die Zuteilung der Verbindlichkeiten auswirkt, sondern auch auf die bereits erbrachte Einlage, soweit der Steuerpflichtige sich diese absichern lässt.[2231]

2226 Treas. Reg. § 1.752-2(h)(2); s.o. D.I.2.a.ii(4)(c) Hingabe von eigenen Vermögensgegenständen als Sicherheit für Gesellschaftsschulden.

2227 Zu den Anforderungen an dieses Ausschließlichkeitserfordernis: Treas. Reg. § 1.752-2(h)(2); s.o. D.I.2.a.ii(4)(c) Hingabe von eigenen Vermögensgegenständen als Sicherheit für Gesellschaftsschulden.

2228 S.o. D.I.2.b.iii Vertragliche Haftungsübernahme durch einen Anteilseigner.

2229 S.o. D.I.2.b.iii Vertragliche Haftungsübernahme durch einen Anteilseigner.

2230 Zu § 465 IRC: s.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2231 § 465(b)(4) IRC; s.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Wertung

Weder die deutsche noch die US-amerikanischen Regelungen knüpfen primär an eine handelsrechtlich bestimmte Größe an. Während in § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG das Kapitalkonto in der Steuerbilanz den Ausgangspunkt darstellt, ist es in den USA die Einlage des Steuerpflichtigen. Darüber hinaus verbindet die deutsche und die US-amerikanischen Regelungen weniger, als es die Regelungen und die Gesetzeshistorie zu § 15a EStG auf den ersten Blick vermuten lassen.[2232] So wenig die *adjusted outside basis* nach § 704(d) IRC mit dem deutschen Kapitalkonto gemein hat, so wenig folgt Deutschland den USA bezüglich des Gleichklangs zwischen Haftung und Verlustausgleichsvolumen.[2233]

Während eine originär steuerliche Definition des Verlustausgleichsvolumens in den USA aufgrund der Fülle der unterschiedlichen Gesetzgeber im Handelsrecht und einer diesbezüglich fehlenden Harmonisierung unabdingbar ist, ist dies auch für Deutschland der richtige Weg. Zwar wäre ein Anknüpfen an das Kapitalkonto in der Handelsbilanz vor dem angestrebten Ziel des § 15a EStG, den steuerlichen Verlustausgleich an die handelsrechtliche Haftung zu koppeln, konsequent, doch würde dies zu einer Diskrepanz zwischen den wesentlichen Größen des § 15a EStG (Kapitalkonto/Verlustanteil) führen.[2234] Vor diesem Hintergrund sollten (meist kleinere) Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz zugunsten eines Praktikabilitätsgewinns und einer inneren Konsequenz der Norm hingenommen werden.

i. Ausgangspunkt

Das Kapitalkonto als partieller Ausdruck des Haftungsumfangs ist insoweit als Ausgangspunkt des Verlustausgleichsvolumens geeignet, als die Verlustverrechnung auf dem Kapitalkonto zu einer Beeinträchtigung der

---

2232 Der deutsche Gesetzgeber verweist in BT-Drs. 8/3648, S. 16 ausdrücklich auf die US-amerikanischen Regelungen: „im Tax Reform Act 1976 und in einem weiteren Gesetz aus dem Jahr 1978 zur Begrenzung von Verlustverrechnungsmöglichkeiten […], die dem vorgeschlagenen § 15a EStG […] vergleichbar sind".

2233 Der Gleichlauf zwischen Haftung und Verlustausgleich wird in den USA insbesondere in § 465 IRC konsequent umgesetzt.

2234 Für ein Abstellen auf das Kapitalkonto in der Handelsbilanz spricht sich *Walzer*, BB 1981, 1680, 1681; *Walzer*, GmbHR 1981, 160, 164 f., aus.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt.[2235] Da das Kapitalkonto als Spiegelbild der zivilrechtlichen Haftung allerdings bereits dort überstrapaziert ist, wo die Pflichteinlage noch nicht vollständig erbracht wurde oder eine darüber hinausgehende Haftung besteht, kann das Kapitalkonto nicht als alleiniges Anknüpfungskriterium dienen. Dies hat auch der Gesetzgeber gesehen. So hat er für den Fall einer über die Pflichteinlage hinausgehenden Haftsumme einen erweiterten Verlustausgleich kodifiziert.[2236]

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach der Behandlung des Sonderbetriebsvermögens. Während in Deutschland das Sonderbetriebsvermögen zivilrechtlich einem eigenen Haftungskreis zuzurechnen ist und damit konsequenterweise im Rahmen des § 15a EStG unberücksichtigt bleibt, ist in den USA zwischen den einzelnen „Sonderbetriebsvermögensposten" zu unterscheiden. Zwar kennen die USA kein Sonderbetriebsvermögen in dem Sinne, doch stellt sich auch in den USA unter anderem die Frage nach der steuerlichen Behandlung eines Gesellschafterdarlehens oder einer durch den Gesellschafter begründeten Verbindlichkeit im Zusammenhang mit seiner Gesellschaftsbeteiligung. Während Verbindlichkeiten des Gesellschafters nach den allgemeinen Grundsätzen ebenfalls in den *amount at risk* einbezogen werden, werden auch die Gesellschafterdarlehen sowohl für die Ermittlung der *outside basis* als auch des *amount at risk* steuerlich grundsätzlich wie Drittdarlehen behandelt.[2237] Es gilt jedoch zwei Besonderheiten zu beachten. Zum einen wird ein *nonrecourse* Gesellschafterdarlehen sowohl für die *outside basis* als auch für den *amount at risk* vollumfänglich dem darlehensgebenden Gesellschafter zugerechnet, zum anderen erhöht ein Gesellschafterdarlehen nicht den *amount at risk* der Mitgesellschafter.[2238] Dies dient der Missbrauchsbekämpfung.[2239] Folglich ist auch in den USA eine Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital erforderlich.

Auch wenn die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital teils schwierig ist, ist es der richtige Weg, das Sonderbetriebsvermögen aufgrund seines eigenständigen Haftungskreises im Rahmen des Verlustverrechnungsvolumens für den Verlustanteil aus der Gesellschaftsbeteiligung

---

2235 § 167 Abs. 3 HGB; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 278.

2236 § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG.

2237 Zur Behandlung im Rahmen des § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii(1) Die *outside basis* als Ausgangspunkt; zur Behandlung im Rahmen des § 465 IRC: D.I.2.c.ii(4)(d) Gesellschafterdarlehen.

2238 S.o. D.I.2.c.ii(4)(d) Gesellschafterdarlehen.

2239 S.o. D.I.2.c.ii(4)(d) Gesellschafterdarlehen.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

außer Acht zu lassen. Stattdessen ist das Sonderbetriebsvermögen nur dann in die Berechnung des Verlustausgleichsvolumens miteinzubeziehen, wenn hierdurch das Haftungsrisiko in der Gesellschaft steigt.[2240] Mithin sollten Gesellschafterdarlehen entsprechend jeder anderen Gesellschaftsverbindlichkeit nach dem individuellen Haftungsanteil den einzelnen Gesellschaftern zugerechnet werden. Dies ist zwingend, möchte man die individuelle Haftung der einzelnen Gesellschafter in den Mittelpunkt stellen. Von einer Missbrauchsbekämpfungsvorschrift, wie diese im Rahmen des *amount at risk* für Darlehen von Personen mit einem Interesse an der Tätigkeit vorgesehen ist, ist dagegen Abstand zu nehmen.[2241] Soweit ein Darlehen dem allgemeinen Fremdvergleich standhält, sollte es auch entsprechend berücksichtigt werden. Verbindlichkeiten des Gesellschafters erhöhen dagegen nicht das Haftungsrisiko der Gesellschaft und bleiben damit, entgegen der US-amerikanischen Regelung, für das Verlustverrechnungsvolumen des Gesellschaftsanteils unberücksichtigt.

ii. Einbeziehung einer erweiterten Haftung

Im Vorfeld der Frage, ob und wann sich eine Haftung erhöhend auf das laufende Verlustausgleichsvolumen auswirken sollte, gilt es zu konstatieren, dass die Diskussion letztlich nur einen zeitlichen Aspekt betrifft. Unabhängig davon, ob eine Berücksichtigung bereits im Zeitpunkt der vertraglichen Haftungsvereinbarung, mit der drohenden Inanspruchnahme hieraus oder erst mit Zahlung bei Beendigung der Gesellschaft erfolgt, besteht jurisdiktionen- und meinungsübergreifend Einigkeit, dass ein tatsächlich getragener Verlust nicht untergehen darf. Dieser zeitliche Aspekt soll für Deutschland anhand des nachfolgenden Beispiels verdeutlicht werden:

> *B ist Kommanditist der AB-KG. Er hat seine Einlageverpflichtung bereits in voller Höhe geleistet. Sein Kapitalkonto weist zum 31.12.01 10 TEuro auf. Im Jahr 02 beträgt B's Verlustanteil 20 TEuro. Außerdem erklärt er eine Bürgschaft i.H.v. 5 TEuro. Ohne weitere Geschäftsvorfälle veräußert B seinen Gesellschaftsanteil zum 31.12.03 für 30 TEuro.*

2240 S.u. E.II.2.e Absatz 1 Satz 2: das Kapitalkonto – Einbeziehung von Sonderbetriebsvermögen?, sowie: E.II.2.f Absatz 1 Satz 2: Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft.

2241 S.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lösungsvariante 1 – Die Bürgschaft wird bereits im Zeitpunkt ihrer Erklärung berücksichtigt:
Die Bürgschaftserklärung im Jahr 02 führt zu einer Erhöhung des Verlustausgleichsvolumens. Neben den 10 TEuro Verlustausgleich nach § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG aufgrund eines insoweit positiven Kapitalkontos kann B weitere 5 TEuro in Folge der Bürgschaftserklärung ausgleichen. Die restlichen 5 TEuro seines Verlustanteils sind nicht ausgleichsfähig und werden in die Folgejahre fortgetragen. B's Kapitalkonto ist zum Ende des Jahres 02 sowie zum Ende des Jahres 03 i.H.v. 10 TEuro negativ. B kann seinen Veräußerungsgewinn in Höhe von 40 TEuro (30 TEuro Veräußerungspreis abzüglich seines negativen Kapitalkontos von ./. 10 TEuro) mit den vortragsfähigen Verlusten (5 TEuro) verrechnen. Er hat damit noch einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn von 35 TEuro.
Lösungsvariante 2 – Die Bürgschaft wird erst im Falle einer Inanspruchnahme hieraus mit Beendigung der Gesellschaft berücksichtigt:
Durch die Außerachtlassung der Bürgschaftserklärung beträgt das Verlustausgleichsvolumen des B im Jahr 02 10 TEuro. Diese ergeben sich allein nach § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG aufgrund eines insoweit positiven Kapitalkontos. Sein darüber hinausgehender Verlustanteil ist nicht ausgleichsfähig und wird in die Folgejahre fortgetragen. B's Kapitalkonto beträgt zum Ende des Jahres 02 sowie zum Ende des Jahres 03 (zur Lösungsvariante 1 unverändert) ./. 10 TEuro. B kann seinen Veräußerungsgewinn von 40 TEuro mit den vortragsfähigen Verlusten (10 TEuro) verrechnen. Er hat damit noch einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn von 30 TEuro.
Ergebnis: In beiden Lösungsvarianten konnte B seinen Verlust aus dem Jahr 02 vollständig verrechnen. Allein der Zeitpunkt unterscheidet sich. Wie bereits einleitend dargestellt, ist indes gerade ein zeitnaher, an den wirtschaftlichen Verhältnissen orientierter Verlustausgleich für den Steuerpflichtigen, mithin Lösungsvariante 1, besonders interessant.[2242]

Während der deutsche Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 15a EStG den bereits mehrfach erwähnten angestrebten Gleichlauf zwischen handelsrechtlicher Haftung und steuerlichem Verlustausgleich besonders betont, hat er diesen Gleichlauf allein bezogen auf die Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB konsequent umgesetzt. Darüber hinaus hat er zugunsten der Missbrauchsvermeidung und Steuervereinfachung bewusst darauf verzich-

2242 S.o. D.II.2 Bestimmung des Verlustausgleichsvolumens – technische Anknüpfung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tet.[2243] Die USA beziehen dagegen bei Gesellschaftern einer *Partnership* mittelbar sämtliche haftungsbegründende und auch haftungsmindernde Sachverhalte mit ein. Hierzu zählen auch die Realsicherheiten. Das durch das abstrakte Haftungsvolumen bestimmte wirtschaftliche Risiko ist maßgeblich für die Zuteilung der Gesellschaftsverbindlichkeiten respektive für die Berücksichtigung geliehener Beträge für Zwecke des individuellen Verlustausgleichspotentials.[2244] Für die Behandlung von „Realsicherheiten" ist auch in Deutschland zwischen einer „direkten" und einer „indirekten" Verpfändung (nach der Definition der USA) zu unterscheiden. Während eine „indirekte" Verpfändung in Deutschland keine Realsicherheit des Gesellschafters darstellt, sondern schlicht als Einlage in die Gesellschaft behandelt wird, wirkt sie sich als solche auf dessen Kapitalkonto und damit sein Verlustausgleichsvolumen aus. Eine „direkte" Verpfändung stellt dagegen auch in Deutschland eine Realsicherheit des Gesellschafters dar und lässt als solche de lege lata dessen Verlustausgleichsvolumen unberührt. Es stellen sich damit zwei Fragen. Sollte (i) sich eine „direkte" Verpfändung, wie auch Personalsicherheiten, im Rahmen des Verlustausgleichsvolumens des die Sicherheit gewährenden Gesellschafters niederschlagen und (ii) eine „indirekte" Verpfändung nach dem Vorbild der USA von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden?

Führt man sich die US-amerikanischen Regelungen für die Gesellschafter einer *Partnership* vor Augen, scheint der deutsche Umgang mit Haftungsrisiken nicht nur unnötig restriktiv,[2245] es ist zudem davon auszugehen, dass er die Wirtschaftstätigkeit der Gesellschaften einschränkt.[2246] Ein Dritter wird der Gesellschaft regelmäßig bereitwilliger ein Darlehen gewähren, wenn dieses eine Bürgschaft oder Hypothek eines Kommanditisten absichert und damit eine über die allgemeine im Handelsregister eingetragene Einlageverpflichtung hinausgehende Haftsumme zur Verfügung steht.[2247] Im Falle der Liquidation der Gesellschaft müsste sich die Bank mit allen anderen Gläubigern (quotal) aus der nachträglichen Einlage befriedigen, wohingegen sie sich im Falle einer Bürgschaft unmittelbar bei dem Kommanditisten beziehungsweise bei einer Hypothek unmittel-

---

2243 S.o. D.II.2.a.ii Einbeziehung der Haftung.

2244 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 16.

2245 *Schwidetzky*, Am. U. Int. L. Rev. 1995, 1331, 1352; gegen eine „über-"vorsichtige Verlustantizipation spricht sich auch *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9, 56, aus.

2246 *Schwidetzky*, Am. U. Int. L. Rev. 1995, 1331, 1352.

2247 *Schwidetzky*, Am. U. Int. L. Rev. 1995, 1331, 1351 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bar aus dem Grundstück schadlos halten könnte. Möchte der Kommanditist dieses Risiko in seiner Verlustverrechnung widerspiegeln, müsste er zusätzlich eine im Handelsregister eingetragene Einlageverpflichtung übernehmen. Gleichzeitig geht er hierdurch das Risiko ein, doppelt in Anspruch genommen zu werden.[2248]

Tatsächlich kann man die Frage stellen, ob unter Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten das Außerachtlassen der Haftungstatbestände gerechtfertigt ist, da mit einem abstrakten Haftungsrisiko noch kein tatsächlicher Vermögensabfluss einhergeht. Soweit in der Literatur daher empfohlen wird, eine Anknüpfung an die zivilrechtliche Außenhaftung vollends ad acta zu legen und damit auch den schwer greifbaren § 15a Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 EStG zu streichen,[2249] wird dieser Ansicht hier jedoch nicht gefolgt. Zwar ist der genannten Ansicht insoweit zuzustimmen, als allein das Bestehen einer Haftung noch nicht zu einer Inanspruchnahme führt; dies gilt jedoch entsprechend für den persönlich haftenden Gesellschafter. Wie der Verlustausgleich bei diesem zeigt, wird de lege lata auch hier kein tatsächlicher Vermögensabfluss gefordert. Solange die Gesellschaft besteht, steht dem persönlich haftenden Gesellschafter für Verluste respektive Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die er getragen hat, ein Regressanspruch zu.[2250] Er ist zudem nicht zum Nachschuss verpflichtet.[2251] Lässt man bei ihm dennoch die Außenhaftung zum (sogar) unbeschränkten Verlustausgleich genügen, sollte bei dem Kommanditisten der gleiche Maßstab angelegt werden. Gegen eine vollkommene Abkopplung des Verlustausgleichs vom Haftungsrisiko sämtlicher Gesellschafter spricht zudem das Gebot der Folgerichtigkeit.[2252] Würde für den Verlustausgleich auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter abgestellt, wäre eine nicht zu rechtfertigende Diskrepanz zwischen der Zurechnung von Gewinnen und Verlusten die Folge.

Darüber hinaus divergiert die wirtschaftliche Situation des Kommanditisten nicht deshalb, weil er aufgrund einer überschießenden Haftsumme, einer Geschäftsaufnahme vor Eintragung, einer Bürgschaft oder einer Hypothek haftet, sofern ihm in den beiden letzteren Fällen kein Regress-

2248 Für eine flexiblere Vorschrift in Deutschland nach dem Vorbild der USA auch: *Schwidetzky*, Am. U. Int. L. Rev. 1995, 1331, 1352.

2249 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 39.

2250 § 110 HGB (analog).

2251 § 770 BGB.

2252 Zum Gebot der Folgerichtigkeit im Steuerrecht u.a.: *Gersch*, in: Klein, AO, 15. Auflage 2020, § 3 Rz. 17; *Wernsmann*, in: H/H/S, AO/FGO, § 4 AO [Stand 08/2015] Rz. 516 ff.; sowie unten: E.I.2.c Gebot der Folgerichtigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anspruch zusteht.[2253] Im Falle der Liquidation der Gesellschaft muss der Kommanditist einer Bürgschaftsverpflichtung in gleicher Weise nachkommen wie einer Einlageverpflichtung oder einer Haftung nach § 176 HGB.[2254] Zudem kann für eine aktuelle Minderung der Leistungsfähigkeit durch ein abstraktes Haftungsrisiko die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beurteilung dinglicher Sicherheiten ins Feld geführt werden. Danach wirken sich dingliche Belastungen auf dem Grundbesitz einer Person grundsätzlich mindernd auf deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aus.[2255] Der Bundesgerichtshof berücksichtigt insoweit auch die bankübliche Praxis.[2256] Meines Erachtens besteht kein substanzieller Unterschied zwischen einer Real- und einer Personalsicherheit, der eine abweichende Behandlung rechtfertigen würde. Mithin werden beide Haftungsübernahmen als aktuelle Belastung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eingestuft.[2257]

Auch der Umstand, dass der Vorteil der beschränkten Haftung insoweit erhalten bleibt, als mit der Übernahme persönlicher Sicherheiten das Haftungsrisiko überschaubar bleibt,[2258] steht meines Erachtens einer Berücksichtigung der persönlichen Sicherheiten nicht entgegen. Allein die Bestimmbarkeit der Haftung führt nicht zu einem diesbezüglich geminderten Haftungsrisiko.

Es sollte darüber nachgedacht werden, nach dem Vorbild der USA eine Haftungsberücksichtigung von einem Regressverzicht abhängig zu machen respektive Regressansprüche, mit Ausnahme derer gegenüber der Gesellschaft, haftungsmindernd zu berücksichtigen. Die Außerachtlassung eines Regressanspruches gegenüber der Gesellschaft wird von dem wirtschaftlichen Gedanken getragen, dass dieser im Haftungsfall regelmäßig

---

2253 Zur Haftung aufgrund einer überschießenden Haftsumme: § 171 Abs. 1 HGB; zur Haftung wegen Geschäftsaufnahme vor Eintragung: § 176 HGB; zur Bürgschaftshaftung: § 765 Abs. 1 BGB; vgl. auch *von Beckerath*, in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. C 81 ff.

2254 Zur Berücksichtigung der Außen- wie der Innenhaftung auch: *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9, 36, 38; *Reiß*, in: Wassermeyer (Hrsg.), Grundfragen der Unternehmensbesteuerung (1994), 3, 11 f.

2255 BGH, Urteil v. 14.05.2002 – XI ZR 50/01, BGHZ 151, 34 (Tz. 15).

2256 BGH, Urteil v. 14.05.2002 – XI ZR 50/01, BGHZ 151, 34 (Tz. 15).

2257 Zur handelsrechtlichen Haftung als Ausdruck einer (aktuellen) wirtschaftlichen Belastung auch: BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18).

2258 *Röder*, RabelsZ 2014, 109, 126 f., zum Vorteil der beschränkten Haftung bei Kapitalgesellschaften.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(nahezu) wertlos sein wird. Allerdings steht dem Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern oder etwaigen anderen Sicherungsgebern ebenfalls ein (anteiliger) Regressanspruch zu, für den nicht der gleiche Automatismus der Wertlosigkeit gilt. Um zu gewährleisten, dass dem Gesellschafter nur in der Höhe seines tatsächlichen Haftungsrisikos ein Verlustausgleichsvolumen zusteht, sollten auch im deutschen Steuerrecht Regressansprüche haftungsmindernd berücksichtigt werden.

Auch der Einwand der Steuervereinfachung kann meines Erachtens die Nachteile der Nichtberücksichtigung von Bürgschaften und anderen Haftungstatbeständen nicht aufwiegen. Insbesondere der Verweis, es müsse geprüft werden, „ob der Bürge nach Ablauf des Veranlagungszeitraums, in dem er Verluste über den Betrag seiner Einlage hinaus steuermindernd verrechnet hat, aus der Bürgschaft entlassen worden ist", und „[i]st das der Fall, müßte grundsätzlich die frühere Verlustverrechnung wieder rückgängig gemacht werden", greift meines Erachtens nicht durch. Die gleichen Probleme treten im Zusammenhang mit einer Einlage und einer anschließenden Einlageminderung beziehungsweise einer Haftungserhöhung im Handelsregister mit anschließender Haftungsminderung auf. Hier wurde das Problem mittels einer Nachversteuerung gemäß § 15a Abs. 3 EStG gelöst. Diese könnte in ihrem Anwendungsbereich auf andere Haftungstatbestände erweitert werden. Auch das Argument, bei jeder Bürgschaft müsse im Einzelfall geprüft werden, ob und in welcher Höhe Regressansprüche bestehen, rechtfertigt meines Erachtens keine andere Beurteilung. Zum einen sind hier die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen nach § 200 AO zu berücksichtigen, zum anderen kann im Rahmen eines gesetzlich fingierten *worst case scenarios* regelmäßig davon ausgegangen werden, dass dem Gesellschafter-Bürgen bei unterstellter Vermögenslosigkeit der Gesellschaft werthaltige Regressansprüche gegenüber den persönlich haftenden Mitgesellschaftern zustehen. Diese mindern sein Haftungsrisiko. Eine Bürgschaftsübernahme führt damit letztlich nur unter Regressverzicht zu einer faktischen Erhöhung des individuellen Haftungsrisikos, mithin des individuellen Verlustausgleichsvolumens. Hinzu kommt, dass auch im Rahmen der überschießenden Außenhaftung nach § 15a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG Aufzeichnungen darüber geführt werden müssen, in welcher Höhe bereits eine Verlustverrechnung stattgefunden hat, da der Betrag nur einmal in Anspruch genommen werden darf.[2259] Die Bildung

2259 BFH, Urteil v. 26.08.1993 – IV R 112/91, BStBl. II 1994, 627 (Tz. 8); R 15a Abs. 3 Satz 7 EStR; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 86; *Bordewin*, DStR 1994, 673, 677.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Fortentwicklung eines Merkpostens ist dem § 15a EStG damit nicht fremd.

Die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen können meines Erachtens auch angeführt werden, um das Argument der einfach nachzuprüfenden Außenhaftung infolge des Handelsregistereintrages zu entkräften. Regelmäßig wird der Steuerpflichtige nicht zögern, Unterlagen wie etwa eine Bürgschaftserklärung, die sein Verlustverrechnungsvolumen belegen, vorzulegen. Im Gegenzug macht er sich der Steuerhinterziehung schuldig, wenn er bewusst Unterlagen zurückhält, die zu einer Nachversteuerung nach § 15a Abs. 3 EStG führen würden.[2260] Da nicht unterstellt werden kann, dass Steuerpflichtige per se Steuerhinterzieher sind, sollte nicht an dem Erfordernis eines Handelsregistereintrages als Kontrollmöglichkeit festgehalten werden.

Zur Steuervereinfachung sollte nach dem Vorbild der USA ein *worst case scenario* für die Ermittlung des individuellen Haftungsrisikos zugrunde gelegt werden.[2261] Hierdurch bleiben Regressansprüche gegenüber der Gesellschaft unberücksichtigt und Regressansprüche gegenüber Mitgesellschaftern werden als werthaltig angesehen. Damit erübrigt sich eine Überprüfung, ob und in welchem Umfang dem einzelnen Gesellschafter tatsächlich ein werthaltiger Regressanspruch zusteht. Zwar kommt es insoweit zu einer Abweichung des tatsächlichen wirtschaftlichen Risikos zum laufenden Verlustausgleich, doch ist diese hinnehmbar. Es handelt sich lediglich um eine Abweichung auf Zeit ohne Definitiveffekt (siehe obiges Beispiel zum lediglich zeitlichen Aspekt des Verlustausgleichsvolumens). Hinzu kommt, dass sich die Abweichung, anders als bei der gänzlichen Außerachtlassung der abstrakten Haftungsrisiken, regelmäßig in einem überschaubaren Rahmen halten wird. Die wirtschaftliche Praxis zeigt, dass im Haftungsfall ein Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft landläufig (nahezu) wertlos ist. Dies lässt jedoch keine Folgeaussage über die Werthaltigkeit der Regressansprüche gegenüber den Mitgesellschaftern zu. Es kann glaubhaft deren Werthaltigkeit unterstellt werden.

Auch dem Einwand der Missbrauchsgefahr, wonach Bürgschaften nur pro forma übernommen werden, die Gefahr der tatsächlichen Inanspruch-

---

2260 § 370 Abs. 1 AO, § 15 StGB; bei mangelndem Vorsatz macht sich der Steuerpflichtige der leichtfertigen Steuerverkürzung nach § 378 AO schuldig.

2261 Siehe zu den einzelnen Fiktionen im *worst case scenario*: D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nahme aber gegen null geht,[2262] kann durch die haftungsmindernde Berücksichtigung von Regressansprüchen entgegengewirkt werden. Zudem kann ins Feld geführt werden, dass durch eine bloße Erhöhung der Einlageverpflichtung ebenfalls das Verlustverrechnungsvolumen erhöht werden kann. Hier kann zumindest die Frage aufgeworfen werfen, ob die Haftungserweiterung nach § 176 Abs. 2 HGB bei einer Ein-Personen-GmbH & Co. KG oder eine Bürgschaftserklärung, die gegenüber einem Dritten erklärt wird, missbrauchsanfälliger sind. Darüber hinaus kommt der Missbrauchsbekämpfung nach dem Bundesverfassungsgericht als Rechtfertigungsgrund im Zusammenhang mit einer Ungleichbehandlung nur ein geringes Gewicht zu.[2263] Dies gilt umso mehr, wenn, wie vorliegend, eine Vielzahl von Fällen betroffen ist und diese signifikant ungleich behandelt werden.[2264]

Daneben könnte zur weiteren Missbrauchsbekämpfung in Anlehnung an des US-Konzept die sogenannte *bottom dollar payment obligation* erwogen werden. In den USA wird hierdurch zum einen verhindert, dass Steuerpflichtige eine weite Definition der *bottom dollar payment obligations* zur künstlichen Generierung einerseits von *recourse*, andererseits von *nonrecourse* Verbindlichkeiten ausnutzen könnten („*heads we win, tails you lose*“).[2265] So wird unter anderem verhindert, dass durch Bürgschaften oder ähnliche haftungsbegründende Tatbestände begrenzt auf den „*bottom dollar*“ einer Verbindlichkeit das wirtschaftliche Risiko auf dem Papier zwar erhöht, ein tatsächliches Verlustrisiko aber minimal gehalten wird. Ausgangspunkt muss daher zunächst die Frage sein, ob in Deutschland die gleichen Missbrauchsgefahren bestehen oder ob eine solche Regelung für Deutschland entbehrlich ist. Im Gegensatz zu den USA besteht in Deutschland für sogenannte *nonrecourse* Verbindlichkeiten ein Bilanzierungsverbot.[2266] Der Charakter als *nonrecourse* Verbindlichkeit ändert sich

---

2262 BT-Drs. 8/3648, S. 17; auch der BFH, Urteil v. 10.07.2001 – VIII R 45/98, BStBl. II 2002, 339 (Tz. 29), äußert Bedenken, soweit er ausführt: „bei einer Vereinbarung mit einem fremden Dritten ist anzunehmen, dass dieser seine Rechte auch geltend machen wird. Das gilt jedoch nicht ohne weiteres auch bei gesellschaftsvertraglich oder schuldrechtlich begründeten Ausgleichsansprüchen unter Mitgesellschaftern. Solche Ansprüche und ihre Realisierung sind dem Grunde nach schwer nachprüfbar und der Höhe nach unsicher“.

2263 *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1110; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 284.

2264 *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1110.

2265 S.o. D.II.2.b.ii Einbeziehung der Haftung.

2266 § 5 Abs. 2a EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch nicht dadurch, dass hierfür eine Bürgschaft erklärt wurde, denn der Charakter einer Verbindlichkeit bestimmt sich nach dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner. Dies hat zur Folge, dass auch eine Bürgschafts- oder andere Haftungsübernahme an einer solchen haftungslosen Verbindlichkeit nicht zu einer Erhöhung des Haftungsrisikos für Zwecke des Verlustausgleichsvolumens führen kann. Dies ist konsequent. Zwar führt die Haftungsübernahme bei dem übernehmenden Gesellschafter auch dann zu einer Erhöhung seines Haftungsrisikos, wenn es sich auf Gesellschaftsebene um eine haftungslose Verbindlichkeit handelt, doch kann eine solche Schuld aufgrund des Passivierungsverbotes nicht zu einem steuerlichen Verlust führen.[2267] Mangels steuerlich relevantem Verlust ist es trotz zivilrechtlicher Haftung folgerichtig, das Verlustausgleichsvolumen insoweit nicht zu erhöhen. Mithin wirken sich in Deutschland derartige Gestaltungsmodelle nicht auf das Verlustausgleichspotential aus und ist eine derartige Missbrauchsgefahr in Deutschland ausgeschlossen, so dass auf die Komplexität und administrativen Belastungen der amerikanischen *bottom dollar payment obligations*-Regelungen gänzlich verzichtet werden kann.

Ebenfalls zur Missbrauchsverhinderung könnte in Betracht gezogen werden (vergleichbar den USA) gewisse Verbindlichkeiten gegenüber nahestehenden Personen aus den für das Verlustausgleichspotential relevanten Verbindlichkeiten herauszunehmen.[2268] Allerdings gilt in Deutschland mit § 41 AO diesbezüglich eine ausreichende Missbrauchsverhinderungsvorschrift. Ist ein Vertrag nach § 41 AO nicht zu ignorieren, ist er im Rahmen des Verlustausgleichs zu berücksichtigen.

Die teilweise von der Literatur angeführte Argumentation für eine Ausweitung des erweiterten Verlustausgleiches auch auf die Fälle der Bürgschaft mit der Begründung, dass auch ein unbeschränkt haftender Gesellschafter, der nach § 128 HGB zwar persönlich und unmittelbar haftet, wirtschaftlich gesehen aber nicht schlechter gestellt sei als ein Bürge, greift meines Erachtens nur, wenn man auch Regressansprüche berücksichtigt. Zwar ist der genannten Ansicht insoweit zuzustimmen, als auch dem persönlich haftenden Gesellschafter ein Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft zusteht (§ 110 HGB), so dass auch dieser letztlich nur insoweit für Gesellschaftsverbindlichkeiten einzustehen hat, wie die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann und auch der Regressanspruch gegenüber den Mitgesellschaftern (§ 426 Abs. 1 BGB) wert-

2267 *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 5 Rz. 315.
2268 § 465(b)(3) IRC.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

los ist. Doch anders als ein ansonsten nur beschränkt haftender Personengesellschafter-Bürge kann sich der persönlich haftende Gesellschafter im Falle der Insolvenz der Gesellschaft nicht vollständig bei seinen Mitgesellschaftern schadlos halten. Mit dem auf ihn entfallenden Haftungsanteil bleibt er wirtschaftlich belastet. Der Bürge kann sich dagegen bei den persönlich haftenden Gesellschaftern in vollem Umfang schadlos halten, sofern diese nicht ihrerseits insolvent sind. Er haftet gegenüber den Gesellschaftern nachrangig.[2269]

Für eine Einbeziehung sämtlicher Haftungstatbestände spricht auch die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen eines vertraglichen Haftungsausschlusses im Rahmen des § 15a Abs. 5 Nr. 2 EStG. Dieser wurde trotz gesellschaftsvertraglicher Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen verneint, da sich ein Teil der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zur Bürgschaftsübernahme verpflichtet hatte und die anderen Gesellschafter erklärten, diese anteilig für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft freizustellen.[2270] Sowohl die Bürgschaft als auch die Freistellungserklärung wurden hier bedacht, um eine dem Kommanditisten vergleichbare beschränkte Haftung zu verneinen. Bei dem Kommanditisten führen solche Erklärungen de lege lata weder zu einem erweiterten Verlustausgleich noch zu einer Unanwendbarkeit des § 15a EStG. Von einer Berücksichtigung sämtlicher Haftungstatbestände würden zudem auch die anderen Unternehmer profitieren, für die mangels Handelsregistereintragung ein erweiterter Verlustausgleich ausgeschlossen ist.

Der Beachtung sämtlicher Haftungstatbestände im Rahmen des Verlustausgleichs stehen auch nicht die Bilanzierungsgrundsätze etwa zur Bürgschaft entgegen. Im Rahmen des Verlustausgleiches soll es nicht um die Frage gehen, wann eine Bürgschaft zu einem Verlust führt, sondern um die Ermittlung des Haftungsrisikos für die Zuteilung der Gesellschaftsverbindlichkeiten an die Gesellschafter zur Ermittlung von deren Verlustausgleichspotential. Es muss daher kein Gleichlauf mit den Bilanzierungsgrundsätzen angestrebt werden. Ein solcher existiert auch bisher nicht in Bezug auf die weiteren Voraussetzungen des erweiterten Verlustausgleichs.

2269 §§ 774, 412, 401 Abs. 1 BGB; *Madaus*, in: Gsell et al., BeckOGK, BGB, § 771 [Stand 09/2020] Rz. 8; zur akzessorischen Haftung der Gesellschafter: *Schäfer*, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, § 714 Rz. 34.

2270 BFH, Urteil v. 25.07.1995 – IX R 61/93, BStBl. II 1996, 128 (Tz. 19); ebenso: BFH, Urteil v. 17.12.1992 – IX R 150/89, BStBl. II 1994, 490 (Tz. 13), der die vergleichbare Haftung trotz Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag aufgrund einer schuldrechtlichen Verpflichtung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ablehnte.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Neben einer folgerichtigen und gleichheitswahrenden Ausgestaltung spricht meines Erachtens auch die Privatautonomie für eine Ausweitung und Berücksichtigung sämtlicher Haftungstatbestände für Zwecke des Verlustausgleichsvolumens.[2271] Nach Annahme des Gesetzgebers beteiligt sich ein Steuerpflichtiger nur deshalb als Kommanditist, um von der begrenzten Haftung zu profitieren.[2272] Jede darüber hinaus vereinbarte Haftung erwecke den Anschein, nicht ernstlich gewollt zu sein.[2273] Hier schränkt der Gesetzgeber die Privatautonomie über Gebühr ein. Er übersieht, dass auch andere Gründe, wie etwa der Ausschluss von der Geschäftsführung und Vertretung oder von bestimmten Kontrollrechten, für eine Stellung als Kommanditist sprechen können.[2274] Sämtliche Kommanditisten unter Generalverdacht zu stellen, ist nicht erforderlich, um „schwarze Schafe" zu erfassen. Diesen kann ausreichend über das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht sowie § 15b EStG begegnet werden.[2275]

Ferner sprechen die Behandlung der ertragsteuerlichen Organschaft sowie der Nießbrauchsbestellung an einem Personengesellschaftsanteil für die Berücksichtigung vertraglicher Haftungsübernahmen. So basiert in beiden Fällen die unmittelbare Verlustzurechnung an den Organträger respektive den Nießbraucher nicht zuletzt auf einer zivilrechtlichen Vereinbarung.[2276] Während im Falle einer Organschaft unter anderem ein Er-

---

2271 Zum Erfordernis einer gleichheitsgerechten und folgerichtigen Ausgestaltung: E.I.2.a Allgemeiner Gleichheitssatz, sowie: E.I.2.c Gebot der Folgerichtigkeit.

2272 *Kempermann*, FR 1998, 248, 250.

2273 *Kempermann*, FR 1998, 248, 250.

2274 Zum Ausschluss von der Geschäftsführung: § 164 HGB, sowie der Vertretung: § 170 HGB; zu den Kontrollrechten: § 166 HGB.

2275 Seit einem Beschluss des Großen Senats des BFH im Jahre 1984 (BFH, Beschluss v. 25.06.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 (Tz. 178 ff.)) ist allein der Wille, Steuern zu sparen, nicht mehr ausreichend, um die Gewinnerzielungsabsicht zu bejahen; zur fehlenden Einkünfteerzielungsabsicht: *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 296; zum Ziel des § 15b EStG, Verlustzuweisungsmodelle einzuschränken: BT-Drs. 16/107, S. 6; *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 422.

2276 Zur unmittelbaren Verlustzurechnung im Rahmen einer Organschaft: s.o. C.I.1.d Parallelen und Unterschiede zur Verlustverrechnung/-berücksichtigung ; zur Verlustzurechnung aufgrund vertraglicher Vereinbarung im Falle eines Nießbrauchs: BFH, Urteil v. 03.12.2015 – IV R 43/13, BFH/NV 2016, 742 (Tz. 36 ff.); *Haep*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 444; *Bode*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG [Stand 12/2018] Rz. 368; *Küspert*, FR 2014, 397, 406; *Schön*, in: Herzig/Günkel/Niemann (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 1996/97 (1997), 45, 73; *von Sothen*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge (2020), § 28 Rn. 172; *Weber/Luther*, ZGR 1973, 45, 70.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gebnisabführungsvertrag gefordert wird, findet im Falle eines Nießbrauchs die Verlustzurechnung grundsätzlich an den Besteller statt, sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde.[2277] Die Verlustzurechnung führt jeweils zu einer entsprechenden Verlustverrechnung bei der Person, der die Verluste zugerechnet wurden. Mithin ist das Abstellen auf vertragliche Vereinbarungen im Rahmen der Verlustzu- und -verrechnung dem deutschen Steuerrecht nicht fremd. Dies zeigt sich spiegelbildlich auch an der negativen Voraussetzung des § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG: Vermögensminderung auf Grund der Haftung nicht durch Vertrag ausgeschlossen. Hier wird eine vertragliche Vereinbarung zur Haftungsreduzierung und damit zur Minderung des Verlustausgleichspotentials berücksichtigt. Entsprechendes sollte für Fälle der Haftungserweiterung gelten.

Von dem Vorschlag eines unbeschränkten Verlustausgleichs für bestimmte Haftungstatbestände eines Kommanditisten nach dem Vorbild des unbeschränkt haftenden Gesellschafters einer KGaA[2278] wird hier Abstand genommen. Es wird vielmehr präferiert, auch den unbeschränkt haftenden Gesellschafter dem Anwendungsbereich der Verlustausgleichsbeschränkung zu unterwerfen, um einen Gleichlauf zwischen dem zivilrechtlichen Haftungsrisiko und dem steuerlichen Verlustausgleich bei allen Gesellschaftern zu erreichen. Es wird vorgeschlagen, nicht auf den unmittelbaren Haftungsumfang abzustellen, sondern nach dem Vorbild der USA das maximale Haftungsrisiko der Gesellschaft, das heißt die Einlagen der Gesellschafter sowie die Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft entsprechend der individuellen Haftung der Gesellschafter, diesen anteilig zuzurechnen. Dieser Betrag spiegelt wirtschaftlich betrachtet das maximale Verlustrisiko eines jeden Gesellschafters und damit sein individualisiertes Haftungsvolumen wider. Dem liegt der Gedanke eines fingierten *worst case scenarios* zugrunde, in dem sämtliche Vermögensgegenstände der Gesellschaft wertlos werden, die Gesellschaft zahlungsunfähig und liquidiert wird, die Verbindlichkeiten sowie Rückstellungen fällig und von den Gesellschaftern entsprechend ihrer zivilrechtlichen Haftung

---

2277 BFH, Urteil v. 03.12.2015 – IV R 43/13, BFH/NV 2016, 742 (Tz. 36 ff.); v. 01.03.1994 – VIII R 35/92, BStBl. II 1995, 241 (Tz. 44 ff.); *Haep*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG [Stand 08/2017] Rz. 444; *Bode*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG [Stand 12/2018] Rz. 368; *Küspert*, FR 2014, 397, 406; *Schön*, in: Herzig/Günkel/Niemann (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 1996/97 (1997), 45, 67, 72; *Weber/Luther*, ZGR 1973, 45, 69 f.

2278 S.o. C.I.1.e Zusammenhang von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beglichen werden.[2279] Dieses Vorgehen ermöglicht zudem, das individuelle Haftungsrisiko konkret zu beziffern und eine Vervielfachung des Haftungs- und damit des Verlustausgleichsvolumens auszuschließen. So wirkt sich eine weitergehende Haftung wie etwa nach § 176 HGB durch eine höhere Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten bei der Ermittlung des individuellen Verlustausgleichsvolumens aus. Die Erweiterung des Verlustausgleiches eines Gesellschafters geht jedoch zwingend mit der Minderung des Verlustausgleichsvolumens eines anderen Gesellschafters einher, da lediglich das maximale Haftungsrisiko der Gesellschaft entsprechend den Haftungsanteilen der Gesellschafter auf diese verteilt wird.

Von der angedeuteten Überlegung, die Einbeziehung einer „indirekten" Verpfändung nach dem Vorbild der USA von einem Ausschließlichkeitserfordernis abhängig zu machen, wird Abstand genommen. Für die Haftung und damit das wirtschaftliche Verlustrisiko ist es unerheblich, ob ein Gesellschafter eine Geld- oder Sacheinlage tätigt. Sämtliche eingelegte Vermögensgegenstände haften als solche für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Auch bei einer Sacheinlage ist dies nicht von einem besonderen Widmungsakt abhängig. Unter Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten ist es daher nicht gerechtfertigt, an die Berücksichtigung einer Sacheinlage höhere Anforderungen zu stellen als an eine Geldeinlage. Im Gleichlauf mit den handelsrechtlichen Regelungen und angelehnt an das US-amerikanische Recht sollte jedoch eine Berücksichtigung maximal in Höhe des Verkehrswertes der Sacheinlage respektive im Falle einer „direkten" Verpfändung des Sicherungsgutes erfolgen. Wirtschaftlich betrachtet geht der Gesellschafter nur insoweit ein Verlustrisiko ein. Zudem wird er handelsrechtlich nur insoweit von seiner Haftung befreit.[2280]

Fraglich ist, wie die US-amerikanische Behandlung von Verlusten aus *S-Corporations* für Deutschland zu bewerten ist. De lege lata werden in Deutschland Kapitalgesellschaften nicht transparent besteuert, so dass eine unmittelbare Verlustzurechnung an die Gesellschafter grundsätzlich entfällt. Es kann sich jedoch die Frage stellen, ob das US-amerikanische Vorbild für den Verlustausgleich eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters einer KGaA fruchtbar gemacht werden kann, respektive für den Fall, dass in Zukunft auch in Deutschland – in Fortentwicklung des zum 1. Januar 2022 eingeführten Optionsrechts für Personenhandels- und Partnerschafts-

2279 Siehe zu den einzelnen Fiktionen im *worst case scenario*: D.I.2.a.ii(4) Bestimmung der persönlichen Haftung für die Zurechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten.

2280 Statt vieler: *Schmidt*, in: MüKo HGB, 4. Auflage 2019, §§ 171, 172 Rz. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesellschaften[2281] – ein Optionsrecht für Kapitalgesellschaften eingeführt werden sollte. Meines Erachtens ist eine dem § 1366(d) IRC vergleichbare Regelung für Deutschland nicht opportun. Auch bei dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer KGaA beziehungsweise bei einer de lege ferenda transparent besteuerten Kapitalgesellschaft sollte sich der Verlustausgleich an dem individuellen Haftungsrisiko des einzelnen Gesellschafters orientieren. Dieses steigert sich unabhängig von der Gesellschaftsform, soweit der Gesellschafter eine zusätzliche Haftung, etwa eine Bürgschaft übernimmt. Hier gilt es jedoch, die handelsrechtlichen Unterschiede zwischen einer Personen- und einer Kapitalgesellschaft zu beachten. Während dem Bürgen einer Personengesellschaftsverbindlichkeit bei Liquidation der Gesellschaft ein Regressanspruch gegenüber den Gesellschaftern zusteht, ist dies bei einer Bürgschaft für eine Kapitalgesellschaftsverbindlichkeit aufgrund der haftungsrechtlichen Abschirmwirkung der Kapitalgesellschaft nicht der Fall.

iii. Berücksichtigung einer Haftungsbeschränkung

Im Gegensatz zu Deutschland werden in den USA vertragliche und andere Haftungsausschlüsse nicht nur für den Fall einer noch ausstehenden Einlage oder einer Nachschusspflicht haftungsmindernd berücksichtigt, sondern auch für eine bereits erbrachte Einlage. Hat sich ein Gesellschafter gegen den Verlust abgesichert, ist sein Haftungsrisiko und damit sein Verlustausgleichspotential gemindert. Eine entsprechende Regelung ist auch für Deutschland empfehlenswert. Soweit ein Gesellschafter gegen eine Inanspruchnahme aus seiner Haftung abgesichert ist, reduziert sich sein Haftungsrisiko. Insoweit ist seine Leistungsfähigkeit nicht gemindert. Dies gilt unabhängig davon, welches Haftungsrisiko abgesichert wird. Mithin sollten die negativen Voraussetzungen des § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG („Vermögensminderung auf Grund der Haftung nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich") auf sämtliche Haftungstatbestände, mithin auch auf die bereits erbrachte Einlage ausgeweitet werden.

2281 § 1a KStG i.d.F. des KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Tätigkeits- oder beteiligungsbezogene Betrachtung des Verlustausgleichs

Wie oben[2282] bereits dargestellt, unterscheiden sich in den USA die Verlustverrechnungsbeschränkungen der §§ 704(d), 1366(d) IRC sowie § 465 IRC unter anderem anhand des Verlustverrechnungskreises. Während § 704(d) IRC sowie § 1366(d) IRC das Verlustausgleichsvolumen je Gesellschaftsbeteiligung bestimmen, ermittelt sich das Verlustausgleichsvolumen für Zwecke des § 465 IRC je Tätigkeit. Demgegenüber sieht § 469 IRC, allerdings ganz ohne Bestreben, den Verlustausgleich und die Haftung in Einklang zu bringen, ein Zusammenfassen mehrerer Kommanditbeteiligungen zu einer Tätigkeit vor. Denkbar wäre, auch in Deutschland einen neuen Beschränkungsrahmen für die Verknüpfung von zivilrechtlicher Haftung und Verlustausgleich zu definieren.

a. Deutschland

§ 15a EStG stellt für die Verknüpfung der zivilrechtlichen Haftung zum Verlustausgleich auf die Gesellschaftsbeteiligung als eine isolierte Einkunftsquelle ab. Für jede Gesellschaftsbeteiligung, das heißt Einkunftsquelle, ist der Verlustausgleich gesondert zu ermitteln. Ein beteiligungsübergreifendes Verlustausgleichsvolumen scheidet ebenso aus wie verschiedene Verlustausgleichsvolumina für Zwecke ein und derselben Gesellschaftsbeteiligung.

b. USA

§ 704(d) IRC und § 1366(d) IRC stellen ebenso wie Deutschland für die Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens auf die Gesellschaftsbeteiligung als Verlustverrechnungseinheit ab. Im Gegensatz hierzu bezieht sich der *amount at risk* auf die einzelne Tätigkeit, an der ein Steuerpflichtiger beteiligt ist. Übt eine Gesellschaft verschiedene Tätigkeiten in diesem Sinne aus, sind neben einer einheitlichen *adjusted out-side basis* verschiedene *amounts at risk* für den Gesellschafter zu ermitteln. Die Tätigkeiten der Gesellschaft werden dann zu einer Tätigkeit zusammengefasst, wenn es sich dabei um Handel oder Gewerbe (*trade or business*) handelt und der

2282 D.II.2 Bestimmung des Verlustausgleichsvolumens – technische Anknüpfung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesellschaftsverlust zu mindestens 65 % Personen zugewiesen wird, die aktiv an der Geschäftsführung des Handels oder Gewerbes beteiligt sind.[2283] Die Gesellschaftsbeteiligung als solche wird nicht automatisch als eine einheitliche Tätigkeit des Gesellschafters bewertet. Die Finanzverwaltung hat jedoch die Möglichkeit, weitere Ausnahmen oder zusätzliche Fälle, in denen es zu einem Zusammenschluss unterschiedlicher oder der Trennung einer vormals einheitlichen Tätigkeit kommt, zu erlassen.[2284]

Konträr dazu erlaubt § 469 IRC unter Umständen das Zusammenfassen von unterschiedlichen Tätigkeiten eines *Limited Partners* respektive Gesellschafters einer *Partnership* oder *S-Corporation*.[2285] Ein Steuerpflichtiger, der als *Limited Partner* an einer Tätigkeit beteiligt ist, kann diese ausnahmsweise mit anderen Tätigkeiten zusammenfassen, wenn es sich um Tätigkeiten der gleichen Art handelt und eine angemessene wirtschaftliche Einheit (*appropriate economic unit*) vorliegt.[2286] Die angemessene wirtschaftliche Einheit ist anhand der Tatsachen und Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei die *Treasury Regulations* fünf Kriterien aufgestellt haben, denen jedenfalls eine indizielle Wirkung zukommt.[2287] Daneben gilt: Fallen in der Gesamttätigkeit einer *Partnership* oder *S-Corporation* mehrere unterschiedliche Tätigkeiten zusammen, kann der Gesellschafter diese nach den allgemeinen Regeln mit anderen Tätigkeiten zusammenfassen, die er direkt oder über eine andere *Partnership* oder *S-Corporation* ausübt.[2288] Er kann jedoch nicht durch die Gesellschaft zusammengefasste Tätigkeiten separat behandeln.[2289]

c. Wertung

Meines Erachtens ist eine separate Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens je Tätigkeit innerhalb einer Gesellschaftsbeteiligung für Deutschland nicht empfehlenswert. Eine Aufteilung der Gesellschaftsgewinne und -verluste auf die einzelnen Tätigkeitsbereiche würde zu einer unnötigen Verkomplizierung der Verlustverrechnung führen beziehungsweise

2283 Treas. Reg. § 1.465(c)(3)(B), (2)(B)(ii); s.o. D.I.2.c.ii(3) Bestimmung des Tätigkeitsumfanges.
2284 S.o. D.I.2.c.ii(3) Bestimmung des Tätigkeitsumfanges.
2285 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(3)(i); s.o. D.I.2.d.ii(2)(b) *Activity*.
2286 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(3)(i); s.o. D.I.2.d.ii(2)(b) *Activity*.
2287 Treas. Reg. § 1.469-4(c)(2); s.o. D.I.2.d.ii(2)(b) *Activity*.
2288 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(3)(i); s.o. D.I.2.d.ii(2)(b) *Activity*.
2289 Treas. Reg. § 1.469-4(d)(3)(i); s.o. D.I.2.d.ii(2)(b) *Activity*.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese praktisch unmöglich machen.[2290] Auch die US-amerikanischen Regelungen zur Frage, wann eine einheitliche Tätigkeit oder verschiedene Tätigkeiten vorliegen, sowie die zusätzliche Ministererlaubnis machen die Bedeutung und Schwierigkeiten der Tatsachenermittlung und -bewertung deutlich. Hinzu kommt, dass ein Gesellschafter nicht an einzelnen Tätigkeiten der Gesellschaft, sondern an der Gesellschaft als solcher beteiligt ist und für die Gesellschaftsverbindlichkeiten generell und nicht tätigkeitsbezogen einzustehen hat. So hat ein Kommanditist handelsrechtlich Gewinne, gleich aus welcher Gesellschaftstätigkeit, zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos stehen zu lassen, unabhängig davon, aus welcher Gesellschaftstätigkeit das negative Kapitalkonto resultiert.[2291] Eine Unterteilung in verschiedene Tätigkeiten innerhalb einer Gesellschaftsbeteiligung würde mithin dem angestrebten Gleichlauf von Verlustausgleich und zivilrechtlicher Haftung widersprechen.

Auch eine Ausdehnung des Ermittlungsrahmens auf unterschiedliche Kommandit- respektive Gesellschaftsbeteiligungen eines Steuerpflichtigen oder das Zusammenfassen der Gesellschaftsbeteiligung mit einer als Einzelunternehmer ausgeübten Tätigkeit (unter ähnlichen Voraussetzungen wie in den USA) wird abgelehnt. Hiergegen spricht wiederum der angestrebte Gleichlauf von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung. Dieser würde bei einer derartigen Ausweitung des Verlustverrechnungskreises durchbrochen. Ein Steuerpflichtiger haftet mit einem positiven Kapitalkonto einer Kommandit- respektive Gesellschaftsbeteiligung nicht für Verluste aus einer anderen Gesellschaftsbeteiligung oder für solche aus seinem Einzelunternehmen. Damit steht einer Übernahme der US-amerikanischen Regelung auch das Leistungsfähigkeitsprinzip entgegen.

4. Folgen einer Einlage- oder Haftungsminderung

Noch bevor Deutschland überhaupt eine Vorschrift zur Verlustverrechnungsbeschränkung im Zusammenhang mit beschränkt haftenden Gesell-

---

2290 Vgl. auch zur praktischen Unmöglichkeit, separate fiktive Kapitalkonten für jede Einkunftsart einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft zu führen: BFH, Urteil v. 02.09.2014 – IX R 52/13, BStBl. II 2015, 263 (Tz. 14); v. 15.10.1996 – IX R 72/92, BStBl. II 1997, 250 (Tz. 15).

2291 § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB; vgl. auch *Engel*, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 397.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaftern eingeführt hatte, sahen die USA bereits die Gefahr von kurzfristigen Einlagen und Haftungserweiterungen zur Generierung von Verlustausgleichspotential. Um Missbrauch in diesem Bereich zu verhindern, führten die USA 1978 eine Regelung zur Nachversteuerung ein.[2292] Diese Vorschrift fungierte als Vorbild für die deutsche Regelung zur Behandlung einer Einlage- oder Haftungsminderung. Die Gesetzesbegründung weist diesbezüglich ausdrücklich darauf hin, dass „eine vergleichbare Regelung […] auch das US-amerikanische Recht in section 465 des Internal Revenue Code"[2293] enthält. Vor diesem Hintergrund lohnt sich eine Gegenüberstellung insbesondere bezüglich der Regelungstechnik beider Vorschriften.

a. Deutschland

In Deutschland können sowohl eine Einlage- wie auch eine Haftungsminderung den Nachversteuerungstatbestand auslösen.[2294] Liegen die weiteren Voraussetzungen vor, kommt es zu einer außerbilanziellen Gewinnhinzurechnung sowie in gleicher Höhe zu einem verrechenbaren Verlust.[2295] Eine Auswirkung auf das Kapitalkonto ergibt sich hierdurch nicht. Der hinzuzurechnende Gewinn ist im Falle der Einlageminderung auf die Verlustanteile des Kommanditisten, die im Jahr der Einlageminderung sowie den vorangegangenen zehn Jahren ausgleichs- oder abzugsfähig waren, begrenzt.[2296] Für den Fall der Haftungsminderung gilt dies sinngemäß, jedoch vermindert um aufgrund der Haftung tatsächlich geleistete Beträge.[2297]

Der Hinzurechnungsgewinn steht weder für eine Verlustverrechnung mit vorhandenen verrechenbaren Verlusten der Vorjahre noch mit den im Rahmen der Nachversteuerung neu hinzugekommenen verrechenbaren Verlusten zur Verfügung.[2298]

2292 § 465(e) IRC; s.o. D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.
2293 BT-Drs. 8/3648, S. 17.
2294 § 15a Abs. 3 Satz 1 EStG sowie § 15a Abs. 3 Satz 3 EStG.
2295 § 15a Abs. 3 Satz 4 EStG, siehe zudem ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen: D.I.1.b.vi Folgen einer Einlage- und einer Haftungsminderung nach § 15a Abs. 3 EStG.
2296 § 15a Abs. 3 Satz 2 EStG.
2297 § 15a Abs. 3 Satz 3 EStG.
2298 S.o. D.I.1.b.vi Folgen einer Einlage- und einer Haftungsminderung nach § 15a Abs. 3 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. USA

Der Nachversteuerungstatbestand wird in den USA ausgelöst, soweit der *amount at risk* durch eine Ausschüttung, die Umwandlung einer *recourse* in eine *nonrecourse* Verbindlichkeit, den Abschluss einer *stop loss* Vereinbarung oder ähnliches negativ wird.[2299] Ebenso wie in Deutschland sieht auch hier die Norm einen Höchstbetrag für den zuzurechnenden Gewinn vor.[2300] Dieser ergibt sich aus den in den Vorjahren ausgleichsfähigen Verlusten abzüglich der Beträge, die bereits in vorangegangenen Jahren im Rahmen der Nachversteuerungsnorm hinzugerechnet wurden. Eine zeitliche Begrenzung der einzubeziehenden Verluste der Vorjahre sieht die Norm nicht vor. Die Hinzurechnung des Gewinns erfolgt außerhalb der Bilanz, doch innerhalb der Berechnung des *amount at risk*.[2301] Das heißt, der *amount at risk* wird durch den Nachversteuerungsgewinn regelmäßig auf null ausgeglichen. Trotz der Auswirkungen auf den *amount at risk* stellt der Nachversteuerungsgewinn keine laufenden Einnahmen in dem Sinne dar, dass er mit vortragsfähigen Verlusten verrechnet werden könnte.[2302]

Im Umfang des Nachversteuerungsgewinns werden dem Steuerpflichtigen Abzüge zugesprochen, die er in späteren Jahren ausgleichen kann, soweit sein *amount at risk* steigt.[2303]

c. Wertung

Die Gegenüberstellung verdeutlicht die Verwandtschaft der beiden Regelungen. Die Vorbildfunktion des § 465 IRC und die Parallelen sind evident. Beide Regelungen sehen neben einem in seiner Höhe beschränkten Hinzurechnungsgewinn eine Umqualifikation von bisher ausgleichsfähigen in künftig verrechenbare Verluste vor. Auch schreiben beide Vorschriften dem Hinzurechnungsgewinn keine Ausgleichsfähigkeit mit dem verrechenbaren Verlust zu.

Es bestehen jedoch zwei augenscheinliche Unterschiede. Zunächst sieht die deutsche Regelung eine zeitliche Beschränkung für den maximalen

---

2299 Durch einen Verlust kann der *amount at risk* hingegen nicht negativ werden, s.o. D.I.2.c.ii(4)(f) Negativer *amount at risk*.

2300 § 465(e) IRC; s.o. D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.

2301 *Willis/Postlewaite/Alexander*, Partnership Taxation (2020), 7.09[5].

2302 S. Rep. 96-498 (1979), 316, 354; *Cameron/Manning*, Federal taxation of property transactions (2012), S. 880.

2303 § 465(e)(1)(B) IRC; s.o. D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinzurechnungsbetrag vor. Hier werden nur die ausgleichsfähigen Verluste aus dem Jahr der Einlage- respektive Haftungsminderung sowie den vorangegangenen zehn Jahren berücksichtigt. Ein darüber hinausgehender Berücksichtigungszeitraum stünde im Widerspruch zu den steuerlichen wie auch den handelsrechtlichen Aufbewahrungsfristen und wäre unangemessen.[2304] Zu überlegen wäre, den Berücksichtigungszeitraum in Deutschland weiter zu reduzieren, ohne hierdurch jedoch (größere) Einbußen bei der Missbrauchsvermeidung einzugehen. Hier könnte ein Gleichlauf mit der Nachhaftungsfrist in § 160 HGB von fünf Jahren in Betracht gezogen werden. Diese wird insbesondere dann relevant, wenn der Anwendungsbereich der Verlustverrechnungsbeschränkungsnorm auf unbeschränkt haftende Gesellschafter erweitert wird und de lege ferenda auch ein Wechsel der Gesellschafterstellung hin zum beschränkt haftenden Gesellschafter unter die Haftungsminderung zu subsumieren ist. Es ist jedoch zu beachten, dass keinerlei Korrelation zwischen den beiden Zeiträumen herrscht: Während der Nachversteuerungszeitraum in die Vergangenheit blickt, richtet sich der Nachhaftungszeitraum in die Zukunft. Es wird vielmehr mit dem „Alter" der Verbindlichkeit die Wahrscheinlichkeit steigen, dass sie von der Nachhaftung erfasst wird. Es könnte allerdings aus Gründen der Vereinfachung und des Bürokratieabbaus eine Reduzierung erwogen werden. Jedoch steigt mit jeder Zeitraumverkürzung die Missbrauchsanfälligkeit.

Darüber hinaus unterscheiden sich die beiden Normen in ihren Auswirkungen auf den Anknüpfungsgegenstand zur Berechnung des künftigen Verlustausgleichsvolumens. Dies zeitigt insbesondere Folgen für die sich anschließende Frage nach der Behandlung von Einlagen und Haftungserweiterungen.[2305] Während in Deutschland der Nachversteuerungsgewinn außerbilanziell hinzugerechnet wird und damit keine Auswirkungen auf das Kapitalkonto und die künftige Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens hat, wird er in den USA zwar ebenfalls außerhalb der Bilanz und damit ohne Auswirkung auf die *basis* im Sinne des § 704(d) IRC beziehungsweise § 1366(d) IRC hinzugerechnet, doch führt er zu einem Ausgleich

2304 Sowohl nach § 147 Abs. 3 Satz 1 AO als auch nach § 257 Abs. 4 HGB beträgt die Aufbewahrungsfrist für Bücher und Buchungsbelege 10 Jahre. Sie beginnt übereinstimmend mit dem Schluss des Kalenderjahres, in dem die letzte Eintragung in das Buch gemacht oder der Buchungsbeleg entstanden ist, § 147 Abs. 4 AO, § 257 Abs. 5 HGB.

2305 Siehe hierzu sogleich: D.II.5 Auswirkungen vorweggenommener sowie nachträglicher Einlagen.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des negativen *amount at risk*.[2306] Künftige Einlagen und Haftungserweiterungen führen folglich zu einem positiven *amount at risk*.[2307]

5. Auswirkungen vorweggenommener sowie nachträglicher Einlagen

Wie bereits im Länderbericht dargestellt, lösten insbesondere die vorweggenommenen Einlagen in Deutschland einen erheblichen Diskurs zwischen Rechtsprechung, Literatur und Finanzverwaltung aus. Dieser schien nach der Korrekturposten-Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, der sich schließlich auch die Finanzverwaltung anschloss, geklärt, bis der Gesetzgeber dieser mit Einführung des § 15a Abs. 1a EStG eine klare Absage erteilte.[2308] In den USA birgt die Behandlung der Einlagen hingegen kein Konfliktpotential, weswegen eine Gegenüberstellung besonders lohnend ist.

a. Deutschland

Neben der Behandlung der vorweggenommenen Einlagen ist auch auf die Behandlung der nachträglichen Einlagen einzugehen.[2309] Letztere ist weitaus weniger problematisch. Zwar würden manche Stimmen in der Literatur aus systematischen oder verfassungsrechtlichen Erwägungen der nachträgliche Einlage gerne die Wirkung einer Umqualifikation von vorhandenen verrechenbaren Verlusten zuschreiben,[2310] doch bestand bereits vor Einführung des § 15a Abs. 1a EStG insoweit (weitestgehend) Einigkeit, als sowohl der Gesetzeswortlaut als auch der gesetzgeberische Wille einer hierfür nötigen analogen Anwendung des § 15a Abs. 3 EStG entgegenste-

2306 Zur Unbeachtlichkeit des Nachversteuerungsgewinns für die *basis* eines Personengesellschaftsanteils: *Willis/Postlewaite/Alexander*, Partnership Taxation (2020), 7.09[5].

2307 S.o. D.II.5.b USA.

2308 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

2309 Zur Begriffsbestimmung: s.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

2310 So etwa: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *von Beckerath,* in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. A 301 ff.; *Groh*, DB 1990, 13, 16 f.; *Sieker*, FR 1988, 453 ff.; *Lempenau*, StuW 1981, 235, 244; *Eggesiecker/Eisenach/Schürner,* FR 1981, 13, 14; a.A.: *Wacker,* in: Crezelius/Hirte/Vieweg (Hrsg.), FS für Volker Röhricht (2005), 1079, 1088, der dies sogar als unstreitig hinstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen.[2311] Es mangelte damit insoweit schon an einer planwidrigen Regelungslücke.[2312]

Nachdem die Praxis auch insofern einen Konsens fand, als vorweggenommene Einlagen insoweit künftiges Verlustausgleichspotential begründen sollten, soweit hierdurch ein negatives Kapitalkonto ausgeglichen wurde, vollzog der Gesetzgeber mit Einführung des § 15a Abs. 1a EStG einen Paradigmenwechsel, ohne auf die vorherrschende entgegengesetzte Praxis einzugehen.[2313] De lege lata führen weder nachträgliche Einlagen zu einer Umqualifikation eines vorhandenen verrechenbaren Verlustes noch vorweggenommene Einlagen zu neuem Verlustausgleichspotential. Diese Behandlung führt zu einer Ungleichbehandlung vorweggenommener sowie nachträglicher Einlagen gegenüber zeitkongruenten Einlagen, aber auch zu einer Ungleichbehandlung der vorweggenommenen Einlagen zu einer Haftungserweiterung nach § 171 Abs. 1 HGB. Legt man die Argumentation des BFH im Rahmen der Korrekturposten-Rechtsprechung zu Grunde, begründet § 15a Abs. 1a EStG einen Verfassungsverstoß.[2314]

Dem Gesetzgeber ist gleichwohl anzurechnen, dass auch § 15a Abs. 1a EStG nicht zu einem endgültigen Untergang von Verlusten führt. Im Unterschied zu der Korrekturposten-Praxis wird der Verlustausgleich zeitlich „lediglich" aufgeschoben.[2315] Während die Bildung eines Korrekturpostens einen zeitnahen Verlustausgleich ermöglicht, findet ein solcher nach § 15a Abs. 1a, Abs. 2 Satz 2 EStG erst mit Aufgabe respektive Veräußerung des Gesellschaftsanteils statt.[2316]

2311 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 28 f.); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; a.A.: *Groh*, DB 1990, 13, 16 f.

2312 BFH, Urteil v. 14.12.1995 – IV R 106/94, BStBl. II 1996, 226 (Tz. 29); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31.

2313 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a; *Heuermann*, NZG 2009, 321, 321.

2314 So auch: *Heuermann*, NZG 2009, 321, 324; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 117; *Wacker*, DStR 2009, 403, 405 f.; *Wendt*, Stbg 2009, 1, 4 f.; *Nacke*, StuB 2009, 55, 59; *Nacke*, DB 2008, 2792, 2796; *Nacke*, DB 2008, 1396, 1398.

2315 *Wacker*, DStR 2009, 403, 405.

2316 U.a. *Heuermann*, NZG 2009, 321, 324, der hierzu ein Beispiel bildet.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. USA

In den USA stellt sich die Problematik nicht dergestalt. Dies liegt in der Regelungstechnik der Verlustverrechnungsbeschränkungsnormen begründet.[2317] Weder die *adjusted outside basis* noch der *amount at risk* können negativ werden. Die *basis* für Zwecke des § 704(d) IRC setzt sich aus dem Kapitalkonto und den anteiligen Werten an den Passiva der Gesellschaft zusammen.[2318] Dieser Wert kann schon bilanztechnisch nicht negativ werden. Entsprechendes gilt für die *basis* im Rahmen des § 1366(d) IRC.[2319] Sollte die *basis* durch Verluste aufgebraucht sein, beträgt sie schlicht null und Verluste sind bis zu einer Erhöhung der *basis* nicht ausgleichsfähig.[2320] Der *amount at risk* kann demgegenüber theoretisch durch Entnahmen oder eine Haftungsminderung negativ werden.[2321] Ist dies der Fall, wird in gleichem Umfang ein Nachversteuerungsgewinn ausgelöst, der den *amount at risk* regelmäßig wieder auf null ausgleicht.[2322] Jedwede Einlage führt mithin zu einer positiven *basis* respektive zu einem positiven *amount at risk* und damit zu neuem Verlustausgleichsvolumen. Hiervon profitieren auch die nicht ausgleichsfähigen Verluste der Vorjahre. Diese werden zeitlich unbeschränkt in die Folgejahre übertragen.[2323] In den Worten des § 15a EStG kommt es hier zu einer Umqualifikation von verrechenbaren in ausgleichsfähige Verluste.

c. Wertung

Der Rechtsvergleich zeigt die kontradiktorische Behandlung der Einlagen in den USA sowie Deutschland auf. Die Regelungen in den USA gehen auch über die Korrekturposten-Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs hi-

---

2317 Relevant sind in diesem Zusammenhang ausschließlich die Verlustverrechnungsbeschränkungen nach §§ 704(d), 1366(d) sowie 465 IRC. § 469 IRC stellt demgegenüber allein auf den Umstand ab, ob eine Tätigkeit als passiv klassifiziert. Ist dies der Fall, findet ausschließlich eine Verlustverrechnung mit positiven Einkünften anderer passiver Tätigkeiten statt.

2318 S.o. D.I.2.a.ii(2) Ermittlung der *adjusted outside basis*.

2319 S.o. D.I.2.b.ii(1) *Adjusted basis* an den Aktien und den Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner.

2320 Für § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii Regelung; für § 1366(d) IRC: D.I.2.b.ii Regelung.

2321 S.o. D.I.2.c.ii(4)(f) Negativer *amount at risk*.

2322 S.o. D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.

2323 Für § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii Regelung; für § 1366(d) IRC: D.I.2.b.ii Regelung; für § 465 IRC: D.I.2.c.ii(5) Rechtsfolge.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

naus. Letztere sah für Einlagen zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos ausschließlich die Schaffung neuen Verlustausgleichsvolumens für die Zukunft, nicht aber die Umqualifikation von verrechenbaren in ausgleichsfähige Verluste vor.

Die US-amerikanischen Regelungen führen zu einem erhöhten laufenden Verlustausgleich, während die deutsche Regelung insoweit den Verlustausgleich bis zur Aufgabe respektive Veräußerung des Gesellschaftsanteils aufschiebt. Folglich wirken sich die Regelungen der beiden Jurisdiktionen „lediglich" auf den Zeitpunkt des Verlustausgleiches aus. Insoweit ist es auch nicht überzeugend, wenn in der Gesetzesbegründung zu § 15a Abs. 1a EStG das Ziel formuliert wird, es solle vermieden werden, dass durch Einlagen willkürlich Verlustausgleichsvolumen geschaffen wird. Wie bereits dargestellt, führt die Einlage auch nach der Korrekturposten-Rechtsprechung nicht zu mehr Verlustausgleichspotential, sondern lediglich zu einem zeitlich vorgelagerten Verlustausgleich. Dies könnte den Anschein erwecken, die Behandlung der nachträglichen sowie vorweggenommenen Einlagen verliere an Bedeutung. Eine solche Betrachtung greift jedoch zu kurz. Gerade der zeitnahe Verlustausgleich ist für den Steuerpflichtigen besonders attraktiv und fördert die zur Sanierung oder Stärkung der Eigenkapitaldecke nötige Kapitalzuführung.[2324] Diese gewann speziell zu Zeiten der Finanzkrise an Bedeutung und ist auch Ziel des 2008 eingeführten § 34a EStG.[2325] Durch die Tarifbegünstigung thesaurierter Gewinne soll die Eigenkapitalquote von Personenunternehmen gestärkt werden.[2326] Eine Umqualifikation verrechenbarer Verluste durch nachträgliche Einlagen dient mithin auch der Harmonisierung des Einkommensteuerrechts. Auf dieser Linie befanden sich auch die Empfehlungen der Ausschüsse zum Jahressteuergesetz 2009 in der Bundesrat-Drucksache 545/1/08 vom 9. September 2008 und forderten folglich dessen Streichung. So lautete ihre Begründung:

> „Das ist steuersystematisch nicht nachvollziehbar und wirtschaftspolitisch nicht akzeptabel.
> Denn der Kommanditist einer KG ist zum Nachschuss nicht verpflichtet. Leistet er in Krisenzeiten (d. h. das Kapitalkonto ist bereits negativ)

2324 *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1112; *Heuermann*, NZG 2009, 321, 325.

2325 § 52 Abs. 34 EStG (= § 52 Abs. 48 EStG i.d.F. des UntStReformG 2008); *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 34a Rz. 13.

2326 BT-Drs. 16/4841, S. 32; BR-Drs. 220/07, S. 55; *Reddig,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 34a Rz. 3; *Pohl*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 34a EStG [Stand 04/2017] Rz. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> seiner KG dennoch eine Einlage, sei es, um die Eigenkapitalbasis zu stärken oder die Liquidität zu verbessern, so könnte er diese Einlage nur noch im Jahr der Einlage selbst und auch nur in Höhe des in diesem Jahr entstehenden Verlusts steuerlich geltend machen.
> Die Verstärkung der Liquidität und der Eigenkapitalbasis einer KG in der Krise durch den Kommanditisten ist geeignet, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Aus wirtschaftspolitischer Sicht darf deshalb kein Anreiz gegeben werden, in einem Krisenjahr eine Kapitalzuführung des Kommanditisten lediglich in Höhe des Jahresverlusts steuerlich anzuerkennen. Nach dem Gesetzentwurf wird der übersteigende Betrag (Einlagenüberhang) steuerlich zwar immer noch anerkannt, aber erst bei Verkauf des Kommanditanteils beziehungsweise bei der Schließung des Betriebs.
> Für die KG bedeutet dies, dass der Anreiz für den Kommanditisten, den Insolvenztatbestand der Zahlungsunfähigkeit oder drohenden Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, gemindert wird. Dies ist aus wirtschaftspolitischer Sicht nicht wünschenswert."[2327]

Für eine Umqualifikation von vorhandenen verrechenbaren Verlusten im Falle einer nachträglichen Einlage spricht neben dem Rechtsvergleich und dem steuersystematischen Gleichklang auch die zivilrechtliche Haftung des Gesellschafters. Tätigt ein Gesellschafter zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos eine Einlage, „verliert"[2328] er diese im selben Moment und ist hierdurch wirtschaftlich belastet.[2329] Den bisherigen Argumenten, die gegen eine Umqualifizierung ins Feld geführt werden, könnte im Wege eines Reformvorschlages entgegengetreten werden. So greift das Argument, auch die Haftungserweiterung führe nicht zu einer Umqualifizierung, nicht, wenn auch diese de lege ferenda zu einer Umqualifizierung führt.[2330] Zugleich würde damit dem Argument des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens die Grundlage entzogen. Auch das Argument

---

2327 BR-Drs. 545/1/08, S. 21.

2328 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31.

2329 BFH, Urteil v. 06.03.2008 – IV R 35/07, BStBl. II 2008, 676 (Tz. 26); BGH, Urteil v. 12.07.1982 – II ZR 201/81, BGHZ 84, 383 (Tz. 21); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *von Beckerath,* in: K/S/M, EStG, § 15a [Stand 04/2020] Rz. A 301 ff.; *Groh*, DB 1990, 13, 17; *Lempenau*, StuW 1981, 235, 244; *Eggesiecker/Eisenach/Schürner*, FR 1981, 13, 14.

2330 Für eine entsprechende Anwendung des § 15a Abs. 3 EStG auf Fälle der Einlagen- und Haftungserhöhung auch: *Knobbe-Keuk,* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993), S. 497 f.; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 39; *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1111 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer zusätzlichen Verkomplizierung des Steuerrechts vermag nicht zu überzeugen. Im Rahmen des aktuellen § 15a Abs. 1a, Abs. 2 Satz 2 EStG muss ein Merkposten geführt werden, um im Falle einer Veräußerung oder Aufgabe die maßgeblichen Einlagen beziffern zu können.[2331] Ein solcher Merkposten ebenso wie ein Korrekturposten werden obsolet, wenn die nachträgliche Einlage zu einer Umqualifikation von vorhandenen verrechenbaren Verlusten führt. Zudem macht der aktuelle § 15a Abs. 3 EStG für die Ermittlung und Begrenzung des Hinzurechnungsgewinns ohnehin eine hypothetische Rechnung erforderlich. Diese könnte um die spiegelbildlichen Fälle erweitert werden.

6. Statuswechsel von beschränkt haftendem zu voll haftendem Gesellschafter (und umgekehrt)

Der Begriff „Statuswechsel" umschreibt sowohl den Fall, dass ein beschränkt haftender Gesellschafter in die Stellung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters oder eines Einzelunternehmers wechselt, als auch den spiegelbildlichen Fall. Neben einem reinen Wechsel der Gesellschafterstellung des einzelnen Gesellschafters kann dies durch eine Umwandlung der Gesellschaft oder den Ein- respektive Austritt eines Gesellschafters erfolgen. Letzteres ist etwa der Fall, wenn der vorletzte Gesellschafter austritt und der beschränkt haftende Gesellschafter das Unternehmen als Einzelunternehmen fortführt.

a. Deutschland

Der Statuswechsel wird in § 15a EStG nicht erfasst.[2332] Mithin ergeben sich bezüglich seiner steuerlichen Folgen verschiedene Frage- und Problemstellungen. Diese divergieren je nach Richtung des Statuswechsels. Für den Fall des Statuswechsels hin zu einem unbeschränkt haftenden Steuerpflichtigen werden die Auswirkungen für den bis dahin festgestellten verrechenbaren Verlust diskutiert. Sind diese im Zeitpunkt des Statuswechsels vollumfänglich ausgleichsfähig? Gehen sie ob der Unanwendbarkeit der

2331 Zur Notwendigkeit eines Merkpostens: *Heuermann*, NZG 2009, 321, 325; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; *Kopplin/Maßbaum/Sureth*, WPg 2010, 1203, 1207.

2332 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 15).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Norm auf unbeschränkt haftende Steuerpflichtige gar unter? Während ein Teil der Literatur unter Bezug auf den Sinn und Zweck des § 15a EStG eine Umqualifikation des bis dahin festgestellten verrechenbaren Verlusts vorsieht,[2333] schlägt die herrschende Meinung einen Mittelweg ein.[2334] Demzufolge führt der Statuswechsel zu einer Ausgleichsfähigkeit der festgestellten verrechenbaren Verluste mit künftigen Gewinnen des nunmehr unbeschränkt haftenden Gesellschafters oder Einzelunternehmers.[2335] Begründet wird dies mit einer Schließung der planwidrigen „Regelungslücke im Wege der Rechtsfortbildung durch folgerichtiges ‚Zu-Ende-Denken' der Anordnungen des § 15a EStG, das heißt in Übereinstimmung mit den strukturellen (systematischen) Grundaussagen sowie den tragenden Grundwertungen der Vorschrift und deren Entstehungsgeschichte"[2336]. Auch hier wird zur Begründung unter anderem der Zweck des § 15a EStG, der im Gleichlauf der zivilrechtlichen Haftung als „Ausdruck seiner (aktuellen) wirtschaftlichen Belastung"[2337] mit dem steuerlichen Verlustausgleich gesehen wird, herangezogen. Zusätzlich wird ein Vergleich mit einem Kommanditisten gezogen, der lediglich seine Haftsumme ent-

2333 *Carlé/Carlé,* FR 2001, 829, 831 f.; *Kempf/Hillringhaus*, DB 1996, 12, 13; *Söffing*, DStZ 2008, 175, 176; *Söffing/Wrede*, FR 1980, 365, 373; *Autenrieth*, in: Crezelius et al. (Hrsg.), Steuerrecht und Gesellschaftsrecht als Gestaltungsaufgabe (1996), 7, 13; *Paus*, DStZ 2004, 448, 448 f.

2334 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 14 ff.); v. 12.02.2004 – IV R 26/02, BFH/NV 2004, 1228 (Tz. 25); Beschluss v. 18.01.2007 – IV B 133/06, BFH/NV 2007, 888 (Tz. 7); H 15a EStH „Wechsel der Rechtsstellung eines Gesellschafters" – 1. Spiegelstrich; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 32; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54j; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 261; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 73, 142; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15a Rz. 119; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 159 Fn. 216; *Bordewin/Söffing/Brandenberg*, Verlustverrechnung bei negativem Kapitalkonto (1986), S. 71.

2335 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 13 ff.); v. 12.02.2004 – IV R 26/02, BFH/NV 2004, 1228 (Tz. 25); Beschluss v. 18.01.2007 – IV B 133/06, BFH/NV 2007, 888 (Tz. 7); *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 32; *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54j; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 73; *Wacker,* in: Crezelius/Hirte/Vieweg (Hrsg.), FS für Volker Röhricht (2005), 1079, 1086; *Kempermann*, DStR 2004, 1515, 1516.

2336 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 17).

2337 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprechend der ihm zuzurechnenden Verluste immer wieder erhöht.[2338] Die nachträgliche Haftungserweiterung führt hier ebenfalls nicht zu einer Umqualifizierung der bisher verrechenbaren in nunmehr ausgleichsfähige Verluste.[2339]

Sowohl im Falle des Statuswechsels eines beschränkt haftenden Gesellschafters hin zum persönlich haftenden Gesellschafter oder Einzelunternehmer als auch im umgekehrten Fall stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt der (Un-)Anwendbarkeit des § 15a EStG. Unter Bezugnahme auf das Stichtagsprinzip findet dieser nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung nicht anteilig, sondern bezogen auf das ganze Jahr Anwendung beziehungsweise keine Anwendung.[2340] Maßgebender Zeitpunkt für den Statuswechsel ist der entsprechende Gesellschafterbeschluss.[2341] Der Antrag auf Eintragung oder die Eintragung selbst sind dagegen irrelevant.[2342]

2338 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 19); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 73; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 261.

2339 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 19); *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 73; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 261.

2340 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 81/02, BStBl. II 2004, 118 (Tz. 8 ff.); v. 12.02.2004 – IV R 26/02, BFH/NV 2004, 1228 (Tz. 15 f.); H 15a EStH „Wechsel der Rechtsstellung eines Gesellschafters" – 1. und 2. Spiegelstrich; *Birkemeier*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 15a EStG [Stand 05/2015] Rz. 29 ff.; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 261; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 54j; *Wacker*, in: Crezelius/Hirte/Vieweg (Hrsg.), FS für Volker Röhricht (2005), 1079, 1084 ff.; letzterer argumentiert auch mit der andernfalls nötigen schätzweisen Aufteilung des Gesamtgewinns sowie mit der dann erforderlichen Ermittlung des Kapitalkontos auf den Zeitpunkt des Statuswechsels.

2341 BFH, Urteil v. 12.02.2004 – IV R 70/02, BStBl. II 2004, 423 (Tz. 18, 20); v. 12.02.2004 – IV R 26/02, BFH/NV 2004, 1228 (Tz. 19 f.); H 15a EStH „Wechsel der Rechtsstellung eines Gesellschafters" – 3. Spiegelstrich.

2342 BFH, Urteil v. 12.02.2004 – IV R 70/02, BStBl. II 2004, 423 (Tz. 18); Urteil v. 12.02.2004 – IV R 26/02, BFH/NV 2004, 1228 (Tz. 19 f.); H 15a EStH „Wechsel der Rechtsstellung eines Gesellschafters" – 3. Spiegelstrich; *Söffing*, DStZ 2008, 175, 175.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. USA

Auch in den USA stellt sich die Frage nach den Folgen eines Statuswechsels. Im Gegensatz zu Deutschland differenzieren die US-amerikanischen Verlustverrechnungsbeschränkungen in ihrem persönlichen Anwendungsbereich nicht zwischen beschränkt und unbeschränkt haftenden Gesellschaftern. Allein bei der Ermittlung des konkreten Verlustverrechnungspotentials wirkt sich die Haftung und mit ihr die Gesellschafterstellung aus. Mithin besteht keine Gefahr, die bisher nicht ausgleichsfähigen Verluste könnten infolge der Unanwendbarkeit einer Norm untergehen. Ebenso wie in Deutschland stellt sich jedoch die Frage nach der künftigen Abzugsfähigkeit bisher nicht ausgleichsfähiger Verluste sowie dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Verlustverrechnungsbeschränkung.

Während § 704(d) IRC ausdrücklich auf die *adjusted outside basis* am Ende des Steuerjahres abstellt, spricht § 1366(d) IRC von der *basis „for the taxable year*". Da ein relevanter Statuswechsel bei einer *S-Corporation* regelmäßig mit einem Wechsel hin zu oder weg von einer *Partnership* zusammenhängen wird, kann in der Zusammenschau mit § 704(d) IRC auch hier nur die *basis* zum Ende des Steuerjahres maßgeblich sein. Wie in Deutschland finden die Vorschriften mithin auf das gesamte Jahr Anwendung beziehungsweise keine Anwendung. Gleiches gilt für § 465 IRC, der für die Ermittlung des *amount at risk* ebenfalls auf das Ende des Steuerjahres abstellt.[2343]

Im Rahmen der §§ 704(d) und 465 IRC führt der Statuswechsel hin zur unbeschränkten Haftung regelmäßig zu einer Ausgleichsfähigkeit der bis dahin nicht ausgleichsfähigen Verluste. Dies liegt an der insofern von der deutschen abweichenden Regelungstechnik der nicht ausgleichsfähigen Verluste begründet. Während derartige Verluste in Deutschland ausschließlich mit künftigen Gewinnen (das heißt mit dem positiven Saldo des laufenden Jahres) verrechnet werden dürfen,[2344] werden sie in den USA Jahr für Jahr als laufende Abzüge behandelt, für die die Ausgleichsfähigkeit neu festgestellt werden muss. Steigt die *basis* respektive der *amount at risk*, sind die bis dahin nicht ausgleichsfähigen Verluste als Abzüge des laufenden Jahres nunmehr insoweit ausgleichsfähig. Für einen unterjährigen Wechsel hin zu einem *Limited Partner* werden § 704(d) IRC sowie § 465 IRC wohl, genau wie in Deutschland, auf das gesamte Jahr anzuwenden sein, ohne eine zeitanteilige Ermittlung. Denn beide Vorschriften stel-

2343 S. Rep. 94-938(I) (1976), 3439, 3484.
2344 § 15a Abs. 2 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len – genau wie § 15a EStG – für die Ermittlung der *outside basis* respektive des *amount at risk* auf die Verhältnisse am Ende des Steuerjahres ab.[2345]

Vergleichbares ergibt sich mit Blick auf § 469 IRC.[2346] Aufgrund der nur in wenigen Ausnahmefällen widerlegbaren Vermutung, dass ein *Limited Partner* passive Einkünfte erzielt,[2347] kann ein Statuswechsel zugleich einen Wechsel einer aktiven in eine passive Tätigkeit (oder umgekehrt) zeitigen. Auch hier erfolgt keine zeitanteilige Aufteilung. Vielmehr werden sowohl der passive Verlust als auch die Frage, ob eine Tätigkeit die Schwelle zur aktiven Tätigkeit überschreitet, bezogen auf das gesamte Steuerjahr ermittelt.[2348] Vormals passive Verluste behalten ihren Charakter bei.[2349] Um eine Schlechterstellung des Steuerpflichtigen zu vermeiden, kann er diese jedoch mit den Einnahmen aus der nunmehr aktiven Tätigkeit verrechnen.[2350]

c. Wertung

In Deutschland stützt sich sowohl die herrschende Meinung als auch die Mindermeinung für die Behandlung der festgestellten verrechenbaren Verluste auf den Zweck des § 15a EStG (Gleichlauf der Verlustverrechnung

---

2345 Zu § 704(d) IRC: D.I.2.a.ii Regelung; zu § 465 IRC: D.I.2.c.ii(4)(a) Maßgeblicher Zeitpunkt.

2346 S.o. D.I.2.d.ii(5) Konsequenzen bei Wegfall der passiven Tätigkeit.

2347 S.o. D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.

2348 § 469(d)(1) IRC: „The term ‚passive activity loss' means the amount (if any) by which—
(A) the aggregate losses from all passive activities **for the taxable year** [Herv. d. d. Verf.], exceed
(B) the aggregate income from all passive activities **for such year** [Herv. d. d. Verf.].";
Temp. Regs. § 1.469-1T(e)(1): „Except as otherwise provided in this paragraph (e), an activity is a passive activity of the taxpayer **for a taxable year** [Herv. d. d. Verf.] if and only if the activity -
(i) Is a trade or business activity (within the meaning of paragraph (e)(2) of this section) in which the taxpayer does not materially participate for such taxable year; or
(ii) Is a rental activity (within the meaning of paragraph (e)(3) of this section), without regard to whether or to what extent the taxpayer participates in such activity."

2349 S.o. D.I.2.d.ii(5) Konsequenzen bei Wegfall der passiven Tätigkeit.

2350 S.o. D.I.2.d.ii(5) Konsequenzen bei Wegfall der passiven Tätigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit der handelsrechtlichen Haftung),[2351] jedoch mit unterschiedlichem Ergebnis.[2352]

Hier gilt es die handelsrechtlichen Haftungstatbestände zu beachten. Ein persönlich haftender Gesellschafter, der unterjährig seinen Status hin zu einem beschränkt haftenden Gesellschafter wechselt, haftet nach §§ 171, 172 HGB für Neuverbindlichkeiten fortan beschränkt. Für Altverbindlichkeiten bleibt seine unbeschränkte Haftung über fünf Jahre bestehen (§ 160 Abs. 3 HGB). Da der persönlich haftende Gesellschafter Verluste grundsätzlich unbeschränkt ausgleichen kann, es mithin nicht zu einem Auflaufen an lediglich verrechenbaren Verlusten kommt, ist der Statuswechsel nur für laufende Verluste relevant.[2353] Für eine stichtagsbezogene Betrachtung unter Außerachtlassung des § 160 Abs. 3 HGB sprechen Praktikabilitätsgründe, da andernfalls eine Aufteilung des Verlusts auf den Zeitpunkt des Statuswechsels zu erfolgen hat.[2354] Soll hingegen der Gleichlauf von zivilrechtlicher Haftung und steuerlicher Verlustverrechnung verstärkt in den Mittelpunkt gerückt werden, wäre eine Außerachtlassung der am Bilanzstichtag bestehenden Haftung nach § 160 Abs. 3 HGB inkonsequent. Dies würde eine gesonderte Zuteilung und Fortentwicklung der Altverbindlichkeiten erfordern.

Bei einem Wechsel eines beschränkt haftenden Gesellschafters hin zu einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter ist dagegen die Frage nach der Behandlung „aufgelaufener" Verluste zu klären. Hier ist zu beachten, dass der Gesellschafter nunmehr auch für die Verluste, die während seiner Zeit als Kommanditist angefallen sind, unbeschränkt haftet.[2355] In Konkordanz mit der Behandlung anderer Haftungserweiterungen und nach dem Vorbild der USA sollte auch hier eine Umqualifizierung der festgestellten verrechenbaren Verluste erfolgen.

2351 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 18).
2352 S.o. D.II.6.a Deutschland.
2353 *Sahrmann*, DStR 2012, 1109, 1112.
2354 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 81/02, BStBl. II 2004, 118 (Tz. 15).
2355 § 130 HGB.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

7. Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben

Auch bezüglich des Umgangs mit steuerfreien Einnahmen sowie nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben im Rahmen der Verlustverrechnung lohnt ein Rechtsvergleich.

a. Deutschland

Für die steuerliche Behandlung im Rahmen des § 15a EStG ist zwischen steuerfreien Einnahmen und nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben, die innerbilanziell verbucht und außerbilanziell korrigiert werden, und solchen Beträgen, die ausschließlich außerbilanziell geführt werden (aktuell bei § 7g EStG der Fall), zu unterscheiden.

Hinsichtlich der Auswirkungen steuerfreier Einnahmen sowie nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben in Bezug auf § 15a EStG besteht weitestgehend Einigkeit. Steuerfreie Einnahmen und nicht abzugsfähige Betriebsausgaben sind bilanziell zu verbuchen und erhöhen beziehungsweise mindern das Kapitalkonto sowie das Verlustausgleichspotential.[2356] Bei der Ermittlung des Verlustanteils nach Absatz 1 sowie den Gewinnen nach Absatz 2 soll das nach den steuerlichen Vorschriften ermittelte Ergebnis ausschlaggebend sein.[2357] Ein künftiger steuerbilanzieller Gewinn ist mit-

---

2356 FG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 10.11.1997 – 1 K 1139/94 F, EFG 1998, 195; OFD Frankfurt/M. v. 19.10.2017, DB 2017, 2706, 2706; OFD Berlin v. 29.11.2001, FR 2002, 594; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 75; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 11.

2357 Dies entspricht der teleologischen Auslegung nach *Müller/Dorn*, BB 2014, 1572, m.E. handelt es sich auf Seite 1573 in Tabelle 1, Variante 1 (teleologische Auslegung) bei dem Ausweis des § 15a EStG Kapitalkonto zum 1.1.02 i.H.v. -60 um einen Fehler. Es sollte -100 heißen. Nur so liegt eine Diskrepanz zwischen verrechenbarem Verlust
(-60) und Kapitalkonto (-100) vor. Und nur so führt das StB-Ergebnis in 02 von 100 zu einem Ausgleich des § 15a EStG Kapitalkonto zum 31.12.02 auf 0, wie es auch in der Tabelle ausgewiesen ist; siehe stattdessen auch: *Kopplin/Maßbaum/Sureth*, WPg 2010, 1203, 1205 f. (Übersicht 2 und 3); vertreten wird diese Auffassung u.a. von: FG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 10.11.1997 – 1 K 1139/94 F, EFG 1998, 195; OFD Frankfurt/M. v. 19.10.2017, DB 2017, 2706, 2709; OFD Frankfurt/M. v. 10.08.1998, FR 1998, 964, 964; LfSt Bayern v. 27.10.2015, S 2241 a.2.1 – 10/11 St32; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 11; *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020,

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hin für Zwecke des § 15a Abs. 2 EStG um die steuerfreien Einnahmen zu kürzen. Damit bleibt der verrechenbare Verlust zum Ausgleich steuerpflichtiger Gewinne erhalten.[2358] Für die nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben gilt Spiegelbildliches. Sie erhöhen für Zwecke des § 15a Abs. 2 EStG das steuerbilanzielle Ergebnis. Dieser teleologische Ansatz kann zu einer Abweichung von Kapitalkonto und verrechenbarem Verlust führen.[2359]

Die Diskrepanz von Kapitalkonto und verrechenbarem Verlust sowie der Sinn und Zweck des § 15a EStG veranlassen *Dornheim* zu der Ansicht, dass steuerfreie Einnahmen sowie nicht abzugsfähige Betriebsausgaben, vergleichbar dem Sonderbetriebsvermögen, gänzlich aus dem Anwendungsbereich des § 15a EStG hinausfallen.[2360] Danach bleiben Steuerbefreiungen sowie Abzugsverbote nicht nur bei der Ermittlung des Kapitalkontos (insoweit besteht Einigkeit mit der herrschenden Meinung), sondern auch bei der Ermittlung des Verlustanteils nach Absatz 1 sowie des Gewinns nach Absatz 2 unberücksichtigt.[2361] Die Steuerfreiheit respektive die Abzugsverbote werden vielmehr außerhalb des § 15a EStG nachgezeichnet und führen hier zu einem ausgleichsfähigen Verlust oder einem steuerpflichtigen Gewinn.[2362]

Einen Sonderfall bilden rein außerbilanzielle Korrekturen wie der Investitionsabzugsbetrag nach § 7g EStG. Im Gegensatz zu den steuerfreien Einnahmen und den nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben, die bilanziell erfasst und außerbilanziell korrigiert werden, findet hier keine bilanzielle Buchung statt. Weder die Bildung noch die Auflösung eines Investitionsabzugsbetrages zeitigen Auswirkungen auf das Kapitalkonto und damit das

---

§ 15a Rz. 63; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 15a [Stand 08/2020] Rz. 12; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 169, letzterer lehnt im Rahmen der nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben jedoch die teleologische Auslegung ab; a.A.: *Dornheim*, DStZ 2015, 174, 177 f., der die steuerfreien Einnahmen sowie die nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben – wie das Sonderbetriebsvermögen – einem eigenständigen Verrechnungskreis, losgelöst von § 15a EStG, unterwerfen möchte.

2358 *Reiß/Kretschmer*, DB 1994, 1846, 1847.

2359 Zur teleologischen Ansicht und ihren Folgen: *Müller/Dorn*, BB 2014, 1572, 1572 f.; *Kopplin/Maßbaum/Sureth*, WPg 2010, 1203, 1205.

2360 *Dornheim*, DStZ 2015, 174, 177 ff., mit einigen Beispielen zur Verdeutlichung der Unterschiede zur herrschenden Meinung; diese Ansicht entspricht der grammatischen Auslegung nach *Müller/Dorn*, BB 2014, 1572.

2361 *Dornheim*, DStZ 2015, 174, 177 ff.

2362 *Dornheim*, DStZ 2015, 174, 177 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verlustausgleichsvolumen.[2363] Gleiches gilt für die Ermittlung des Verlustanteils sowie des künftigen ausgleichsfähigen Gewinns.[2364]

b. USA

Wie bereits in Deutschland im Rahmen des Kapitalkontos wirken sich auch in den USA die steuerfreien Einnahmen sowie nicht abzugsfähige Ausgaben sowohl auf die *adjusted outside basis* für Zwecke des § 704(d) IRC und § 1366(d) IRC wie auch den *amount at risk* im Rahmen des § 465 IRC aus.[2365]

Etwas schwieriger ist die Frage für den laufenden Verlust und Gewinn zu beantworten. Die *Treasury Regulations* sehen für § 704(d) IRC ausdrücklich vor, welche Verlust- und Gewinnpositionen in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen.[2366] Es handelt sich dabei grundsätzlich um steuerwirksame Positionen.[2367] Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch Veräußerungsgewinne respektive -verluste in den Anwendungsbereich einbezogen werden.[2368] Dies gilt unabhängig davon, ob sie nach § 1211 IRC (*Limitation on capital losses*) tatsächlich abzugsfähig sind.[2369] § 704(d) IRC ist insoweit vorrangig anzuwenden. Im Rahmen des § 1366(d) IRC ist

---

2363 FG Münster, Urteil v. 28.06.2017 – 6 K 3183/14 F, EFG 2017, 1594 (Tz. 50 f.); v. 15.04.2014 – 1 K 3247/11 F, EFG 2015, 899 (Tz. 41, 46); OFD Frankfurt/M. v. 19.10.2017, DB 2017, 2706, 2709; LfSt Bayern v. 27.10.2015, S 2241 a.2.1 – 10/11 St32; *Meyer*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 7g EStG [Stand 10/2017] Rz. 5; *Schmelter/Suck*, DStR 2011, 1637, 1641; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 55.

2364 FG Münster, Urteil v. 15.04.2014 – 1 K 3247/11 F, EFG 2015, 899 (Tz. 41, 46 ff.); OFD Frankfurt/M. v. 19.10.2017, DB 2017, 2706, 2709; LfSt Bayern v. 27.10.2015, S 2241 a.2.1 – 10/11 St32; *Meyer*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 7g EStG [Stand 10/2017] Rz. 5; *Schmelter/Suck*, DStR 2011, 1637, 1641.

2365 § 705(a)(1)(b) und (2)(B) IRC; §§ 1367(a)(1), 1366(a)(1)(A) IRC, für steuerfreie Einnahmen, sowie Treas. Reg. § 1.1366-2(a)(4)(i) i.V.m. § 1367(a)(2)(D) IRC, für nicht abzugsfähige Ausgaben; Prop. Reg. § 1.465-22(c)(1) und (2). Siehe hierzu auch oben: D.I.2.a.ii(2) Ermittlung der *adjusted outside basis*, D.I.2.b.ii(1) *Adjusted basis* an den Aktien und den Schulden der Gesellschaft gegenüber dem Anteilseigner, sowie: D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2366 Treas. Reg. § 1.704(d)(2); § 704(d)(3)(A) IRC; s.o. D.I.2.a.ii(6) Maßgeblicher Verlust.

2367 § 702(a)(1), (2), (3), (4), (6), (7), (8) IRC.

2368 § 702(a)(1), (2) IRC.

2369 § 702(a)(1) und (2) IRC enthalten keine dahingehende Einschränkung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hingegen zwischen bestimmten steuerfreien Einnahmen und den nicht abzugsfähigen Ausgaben zu differenzieren. Während ausschließlich die abzugsfähigen Ausgaben an die Gesellschafter weitergeleitet werden und im Rahmen des Verlustes nach § 1366(d) IRC eine Rolle spielen, werden ausdrücklich einige bestimmte steuerfreie Einnahmen in den anteiligen Gewinn respektive Verlust bei dem Gesellschafter im Rahmen des § 1366 IRC einbezogen.[2370] Demgegenüber definiert § 465(d) IRC den maßgeblichen Verlust als den Überschuss der zulässigen Abzüge (*allowable deductions*) über die Einnahmen. Im Umkehrschluss werden nur abzugsfähige Ausgaben und wohl auch steuerpflichtige Einnahmen berücksichtigt.[2371] Allerdings gilt es zusätzlich die Normenhierarchie zu beachten. So fließen Veräußerungsverluste (*capital loss*) in den Verlust nach § 465(d) IRC unabhängig davon mit ein, ob sie auch tatsächlich nach § 1211 IRC (*Limitation on capital losses*) abzugsfähig sind.[2372]

c. Wertung

Sowohl in Deutschland als auch den USA wirken sich steuerfreie Einnahmen erhöhend und nicht abzugsfähige Ausgaben mindernd auf das Verlustausgleichsvolumen aus. Demgegenüber werden sie für die Ermittlung des laufenden Verlustes respektive Gewinnes herausgerechnet. Das heißt, das steuerbilanzielle Ergebnis mindert sich um die steuerfreien Einnahmen und erhöht sich um die nicht abzugsfähigen Ausgaben. In den USA gilt es allein für Veräußerungsgewinne nach Anwendung der §§ 704(d), 465 IRC auch noch § 1211 IRC (*Limitation on capital losses*) zu beachten, der zu einem Abzugsverbot in gewisser Höhe führen kann.

2370 Zu der Einbeziehung bestimmter steuerfreier Einnahmen: § 1366(a)(1)(A) IRC, Treas. Reg. § 1.1366-1(a)(2)(viii); zur Berücksichtigung der ausschließlich abzugsfähigen Ausgaben auf Gesellschafterebene: *Jamison*, S Corporation Taxation (2018), S. 894, sowie zu den nicht getrennt berechneten Positionen: § 1366(1)(B) IRC: „*deductions allowed*".

2371 So sind wohl auch *Willis/Postlewaite/Alexander*, Partnership Taxation (2020), 7.03[1] und 7.04[1] zu verstehen, wonach sich der *amount at risk* um den Gewinn/Verlust der Gesellschaft sowie die steuerfreien Einnahmen und Ausgaben erhöht respektive mindert. Wären diese bereits im Gewinn und Verlust der Gesellschaft enthalten, bräuchte es den Zusatz nicht. Zudem ist in ihrem Beispiel von „Taxable income" die Rede.

2372 Prop. Reg. § 1.465-13(a); *Willis/Postlewaite/Alexander*, Partnership Taxation (2020), 7.02[3]; s.o. D.I.2.c.ii(8) Verhältnis zu anderen Vorschriften.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Durch die unterschiedlichen Folgen, die die steuerfreien Einnahmen und nicht abzugsfähigen Ausgaben im Rahmen des Verlustausgleichsvolumens respektive des laufenden Verlusts und Gewinns zeitigen, kann es in Deutschland zu einer Abweichung von Kapitalkonto und verrechenbarem Verlust kommen. In den USA existiert ohnehin kein Gleichlauf. Weder die *adjusted outside basis* noch der *amount at risk* können durch Verluste negativ werden. Würde ein Verlust zu einer negativen *adjusted outside basis* oder einem negativen *amount at risk* führen, ist er schlicht nicht ausgleichsfähig und im nächsten Jahr wieder als Abzug zu behandeln. Das Problem der Diskrepanz zwischen Kapitalkonto und verrechenbarem Verlust stellt sich in den USA mithin nicht.

In den USA könnte eingewandt werden, dass diese im Rahmen des § 465 IRC stärker an das Haftungsrisiko anknüpfen, als dies in Deutschland der Fall ist. Doch auch vor diesem Hintergrund ist die Behandlung der steuerfreien Einnahmen und nicht abzugsfähigen Ausgaben konsequent. Steuerfreie Gewinne erhöhen das Haftungsvolumen ebenso wie nicht abzugsfähige Ausgaben dieses mindern. In die Ermittlung des laufenden Verlustes und Gewinns fließen sie hingegen nicht mit ein. Schließlich ist Gegenstand dieser Regelungen allein die Ermittlung des steuerlich relevanten Verlustes.

Für Deutschland gilt das zu den USA Gesagte entsprechend. Allerdings gilt es, bei einer solchen Behandlung die Folgewirkungen nicht außer Acht zu lassen. So ist § 15a Abs. 3 EStG entsprechend auf die nicht abzugsfähigen Ausgaben und steuerfreien Einnahmen anzuwenden. Für die nicht abzugsfähigen Ausgaben gilt sodann Folgendes: Führen diese zu einem negativen Kapitalkonto oder erhöhen ein solches, kommt es insoweit zu einer Reduzierung des Haftungsvolumens und löst damit einen Nachversteuerungstatbestand aus. De lege ferenda sollten steuerfreie Einnahmen, die einen Ausgleich eines negativen Kapitalkontos mit sich bringen, spiegelbildlich zu einer Umpolung verrechenbarer in ausgleichsfähige Verluste führen, wie dies nach der Rechtsprechung bisher für den Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters vorgesehen ist.[2373]

8. *Passive-activity-rule*

Neben den haftungsabhängigen Verlustverrechnungsbeschränkungen halten die USA auch eine Beschränkung für Verluste aus passiver Tätigkeit

---

2373 BFH, Urteil v. 16.05.2002 – IV R 58/00, BStBl. II 2002, 748 (Tz. 32).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vor. Eine in ihrem Anwendungsbereich erheblich reduzierte, in diesem aber parallel verlaufende Regelung enthält das französische Einkommensteuerrecht. Das deutsche Steuerrecht sieht dagegen aktuell keine in ihrem Umfang vergleichbare Vorschrift vor. Allerdings war eine solche Regelung für Deutschland Ende 1998 in einem entsprechenden Gesetzentwurf für das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 kurzfristig enthalten, wurde aufgrund heftiger Kritik aber rasch wieder ad acta gelegt.[2374] Vor diesem Hintergrund ist eine rechtsvergleichende Analyse dahingehend interessant, ob die Einführung einer solchen Vorschrift aus heutiger Sicht empfehlenswert ist.

a. Deutschland

Der Gesetzentwurf des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 9. November 1998 sah in einem neu einzufügenden § 2 Abs. 1a EStG die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Tätigkeiten vor.[2375] So sollten Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft sowie aus selbständiger Arbeit per se als aktive Tätigkeiten und Einkünfte aus Kapitalvermögen sowie aus Vermietung und Verpachtung per se als passive Tätigkeiten qualifizieren.[2376] Innerhalb der übrigen Einkunftsarten musste differenziert werden.[2377] Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit qualifizierten als aktiv, mit Ausnahme der Versorgungsbezüge im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 2 EStG, die als passiv qualifizierten.[2378] Bei den gewerblichen Einkünften stellte der Gesetzentwurf darauf ab, ob der Gewerbebetrieb ausschließlich oder fast ausschließlich die Herstellung oder Lieferung von Waren, die Gewinnung von Bodenschätzen sowie die Bewirkung gewerblicher Leistungen zum Gegenstand hat, soweit diese nicht in der Vermietung und

2374 Gesetzentwurf vom 09.11.1998: BT-Drs. 14/23; eine Abkehr von der Differenzierung zwischen aktiven und passiven Tätigkeiten enthält bereits die Dritte Beschlussempfehlung des Finanzausschusses vom 02.03.1999 in BT-Drs. 14/442, S. 2, sowie der Dritte Bericht des Finanzausschusses vom 03.03.1999 in BT-Drs. 14/443, S. 15; endgültige Gesetzesfassung vom 31.03.1999: BGBl. I 1999, 402.

2375 BT-Drs. 14/23, S. 3.

2376 BT-Drs. 14/23, S. 3.

2377 BT-Drs. 14/23, S. 3; sonstige Einkünfte im Sinne des § 22 Nr. 4 EStG mit Ausnahme der Übergangsgelder, Überbrückungsgelder, Sterbegelder, Versorgungsabfindungen und der Versorgungsbezüge wurden als aktiv qualifiziert, die übrigen als passiv.

2378 BT-Drs. 14/23, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verpachtung von Wirtschaftsgütern einschließlich der Überlassung von Rechten, Plänen, Mustern, Verfahren, Erfahrungen und Kenntnissen bestehen.[2379] Nur unter diesen Voraussetzungen qualifizierten die Einkünfte als aus einer aktiven Tätigkeit stammend.[2380] Probleme bereitete dabei unter anderem der Begriff der „Ware", die Bestimmung des (fast) Ausschließlichkeitserfordernisses sowie die Behandlung eines Wechsels zwischen passiver und aktiver Tätigkeit in Folge des Vorliegens respektive des Wegfalls der Voraussetzungen.[2381] Die Unterscheidung in aktive und passive Tätigkeiten war entscheidende Vorfrage für die hieran anknüpfende, entsprechend geänderte Verlustverrechnungsregelung in § 2 Abs. 3 EStG.[2382] Diese sah vor, dass Verluste aus aktiven Tätigkeiten unbeschränkt verrechnet werden konnten, wohingegen Verluste aus passiver Tätigkeit nur bis zu einer Höhe von 100.000 DM mit Einkünften aus aktiver Tätigkeit und darüber hinaus nur bis zur Hälfte des darüber hinausgehenden positiven Betrages der aktiven Einkünfte verrechnet werden konnten.[2383] Für die danach verbleibenden Verluste aus passiver Tätigkeit sah die Regelung eine gesonderte Feststellung vor.[2384] Sie sollten in den Folgejahren der Summe der Einkünfte aus passiver Tätigkeit zugerechnet werden.[2385] So enthielt der Gesetzentwurf eine Mindestbesteuerung für die Einkünfte aus aktiver Tätigkeit, soweit diese einen Betrag von 100.000 DM übersteigen. Ferner führte der Gesetzentwurf aufgrund der unterschiedlichen Qualifizierung innerhalb einiger Einkunftsarten insoweit zu einem eingeschränkten horizontalen Verlustausgleich.[2386] Intention der Regelung war es, „zukünftig zu verhindern, daß aktive Einkünfte der Besteuerung insbesondere durch sogenannte Abschreibungsmodelle entzogen werden, bei denen die Verluste nicht wirtschaftlich, sondern nur durch Abschreibungen erzielt

2379 BT-Drs. 14/23, S. 3.
2380 BT-Drs. 14/23, S. 3.
2381 *Herzig/Briesemeister*, DB 1999, 299, 300 ff.; zu den Problemen im Rahmen des Ausschließlichkeitserfordernisses bzw. eines Wechsels zwischen aktiver und passiver Tätigkeit auch: *Dehne/Rosenberg/Zitzelsberger*, DB 1999, 114, 115; zur Unklarheit des Begriffs „Waren" auch: *Steuerfachausschuss des IDW*, Wpg 1999, 26, 28.
2382 BT-Drs. 14/23, S. 3 f.
2383 BT-Drs. 14/23, S. 3 f.
2384 § 2 Abs. 3 Satz 9 EStG in der Fassung des Gesetzentwurfes vom 09.11.1998 in der BT-Drs. 14/23, S. 4.
2385 § 2 Abs. 3 Satz 12 EStG in der Fassung des Gesetzentwurfes vom 09.11.1998 in der BT-Drs. 14/23, S. 4.
2386 *Ritzer/Stangl*, DStR 1999, 1, 2.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden“[2387]. Dieser Regelungsvorschlag erntete teils heftige Kritik. Zum einen wurde ihm vorgeworfen „zu kompliziert“ und „inkonsequent“ zu sein.[2388] „Inkonsequent“ einerseits insoweit, als durch die Mindestbesteuerung auf aktive Tätigkeiten gerade die „Leistungsträger der Gesellschaft“ betroffen seien, nicht dagegen diejenigen, die von ihrem Vermögen lebten.[2389] „Inkonsequent“ aber auch insoweit, als hierdurch nur die Folgen unerwünschter oder gewünschter Abschreibungsmöglichkeiten aufgehoben werden, statt gegen die Ursache als solche vorzugehen.[2390] Ferner wird in der Regelung zum Teil ein „(Rück-)Schritt hin zu einer Schedulenbesteuerung“ gesehen.[2391] Darüber hinaus wurde die Frage aufgeworfen, ob die Ungleichbehandlung von guten (aktiven) und bösen (passiven) Verlusten verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.[2392] Daneben wurde der Reformvorschlag unter Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten kritisiert. Eine Mindestbesteuerung ungeachtet der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse stelle einen Verstoß gegen die Belastungsgleichheit dar.[2393] Diese könne auch nicht mit dem persönlichen Einsatz des Steuerpflichtigen, der nach dem Gesetzentwurf die aktiven Tätigkeiten präge, gerechtfertigt werden.[2394] Denn auch die Einnahmen aus Versorgungsbezügen oder etwa aus der Lizenzvergabe erfordern einen vorgelagerten persönlichen Einsatz.[2395]

Aktuell unterscheidet das deutsche Steuerrecht bei der Hinzurechnungsbesteuerung im Außensteuergesetz sowie im Rahmen des § 2a EStG zwischen aktiven und passiven Einkünften.[2396] Mittels der Hinzurechnungsbesteuerung im Außensteuergesetz soll eine künstliche Verlagerung passiver Einkünfte ins Ausland vermieden werden.[2397] Dagegen zielt § 2a EStG einerseits darauf ab, Verluste aus Ländern, mit denen kein Doppel-

---

2387 BT-Drs. 14/23, S. 167.
2388 *Raupach/Böckstiegel*, FR 1999, 487, 487 f.; zur weiteren Verkomplizierung des Steuerrechts auch: *Herzig/Briesemeister*, DB 1999, 299, 303; *Steuerfachausschuss des IDW*, Wpg 1999, 26, 28.
2389 *Raupach/Böckstiegel*, FR 1999, 487, 488.
2390 *Arndt/Jenzen*, DStR 1998, 1818, 1821; *Schneider*, DB 1999, 105, 110; *Steuerfachausschuss des IDW*, Wpg 1999, 26, 28; sich daher generell gegen *passive loss restrictions* aussprechend: *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 49.
2391 *Ritzer/Stangl*, DStR 1999, 1, 9; *Herzig/Briesemeister*, DB 1999, 299, 303.
2392 *Arndt/Jenzen*, DStR 1998, 1818, 1819.
2393 *Arndt/Jenzen*, DStR 1998, 1818, 1821; *Herzig/Briesemeister*, DB 1999, 299, 303.
2394 Zum persönlichen Einsatz zur Einkunftserzielung bei aktiven Tätigkeiten: BT-Drs. 14/23, S. 166.
2395 *Schneider*, DB 1999, 105, 109.
2396 §§ 7 ff. AStG.
2397 *Dehne/Rosenberg/Zitzelsberger*, DB 1999, 114, 117.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besteuerungsabkommen besteht oder mit denen im Doppelbesteuerungsabkommen das Anrechnungsverfahren vereinbart wurde, von der Verlustverrechnung auszunehmen, um diese ausländischen Verlusten, die dem Freistellungsverfahren unterliegen, gleichzustellen.[2398] Andererseits sollen „volkswirtschaftlich nicht sinnvolle Verwendungszwecke"[2399] sowie unerwünschte Steuersparmöglichkeiten verhindert werden.[2400]

Daneben kennt das Einkommensteuergesetz seit 2009 in § 20 Abs. 6 EStG ein Verlustverrechnungsverbot von „passiven" Kapitalverlusten mit anderen Einkunftsarten.[2401] Dieses ist nicht einer Missbrauchsvermeidung oder der Verhinderung unerwünschter Verlustverrechnungen, sondern der 2009 eingeführten Schedulenbesteuerung für bestimmte Kapitalerträge geschuldet. Ebenfalls 2009 wurde die Kapitalertragsteuer mit dem Ziel eingeführt, Kapitalabfluss ins Ausland zu verhindern.[2402]

Von diesen speziellen Regelungen abgesehen kennt das deutsche Steuerrecht aktuell keine allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung für passive Einkünfte.

b. USA

Die USA haben seit 1986 eine sogenannte *passive activity rule*, die die Verrechnung von Verlusten aus passiver Tätigkeit mit Gewinnen aus aktiver Tätigkeit oder *Portfolio* Einnahmen ausschließt.[2403] Diese Vorschrift ist einer effektiven Missbrauchsbekämpfung sowie dem gesetzgeberischen Willen geschuldet, zu verhindern, dass Gehalts- und Vermögenseinkommen mit passiven Verlusten verrechnet werden.[2404]

Die Vorschrift enthält ein sehr detailliertes Regelwerk zur Bestimmung einer passiven Tätigkeit sowie der relevanten Einnahmen und Ausgaben. So qualifiziert als passive Tätigkeit grundsätzlich jeder Handel und jedes Gewerbe, an dem der Steuerpflichtige nicht wesentlich teilnimmt, sowie jede Beteiligung als *Limited Partner* und Vermietungstätigkeiten.[2405] Ge-

2398 BT-Drs. 9/2074, S. 62.
2399 BT-Drs. 9/2074, S. 62.
2400 BT-Drs. 9/2074, S. 62.
2401 BT-Drs. 16/4841, S. 9.
2402 BT-Drs. 16/4841, S. 1, 58.
2403 S.o. D.I.2.d.i Hintergrund, sowie: D.I.2.d.ii Regelung, und: D.I.2.d.ii(3) Bestimmung der relevanten Einnahmen respektive des relevanten Verlustes.
2404 S.o. D.I.2.d.i Hintergrund.
2405 S.o. D.I.2.d.ii(2) Passive Tätigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

treu dem Motto „kein Grundsatz ohne Ausnahme“ sind für alle hier angesprochenen Grundsätze Ausnahmen kodifiziert. So qualifiziert ein Veräußerungsgewinn aus einem Handel und Gewerbe ohne wesentliche Beteiligung des Steuerpflichtigen auch dann als aktiv, wenn der veräußerte Vermögensgegenstand einer wesentlichen Wertsteigerung unterlag und er weder die letzten 24 Monate vor der Veräußerung noch mindestens 20 % seiner Haltedauer durch den Steuerpflichtigen in einer passiven Tätigkeit gehalten wurde.[2406] Eine Beteiligung als *Limited Partner* stellt unter anderem dann keine passive Tätigkeit dar, wenn der Steuerpflichtige an der Gesellschaft gleichzeitig auch als *General Partner* beteiligt ist und an der Tätigkeit wesentlich teilnimmt.[2407] Sofern davon auszugehen ist, dass bei einer Vermietungstätigkeit die Dienstleistungstätigkeit im Vordergrund steht, stellt auch diese keine passive Tätigkeit dar.[2408]

Die USA haben mit der *passive activity rule* eine Norm verabschiedet, die zwar unabhängig von der Haftung auf die Teilhabe eines Gesellschafters an einer Tätigkeit abstellt, die aber dennoch gerade mit dem Zweck eingeführt wurde, Umgehungsgestaltungen zur *at risk rule* zu verhindern.[2409] Dies wird besonders in der Fiktion deutlich, nach der *Limited Partner* mit ihrer Beteiligung grundsätzlich eine passive Tätigkeit ausüben.[2410] Dies hat eine sehr weitgehende Verlustverrechnungsbeschränkung zur Folge. Im Gegensatz zu den beiden *cost basis rules* sowie zur *at risk rule* lässt die *passive activity rule* keinen betragsmäßig beschränkten Verlustausgleich zu, sondern sieht ein vollständiges Verlustausgleichsverbot mit nicht passiven Einkünften vor.[2411]

c. Frankreich

Ebenso wie das US-amerikanische Recht kennt auch das französische Steuerrecht eine Verlustverrechnungsbeschränkung für passive Tätigkeiten. Jedoch ist die französische Regelung auf gewerbliche Einkünfte beschränkt.[2412] Ziel der Vorschrift ist es, die Verlustverrechnung aus einer

2406 S.o. D.I.2.d.ii(2)(e) Sonderregel für Veräußerungsgeschäfte.
2407 S.o. D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.
2408 S.o. D.I.2.d.ii(2)(d) Vermietungstätigkeiten.
2409 S.o. D.I.2.d.i Hintergrund.
2410 § 469(h)(2) IRC.
2411 S.o. D.I.2.d.ii Regelung, sowie: D.I.2.d.ii(3) Bestimmung der relevanten Einnahmen respektive des relevanten Verlustes.
2412 S.o. D.I.3.b.ii Regelung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vordergründig gewerblichen Tätigkeit zu vermeiden, bei der tatsächlich kein gewerbliches Risiko eingegangen wird, mithin eine rein passive Investition vorliegt.[2413] Für die Abgrenzung zwischen „guten" und „schlechten" gewerblichen Verlusten wird in Frankreich das Begriffspaar „beruflich" (*professionnel*) und „nicht-beruflich" (*non professionnel*) bemüht.[2414] Dabei wird für die Qualifizierung auf eine persönliche, direkte und kontinuierliche Teilhabe des Steuerpflichtigen oder einer Person seines Steuerhaushaltes an der Tätigkeit abgestellt.[2415] Die Feststellung erfolgt mittels einer Einzelfallbetrachtung.[2416] Allein für die Fälle einer möblierten Vermietung sind quantitative Kriterien kodifiziert.[2417]

d. Wertung

Angelehnt an den bereits 1998 getätigten Gesetzentwurf könnte überlegt werden, eine dem § 469 IRC oder Art. 156-I, 1°bis CGI vergleichbare allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung für Verluste aus passiver Tätigkeit einzuführen, gegebenenfalls unter Übernahme der in der US-amerikanischen Regelung enthaltenen Fiktion für beschränkt haftende Gesellschafter. Sowohl die Fiktion als auch eine generelle Verlustverrechnungsbeschränkung für Verluste aus passiver Tätigkeit werden hier jedoch ausdrücklich abgelehnt.

Gegen die Fiktion spricht neben einer hierdurch entstehenden „Zweiklassengesellschaft" unter Gesellschaftern auch der „Mitunternehmer"-Begriff sowie das Zusammenspiel von § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG.[2418] Für die Mitunternehmerstellung sind sowohl ein gewisses Maß an Mitunternehmerinitiative als auch an Mitunternehmerrisiko erforderlich. Da der Mitunternehmerbegriff ein Typusbegriff ist, kann ein Weniger an Mitunternehmerinitiative durch ein Mehr an Mitunternehmerrisiko (und umgekehrt) kompensiert werden.[2419] Erfüllt ein Gesellschafter diese Voraussetzungen, sind ihm die Gewinne und Ver-

2413 S.o. D.I.3.b.i Hintergrund.
2414 BOI-BIC-DEF-10-20130109; *Gutmann*, Droit fiscal des affaires (2019), Tz. 206; *Lamarque/Négrin/Ayrault*, Droit fiscal général (2017), Tz. 1518.
2415 S.o. D.I.3.b.ii Regelung.
2416 S.o. D.I.3.b.ii Regelung.
2417 S.o. D.I.3.b.ii Regelung.
2418 Zur Zweiklassengesellschaft durch eine *passive-activity-rule* auch: *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 158.
2419 Statt vieler: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 15 Rz. 262.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

luste des Gewerbebetriebs als eigene zuzurechnen. Andernfalls erwirtschaftet er regelmäßig (passive) Kapitaleinkünfte mit der Folge der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 EStG.[2420] Soweit die Praxis ein Minimum an Mitunternehmerinitiative ausreichen lässt, um die Mitunternehmerstellung zu bejahen, wäre es widersprüchlich, in einem zweiten Schritt ein höheres Maß an Teilhabe für die Verlustverrechnung zu fordern, denn das damit verfolgte Ziel wird bereits durch die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 EStG erreicht. Mithin wird die in den USA und Frankreich hinter der Verlustverrechnungsbeschränkung liegende Intention in Deutschland schon über das Erfordernis der Mitunternehmerstellung erreicht, auch wenn die unterschiedlichen Herangehensweisen für den Kommanditisten in Deutschland und den USA regelmäßig zu abweichenden Ergebnissen führen. So resultiert aus der Kommanditistenstellung in Deutschland regelmäßig eine Mitunternehmerstellung, während die Stellung als *Limited Partner* in den USA regelmäßig zu passiven Einkünften führt.[2421] Ferner ist zu beachten, dass in den USA sowie Frankreich mit den Regelungen Vorteile genommen werden sollen, die Verluste allein aufgrund ihrer Qualifikation als gewerbliche Verluste mit sich bringen.[2422] Nur diese Verluste können grundsätzlich unbeschränkt mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden.[2423] Aufgrund der Gleichwertigkeit sämtlicher Einkunftsarten in Deutschland (ausgenommen die Kapitaleinkünfte, die seit 2009 einer Schedulenbesteuerung unterliegen) führt allein die Qualifikation als gewerblicher Verlust nicht zu einem Vorteil gegenüber anderen Verlusten.[2424] Mithin liegt in Deutschland nicht das gleiche Regelungsbedürfnis vor.

2420 Für den stillen Gesellschafter und ein partiarisches Darlehen speziell geregelt in § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG.

2421 Zur Mitunternehmerstellung des Kommanditisten: *Bode*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG [Stand 12/2018] Rz. 360; zur passiven Tätigkeit des *Limited Partner*: s.o. D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.

2422 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 158.

2423 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 158; so enthält Art. 156 CGI in Frankreich eine Verlustverrechnungsbeschränkung für Verluste aus landwirtschaftlicher Tätigkeit, aus Grund und Boden, aus beweglichem Kapital sowie aus nichtgewerblichen Einkünften (*activités non commerciales*), mit Ausnahme der freiberuflichen Einkünfte. S.o. C.I.3.c.iii(1) Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen.

2424 *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 158; *Knobbe-Keuk*, Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechts-

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darüber hinaus beeinflusst die aktive Teilhabe nicht die Leistungsfähigkeit des einzelnen Gesellschafters. Ein Anknüpfen an die aktive Teilhabe, unabhängig der Leistungsfähigkeit, wäre mithin rechtfertigungsbedürftig. Allein Missbrauchserwägungen dürften hierfür nicht genügen. Zwar werden regelmäßig Gesellschafter, die aktiv an der Gesellschaft teilhaben, einen anderen Zweck verfolgen als die bloße Steuerersparnis, doch kann nicht unterstellt werden, dass umgekehrt alle nicht aktiv teilhabenden Gesellschafter ausschließlich zu Steuersparzwecken beteiligt sind. Regelmäßig dürften Kommanditisten (zumal größerer Kommanditgesellschaften) die Anforderungen an eine aktive Teilhabe nicht erfüllen. Sie haben oft die Stellung reiner Geldgeber. Knüpft nun die Verlustverrechnung an eine aktive Teilnahme, wird nicht nur das bestehende Haftungsrisiko als Ausdruck einer geminderten Leistungsfähigkeit ignoriert, sondern auch die Investition als Kommanditist gänzlich unattraktiv.[2425] Kapitalintensive Unternehmungen, die zur Kapitalgewinnung in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft betrieben werden, wären vermehrt auf Bankenkredite angewiesen. Diese dürften regelmäßig von entsprechenden Sicherheiten abhängig sein. Auch vor dem Hintergrund der Finanzkrise und den Vorteilen einer gewissen Eigenkapitalquote sollte die Gewinnung neuen Eigenkapitals nicht unnötig erschwert werden. Mithin sprechen auch wirtschaftspolitische Gesichtspunkte gegen die Einführung einer solchen Fiktion.

Gegen die Einführung einer generellen Verlustverrechnungsbeschränkung für passive Einkünfte (auch ohne eine Fiktion für beschränkt haftende Gesellschafter) spricht neben dem Leistungsfähigkeitsprinzip auch die Gleichwertigkeit der Einkunftsarten. Die Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung bedarf eines besonderen sachlichen Grunds.[2426] Ferner sind mit den §§ 15a, 15b EStG, dem Erfordernis der Einkünfteerzielungsabsicht sowie als letztes Mittel § 42 AO ausreichend Instrumente vorhanden, um einzelnen Missbrauchsgestaltungen entgegenzutreten, ohne sämtliche „passive" Steuerpflichtige unter Generalverdacht zu stellen und

---

quelle des Gesellschaftsrechts, 1986, S. 53 f. zitiert nach *Schön*, in: Dötsch et al. (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht (2011), 139, 162.

2425 An dieser Bewertung ändert sich auch nichts durch das neu eingeführte Optionsrecht in § 1a KStG. Denn hier erfolgt der Wechsel zur Besteuerung nach dem Trennungsprinzip und damit der Ausschluss der direkten Verlustzurechnung an die Gesellschafter aufgrund eines freiwilligen Beschlusses der Gesellschaft.

2426 BVerfG, Beschluss v. 10.04.1997 – 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (Tz. 23); *Arndt/Jenzen*, DStR 1998, 1818, 1819 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihnen einen unbeschränkten Verlustausgleich zu verwehren. Ferner würde eine solche Regelung zu einer Einordnung in „gute" und „böse" Verluste beziehungsweise in sozial angesehene und sozial missbilligte Tätigkeiten führen.[2427] Hinzu kommen die von der Literatur bereits gegen § 2 Abs. 1a und Abs. 3 EStG (jeweils in der Fassung des Gesetzentwurfs vom 9. November 1998 in BT-Drs. 14/23) genannten Kritikpunkte.[2428]

Wie der Blick in die USA und Frankreich zeigt, bringt eine Verlustverrechnungsvorschrift, die an die „Passivität" einer Tätigkeit anknüpft, eine erhebliche Verkomplizierung des Rechts mit sich. Es muss nicht nur festgelegt werden, wann eine passive respektive nicht berufliche Tätigkeit gegeben ist, sondern auch, welche Folgen ein Wechsel zwischen einer „passiven" und einer „aktiven" Tätigkeit hat.[2429] Ferner entstehen neue Gestaltungsanreize, um aktive Einnahmen und passive Verluste optimal miteinander verrechnen zu können. Darüber hinaus müssen die passiven Verluste zusätzlich gesondert festgestellt werden.

2427 *Schneider*, DB 1999, 105, 109 f.; *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 15.
2428 S.o. D.II.8.a Deutschland.
2429 Siehe zur US-amerikanischen Vorschrift: D.I.2.d.ii(5) Konsequenzen bei Wegfall der passiven Tätigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Reformvorschlag

Infolge der rechtsvergleichenden Analyse soll nachfolgend ein Reformvorschlag für eine mögliche neue Verlustverrechnungsregel in Deutschland gegeben werden. Vor einer konkreten Ausformulierung werden zunächst die Vorgaben, an denen ein Reformvorschlag gemessen werden soll, erläutert. Dabei sollen die Verluste „nicht als unerwünschte Störungen der Steuerpolitik behandelt“[2430] oder als „Steuervergünstigung“ begriffen werden, sondern als die Leistungsfähigkeit bestimmende Faktoren, deren Berücksichtigung das Leistungsfähigkeitsprinzip gebietet.[2431]

I. Vorgaben an einen Reformvorschlag im Bereich der Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Steuerpflichtigen

Der Reformbedarf bezüglich der haftungsabhängigen Verlustverrechnung zeigt sich namentlich in der Komplexität, die § 15a EStG mittlerweile erreicht hat. Die Vorschrift gilt als eine der „kompliziertesten und streitanfälligsten Vorschriften des EStG“[2432]. Die Komplexität ergibt sich nicht zuletzt aus internen Widersprüchen der Norm. Während einerseits ein Gleichklang zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerrechtlichem Verlustausgleich angestrebt wird, wird hierfür aus Gründen der Praktikabilität lediglich die Außenhaftung nach § 171 Abs. 1 HGB berücksichtigt. Andere Haftungstatbestände, die teilweise sogar zu einer unbeschränkten Haftung führen (etwa § 176 HGB), werden dagegen ignoriert.[2433] Überdies zieht eine Überentnahme einen Nachversteuerungsgewinn nach sich, wohingegen Einlagen zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos, die eine tatsächliche wirtschaftliche Belastung im Zeitpunkt ihrer Zahlung darstellen, nicht zu einem laufenden Verlustausgleich führen.[2434] Hinzu kommen

---

2430 *Raupach/Böckstiegel*, FR 1999, 617, 618.

2431 *Herzig/Briesemeister*, DB 1999, 299, 303; *Arndt/Jenzen*, DStR 1998, 1818, 1822; *Schulze-Osterloh*, in: Dt. Anwaltsinstitut e.V. (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1984/85 (1985), 267, 268.

2432 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 422.

2433 S.o. D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.

2434 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung. So hat der Gesetzgeber den Gerichten die Konkretisierung überlassen, wann eine vergleichbare Haftungssituation für die Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs gegeben ist.[2435]

Als „Gefahr" für das Haushaltseinkommen kommt steuerlichen Verlusten bisher eine Stellung als „Stief- und Sorgenkinder des Steuerrechts"[2436] zu. Ziel eines Reformvorschlages soll es daher sein, (i) zu einer Vereinfachung des Steuerrechts beizutragen, sich dabei (ii) nicht über Gebühr von haushaltspolitischen Erwägungen beeinflussen zu lassen, sondern (iii) eine steuersystematische und ökonomisch sinnvolle Regelung zu präsentieren, die weg von einer reaktiven Verhaltensweise hin zu einem aktiven Gestalten des Steuerrechts für die Zukunft geht. Neben der Definition der Zielsetzung ist das Abstecken des möglichen Handlungsrahmens für einen solchen Reformvorschlag entscheidend. Ein Ziel kann noch so opportun sein, es wird nicht erreicht, sofern es den möglichen Handlungsrahmen überschreitet.

1. Zielsetzung der Neuregelung

Ausgangspunkt für die Einführung des § 15a EStG im Jahr 1980 war die Intention, Verlustzuweisungsgesellschaften effektiv zu bekämpfen. Angelehnt an das US-amerikanische Vorbild, sollte dabei die Verlustverrechnung an die zivilrechtliche Haftung geknüpft werden.[2437] Die Gesetzesnovelle schoss dabei gleichermaßen über das Ziel hinaus, wie sie an anderer Stelle dahinter zurückblieb. Einerseits werden sämtliche Kommanditisten gleich einer Beteiligung an einer Verlustzuweisungsgesellschaft erfasst. Andererseits wurde die Kongruenz mit der zivilrechtlichen Haftung nur typisierend umgesetzt.[2438]

Intention eines Reformvorschlages soll es sein, ein klares Ziel zu formulieren und dieses konsequent auszugestalten. Dabei soll das Ziel der Steuervereinfachung nicht aus den Augen verloren werden, es soll aber kein Primat der Steuervereinfachung herrschen. Vielmehr gilt es, unterschiedliche Ziele in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

2435 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 56.
2436 *Herzig*, in: von Groll (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2005), 185, 186.
2437 S.o. D.I.1.a Hintergrund.
2438 S.o. D.I.1.a Hintergrund.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Rechtspolitische und ökonomische Intention

Im Rahmen einer Gesetzesnovelle soll die ursprüngliche Motivation der Vorschrift, nämlich die Verlustzuweisungsgesellschaften, aus dem und das Leistungsfähigkeitsprinzip hingegen stärker in den Blick genommen werden. Zwar soll steuerlichen Gestaltungen wie Verlustzuweisungsgesellschaften nach wie vor Einhalt geboten werden, doch kann dies mittels der Einkünfteerzielungsabsicht sowie § 15b EStG ausreichend erfolgen.[2439] Zudem gilt es, den Wirtschaftsstandort Deutschland nicht über Gebühr zu belasten. So steht in einer immer globaleren Weltwirtschaft auch die Steuerpolitik der einzelnen Staaten zwangsläufig in einem gewissen Wettbewerb. Die Verlustverrechnung soll daher nicht von der Angst vor Steuermindereinnahmen geprägt sein, sondern als Chance gesehen werden, Investitionsanreize zu setzen und hierdurch dem Wirtschaftsstandort Deutschland zu neuer Attraktivität zu verhelfen,[2440] denn die steuerliche Attraktivität eines Wirtschaftsstandortes erschöpft sich nicht in einem niedrigen Steuersatz, zumal Deutschland derzeit hier auch nicht konkurrenzfähig ist.[2441] So kann ein zeitnaher, an den wirtschaftlichen Verhältnissen orientierter Verlustausgleich zur internationalen Wettbewerbsfähigkeit beitragen.[2442] Durch erhöhte Investitionsanreize kann die Liquidität von Unternehmen, insbesondere in der Gründungsphase sowie bei Liquiditätsengpässen, verbessert, hierdurch das Insolvenzrisiko gesenkt und die Arbeitsplatzsicherung gestärkt werden.[2443] Auf Dauer wirkt sich eine solche Steuerpolitik auch erhöhend auf das Steueraufkommen aus.[2444]

Aus ökonomischer Sicht sollte der Staat ein Interesse an einer von steuerlichen Überlegungen möglichst freien unternehmerischen Entscheidung

2439 S.o. D.II.2.c.ii Einbeziehung einer erweiterten Haftung.

2440 *Lüdicke*, DStZ 2010, 434, 440.

2441 *OECD*, „Tax Database", Juni 2020, S. 13, 15, abrufbar unter: https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-database/ (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

2442 Zur Verlustverrechnung: *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 56; BR-Drs. 120/09(B), S. 3; ebenso, zur Bedeutung des Verlustabzugs: *Grotherr*, BB 1998, 2392, 2392; zur Verlustverrechnung im Körperschaftsteuergesetz: *Herzig*, in: von Groll (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2005), 185, 186.

2443 Zu den Folgen steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen vgl. auch: *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 55 f.

2444 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 401.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben.[2445] Entscheidungen, die aus rein marktwirtschaftlichen Erwägungen heraus getroffen werden, sind von einer Allokationseffizienz getragen, die zu einer möglichst guten Marktstellung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens beiträgt.[2446] *Röder* spricht dabei auch von der „Effizienz der marktwirtschaftlichen Ordnung"[2447]. So wie eine rechtsformabhängige heterogene Besteuerung die Rechtsformwahl beeinträchtigt, so verzerren Verlustverrechnungsbeschränkungen betriebswirtschaftliche Investitionsentscheidungen.[2448] Um betriebswirtschaftlich eine besteuerungsneutrale Entscheidung zu gewährleisten, müsste steuerlich eine umfassende Verlustverrechnung bis hin zur Negativsteuer erfolgen.[2449] In einer Linie mit dem oben gemachten Reformvorschlag zur Einführung eines wechselseitigen Optionsmodells soll auch hier Ziel eines Reformvorschlages sein, eine möglichst steuerneutrale Investitionsentscheidung zu gewährleisten.[2450]

Um kurzfristige Haushaltseinbußen, die eine Ausweitung der Verlustverrechnungsmöglichkeit mit sich bringt, abzumildern und Planungssicherheit für den Fiskus zu gewährleisten, kann eine Übergangsregelung eingeführt werden, die das neu entstandene Verlustausgleichsvolumen über mehrere Jahre abbaut.

2445 Sog. „Grundsatz der Entscheidungsneutralität"; *Riegler/Riegler*, DStR 2014, 1031, 1035; *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 401; *Drüen*, in: Drüen (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2014/2015 (2014), XI, XV; *Drüen*, GmbHR 2008, 393, 393; *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9, 10.

2446 *Müller-Gatermann*, Stbg 2007, 145, 148; *Riegler/Riegler*, DStR 2014, 1031, 1035.

2447 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 402.

2448 *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 54; *Herzig*, in: von Groll (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2005), 185, 186; *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 401; Deutschland hat mit Einführung des Optionsrechts für Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften (§ 1a KStG i.d.F. des KöMoG v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2050, 2050 f.) einen ersten, wenn auch kleinen, Schritt hin zu einer rechtsformunabhängigeren Besteuerung gemacht.

2449 *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2010), S. 51 ff.; *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 406.

2450 S.o. C.II.4.d Mögliches Steuermodell de lege ferenda.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Steuersystematik

Die Einkommensteuer steht unter dem Primat der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen wird durch Verluste, die er wirtschaftlich trägt, gemindert. Dies muss sich in seiner persönlichen Steuerlast widerspiegeln.[2451] Für die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen ist dabei irrelevant, aus welcher steuerlich definierten Einkunftsart die Verluste herrühren oder ob er diese als Einzelperson oder im Zusammenschluss mit anderen Personen erleidet.

Eine Verlustverrechnungsbeschränkung, die wie § 15a EStG den Verlustausgleich und -abzug zwischen verschiedenen Einkunftsquellen beschränkt, betrifft nicht die Gewinnermittlung, sondern den horizontalen sowie vertikalen Verlustausgleich. Es handelt sich um eine Vorschrift, die der Ermittlung der Summe der Einkünfte zuzurechnen ist.[2452] Im Rahmen des Reformvorschlages ist mithin auf die Stellung der Regelung im Einkommensteuergesetz einzugehen.[2453]

Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15a EStG ist für Verluste aus einer Gewinneinkunftsart zudem in Zusammenschau mit § 34a EStG zu sehen. Während § 34a EStG eine Tarifbegünstigung für thesaurierte Gewinne vorsieht, wirken sich Verluste, die nach § 15a EStG ausgleichs- und abzugsfähig sind, in Höhe des persönlichen Steuersatzes mindernd auf die Steuerlast des Steuerpflichtigen aus. Der Steuerpflichtige hat damit „best of both worlds“[2454]. Ein Reformvorschlag kann mithin nicht erfolgen, ohne auch die Wechselwirkung mit § 34a EStG im Auge zu behalten.[2455]

2. Handlungsrahmen

Die rechtspolitischen und ökonomischen Ziele stehen unter dem Primat des Verfassungsrechts. Dabei gilt es im Rahmen der Verlustverrechnung

2451 S.u. E.I.2.b Leistungsfähigkeitsprinzip.

2452 § 2 Abs. 3 EStG; s.o. C.I.1.c.ii(1) Verlustausgleich/intraperiodische Verlustverrechnung.

2453 S.u. E.II.2.a Regelungsziel und -technik des Reformvorschlages.

2454 *Schön*, im Rahmen eines Vortrages von Herrn Wacker zu dem Thema „Aktuelle Überlegungen zur Unternehmenssteuerreform – Aspekte aus rechtspraktischer Sicht“, in der Vortragsreihe „Reformfragen des deutschen Steuerrechts“ am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen am 07.03.2019.

2455 S.u. E.II.2.c Absatz 1 Satz 1: wirtschaftliches Risiko und positiver Risikobetrag.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Hieraus ergibt sich nicht nur der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern auch das Leistungsfähigkeitsprinzip sowie das Gebot der Folgerichtigkeit.[2456] Daneben darf auch das Europarecht und hier namentlich die Grundfreiheiten nicht gänzlich aus dem Blick geraten.

a. Allgemeiner Gleichheitssatz

Nachfolgend soll es allein um das Gleichheitsgebot im Rahmen der Gesetzgebung gehen (Rechtsetzungsgleichheit). Die Rechtsanwendungsgleichheit wird hier mangels Relevanz ausgeklammert.[2457]

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es dem Gesetzgeber, weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln.[2458] Komplementiert wird das Willkürverbot, in Anlehnung an die im Rahmen der Freiheitsgrundrechte anzulegende Verhältnismäßigkeitsprüfung, durch die sogenannte neue Formel.[2459] Konkretisiert wird der allgemeine Gleichheitssatz im Steuerrecht insbesondere durch das Leistungsfähigkeitsgebot mit seinen Ausprägungen des subjektiven und objektiven Nettoprinzips sowie durch das Gebot der Folgerichtigkeit.[2460] Siehe hierzu die nachfolgenden Abschnitte b. und c.

2456 Statt vieler: BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 57) m.w.N.

2457 Zur Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsgleichheit, statt vieler: *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 110; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 172.

2458 St. Rspr.; statt vieler: BVerfG, Urteil v. 16.03.1955 – 2 BvK 1/54, BVerfGE 4, 144 (Tz. 37); *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 243; *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 124.

2459 *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 124; kritisch zu einer echten Übertragung der Kategorien der Verhältnismäßigkeitsprüfung: *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 135, 137 ff. m.w.N.

2460 BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14, BVerfGE 152, 274 (Tz. 94, 100); *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2 Rz. 9; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 173 ff.; *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei der Ausgestaltung der Gesetze kommt dem Steuergesetzgeber grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zu.[2461] Er kann neben fiskalischen Zielen Lenkungs- und Förderungsziele verfolgen und ist berechtigt, zur Vereinfachung Typisierungen vorzunehmen.[2462] Bei der Implementierung von Typisierungen muss der Gesetzgeber stets darauf achten, den Durchschnittsfall realitätsgerecht zu erfassen.[2463] Individuelle Besonderheiten kann er unbeachtet lassen.[2464] Die Typisierung muss zudem verhältnismäßig sein.[2465] Als Ausprägung der Verhältnismäßigkeit setzt eine zulässige Typisierung voraus, „daß die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. Wesentlich ist ferner, ob die Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären; hierfür sind auch praktische Erfordernisse der Verwaltung von Gewicht“[2466].[2467] Dies wird im Rahmen des erweiterten Verlustausgleichs in § 15a EStG und der ausschließlichen Einbeziehung der Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB kritisch gesehen. Argumentiert wird neben der Vielzahl der betroffenen Personen auch mit der Intensität des Gleichheitsverstoßes, die insbesondere Kommanditisten trifft, die nach § 176 HGB gleich einem Komplementär unbeschränkt haften.[2468]

2461 St. Rspr.; statt vieler: BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14, BVerfGE 152, 274 (Tz. 94, 108); *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2 Rz. 9.

2462 BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14, BVerfGE 152, 274 (Tz. 94, 108); *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 2 Rz. 9; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 193, 207 f.; *Hey,* in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 129, 147.

2463 BVerfG, Beschluss v. 10.04.1997 – 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (Tz. 23 ff.); Urteil v. 07.12.1999 – 2 BvR 301/98, BVerfGE 101, 297 (Tz. 38); *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 209; *Hey,* in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 148.

2464 BVerfG, Urteil v. 07.12.1999 – 2 BvR 301/98, BVerfGE 101, 297 (Tz. 38); *Hey,* in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 147.

2465 BVerfG, Beschluss v. 04.04.2001 – 2 BvL 7/98, BVerfGE 103, 310 (Tz. 42); *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2020), Rz. 209; *Hey,* in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht (2018), § 3 Rz. 147.

2466 St. Rspr.; statt vieler: BVerfG, Beschluss v. 08.10.1991 – 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348 (Tz. 40).

2467 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 265; *Röder,* Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 141.

2468 *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 31; zudem: s.o. D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Leistungsfähigkeitsprinzip

Das Leistungsfähigkeitsprinzip wird aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet und stellt ein Fundamentalprinzip der Einkommensteuer dar.[2469] Danach ist jeder Steuerpflichtige entsprechend seiner individuellen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit zu besteuern.[2470] Das Leistungsfähigkeitsprinzip enthält dabei sowohl ein Gebot nach horizontaler als auch ein Gebot nach vertikaler Steuergerechtigkeit.[2471] Das heißt, steuerlich gleiche Leistungsfähigkeit ist gleich (horizontale Steuergerechtigkeit) und unterschiedlich hohe Leistungsfähigkeit ist angemessen unterschiedlich (vertikale Steuergerechtigkeit) zu besteuern.[2472] Als Unterprinzip des Leistungsfähigkeitsprinzips ist zudem das objektive sowie subjektive Nettoprinzip zu beachten, wobei das Bundesverfassungsgericht nach wie vor offen lässt, ob dem objektiven Nettoprinzip Verfassungsrang zukommt.[2473] Das objektive Nettoprinzip erfordert die steuerliche Berücksichtigung von Erwerbsaufwendungen, wohingegen das subjektive Nettoprinzip die steuerliche Berücksichtigung privater existenzsichernder Aufwendung gebietet.[2474] Es ist jedoch strittig, ob aus dem objektiven Nettoprinzip auch ein Gebot einer einkunftsquellenübergreifenden Verlustverrechnung folgt.[2475] Der Bundes-

2469 Statt vieler: *Hey*, in: H/H/R, EStG/KStG, Einführung zum EStG [Stand 04/2020] Rz. 42; BVerfG, Beschluss v. 04.12.2002 – 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (Tz. 51); kritisch zu der Frage, ob das Leistungsfähigkeitsprinzip im allgemeinen Gleichheitssatz verankert ist: *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 46 ff. m.w.N.

2470 Statt vieler: *Kohlhaas*, DStR 2003, 1142, 1143.

2471 BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 57) m.w.N.

2472 BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 57) m.w.N.

2473 Zum Nettoprinzip als Unterprinzip des Leistungsfähigkeitsprinzips: statt vieler: BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14 (Tz. 108); zur Frage, ob dem objektiven Nettoprinzip Verfassungsrang zukommt: BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 63); vertieft hierzu: *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 67 ff.; zum Umfang des Verfassungsrangs des subjektiven Nettoprinzips: BVerfG, Beschluss v. 04.12.2002 – 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (Tz. 54).

2474 BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 62).

2475 Siehe zur Streitdarstellung: *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 178 ff., der sich für eine aus dem objektiven Nettoprinzip herrührende einkunftsübergreifende Verlustverrechnung ausspricht; ebenso: *Kohlhaas*, DStR 2003, 1142, 1143; *Tipke*, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), FS für Arndt Raupach (2006), 177, 179; *Schön*, in: Herzig/Günkel (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 1998/99 (1999), 57, 66; ablehnend: *Wendt*, in: von Groll (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (2005), 41, 53; *Palm*, DStR 2002, 152, 157.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

finanzhof sowie die wohl herrschende Lehre gehen mit dem überzeugenden Argument, dass nur so die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen umfassend ermittelt und berücksichtigt wird, von einem solchen Gebot aus.[2476] Eine Beschränkung dieses Gebots ist mithin rechtfertigungsbedürftig.[2477]

Danach ist eine Vorschrift wie § 15a EStG, die die Verlustverrechnung zwischen verschiedenen Einkommensquellen beschränkt, rechtfertigungsbedürftig. Als Rechtfertigung des § 15a EStG wird neben Missbrauchsverhinderungsabsichten zudem das Leistungsfähigkeitsprinzip selbst herangezogen.[2478] Soweit die zivilrechtliche Haftung als Indikator der Leistungsfähigkeit verstanden wird,[2479] dient eine haftungsabhängige Verlustverrechnungsbeschränkung gerade der Wahrung des Leistungsfähigkeitsprinzips und stellt keine Durchbrechung von diesem dar.

c. Gebot der Folgerichtigkeit

Neben dem Leistungsfähigkeitsprinzip leitet das Bundesverfassungsgericht auch das Folgerichtigkeitsprinzip aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ab.[2480] Demzufolge kommt dem Gesetzgeber zwar ein großer Gestaltungsspielraum zu, er ist jedoch verpflichtet, „die einmal getroffene Belastungsentscheidung dann aber folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen“[2481].[2482] „Ausnahmen von einer solchen

2476 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 180; stillschweigend davon ausgehend: BFH, Beschluss v. 09.05.2001 – XI B 151/00, BStBl. II 2001, 552 (Tz. 28); kritisch: *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 228 ff.

2477 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 183; *Thiemann*, Verluste im Steuerrecht (2020), S. 217; Letzterer sieht die besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit schon allein in der durch den Gesetzgeber selbst getroffenen Grundentscheidung, einen quellenübergreifenden Verlustausgleich zu implementieren, begründet.

2478 S.o. D.I.1.a Hintergrund.

2479 S.o. D.I.1.a Hintergrund.

2480 Statt vieler: BVerfG, Urteil v. 27.06.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (Tz. 108); v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 57).

2481 BVerfG, Urteil v. 27.06.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (Tz. 108).

2482 BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 57) m.w.N.; zuletzt erst wieder in BVerfG, Beschluss v. 19.11.2019 – 2 BvL 22/14 (Tz. 100); *Jachmann*, in: Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (2000), 9, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

folgerichtigen Umsetzung bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes“[2483]. Dem Gesetzgeber steht es damit frei, aus Gründen der Steuervereinfachung und Praktikabilität Typisierungen, Pauschalierungen oder Generalisierungen vorzunehmen oder zur Verfolgung von Lenkungs- und Förderungszielen Ausnahmen vorzusehen.[2484] Ferner kann der Gesetzgeber die einmal getroffene Grundentscheidung mittels Systemwechsels grundlegend ändern.[2485]

Das Gebot der Folgerichtigkeit wird im Rahmen des § 15a EStG von Teilen der Literatur zur Begründung der Verfassungswidrigkeit des 2009 neu eingeführten Absatzes 1a herangezogen.[2486] Kritisiert wird in diesem Zusammenhang, dass tatsächlich getragene Verluste entgegen der gesetzgeberischen Grundentscheidung nicht unmittelbar, sondern erst bei Anteilsveräußerung oder -aufgabe, steuerlich berücksichtigt werden.[2487] Weder der BFH noch das Bundesverfassungsgericht mussten hierzu bisher Stellung nehmen.[2488] Ein Reformvorschlag, der die Grundentscheidung des Gesetzgebers beibehält und Einlagen zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos wenigstens als vorweggenommene Einlagen im Sinne der Korrekturposten-Rechtsprechung des BFH berücksichtigt, wahrt mithin das Folgerichtigkeitsgebot, ohne dass es eines besonderen sachlichen Grundes zur Rechtfertigung bedarf.[2489]

d. Europäische Grundfreiheiten

Nicht zuletzt bestimmt auch das Europarecht den steuerlichen Handlungsrahmen des Gesetzgebers. *Birk* konstatierte bereits 2009: „Mindestens ebenso stark, wenn nicht stärker [Anm. d. Verf.: als das Verfassungsrecht] hat in den letzten Jahren das Europarecht das Steuerrecht verändert, es hat –

2483 BVerfG, Beschluss v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (Tz. 51) m.w.N.
2484 BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 58 ff.).
2485 BVerfG, Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Tz. 83); *Ratschow*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 2 EStG [Stand 11/2019] Rz. 16.
2486 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.
2487 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.
2488 Stand: 02.12.2020.
2489 Zur Korrekturposten-Rechtsprechung des BFH: s.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

was in den 90er Jahren noch undenkbar erschien – das Verfassungsrecht in seiner prägenden Kraft auf den zweiten Platz verwiesen“[2490].

Im Rahmen der steuerlichen Verlustverrechnung gilt es dabei insbesondere die Grundfreiheiten zu beachten. So wird bezüglich § 15a EStG teilweise die Niederlassungsfreiheit problematisiert, soweit die Vorschrift im Rahmen des erweiterten Verlustausgleichs einen Eintrag im deutschen Handelsregister fordert.[2491] Dieses Tatbestandsmerkmal macht den erweiterten Verlustausgleich ausschließlich deutschen Kommanditgesellschaften zugänglich. Als Rechtfertigung für eine Beeinträchtigung von Grundfreiheiten erkennt der Europäische Gerichtshof als zwingenden Grund des Allgemeininteresses unter anderem die Wirksamkeit der nationalen Steuerverwaltung an.[2492] Allerdings verweist er insoweit im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung – mitunter apodiktisch – auf die EG-Amtshilfe-Richtlinie als milderes Mittel.[2493] Im *Schuhmacker*-Urteil stellt der Europäische Gerichtshof fest, dass die EG-Amtshilfe-Richtlinie „Möglichkeiten zur Erlangung notwendiger Auskünfte [bietet], die mit den für die inländischen Steuerverwaltungen im Verhältnis zueinander bestehenden Möglichkeiten vergleichbar sind“[2494]. Diesen Maßstab zugrunde gelegt, lässt sich das Argument, der Handelsregistereintrag trage zur Vereinfachung der Steuerverwaltung bei,[2495] kaum auf europäischer Ebene zur Rechtfertigung heranziehen. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müsste ein Eintrag in einem dem deutschen Handelsregister vergleichbaren Register anderer Mitgliedstaaten genügen, zumal seit 2017 die Unternehmensregister sämtlicher EU-Mitgliedstaaten miteinander vernetzt sind.[2496] Ob der Europäische Gerichtshof in diesem Fall

---

2490 *Birk*, DStR 2009, 877, 877.

2491 FG Düsseldorf, Urteil v. 22.07.2011 – 1 K 4383/09 F, EFG 2011, 1969 (Tz. 65); *von Beckerath,* in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a Rz. 30.

2492 EuGH, Urteil v. 15.05.1997 – *Futura Participations und Singer / Administration des contributions* – Rs. C-250/95, ECLI:EU:C:1997:239 (Tz. 31) m.w.N.; *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht (2020), Rn. 946; *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002), S. 539.

2493 EuGH, Urteil v. 14.02.1995 – *Finanzamt Köln-Altstadt / Schumacker* – Rs. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (Tz. 45); *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002), S. 539; *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht (2020), Rn. 950; letztere jeweils m.w.N.

2494 EuGH, Urteil v. 14.02.1995 – *Finanzamt Köln-Altstadt / Schumacker* – Rs. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (Tz. 45).

2495 S.o. D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.

2496 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, Amtsblatt der

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aber tatsächlich einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit feststellen würde oder ob er die Beschränkung trotz EG-Amtshilfe-Richtlinie aus Gründen der Wirksamkeit der nationalen Steueraufsicht als gerechtfertigt ansehen würde, ist offen.[2497] So hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Futura Participations* die Wirksamkeit der Steueraufsicht trotz EG-Amtshilfe-Richtlinie als Rechtfertigung ausreichen lassen.[2498]

Um dem Vorwurf der Europarechtswidrigkeit von vornherein zu entgehen, kann ein Reformvorschlag entweder den erweiterten Verlustausgleich gänzlich streichen oder ihn zumindest auf die Gesellschafter erweitern, die als „Kommanditist" in einem europäischen Pendant zum deutschen Handelsregister eingetragen sind.[2499]

3. Würdigung von Reformvorschlägen der Literatur

Nicht zuletzt aufgrund der Komplexität des § 15a EStG wurden in der Literatur, aber auch in der Politik schon einige Reformvorschläge gemacht. Diese reichen von Änderungen hinsichtlich der Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens bis hin zur vollständigen Abschaffung der Norm. Die bislang vorgelegten Reformvorschläge verfolgen im Wesentlichen drei divergierende Ansätze. Nachfolgend erfolgt eine Darstellung von, sowie eine Stellungnahme zu diesen historischen Reformvorschlägen.

Europäischen Union, 30.06.2017, L 169/46; Durchführungsverordnung (EU) 2015/884 der Kommission vom 8. Juni 2015 zur Festlegung technischer Spezifikationen und Verfahren für das System der Registervernetzung gemäß Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, Amtsblatt der Europäischen Union, 10.06.2015, L 144/1.

2497 FG Düsseldorf, Urteil v. 22.07.2011 – 1 K 4383/09 F, EFG 2011, 1969 (Tz. 65).

2498 Hier hat der EuGH zur Rechtfertigung auch hinzugezogen, dass nur anhand der inländisch geführten Bücher die für die Steuerermittlung maßgeblichen Beträge zu erzielen seien und nicht gewährleistet sei, dass sich aus den Büchern anderer Mitgliedstaaten die für die Besteuerung maßgeblichen Einzelbeträge ablesen lassen: EuGH, Urteil v. 15.05.1997 – *Futura Participations und Singer / Administration des contributions* – Rs. C-250/95, ECLI:EU:C:1997:239 (Tz. 32 f.).

2499 Z.B. in Frankreich das „*Régistre du Commerce et des Sociétés*", wobei dieses insoweit über das deutsche Handelsregister hinausgeht, als hier auch *sociétés civiles* erfasst sind: vgl. *Windbichler*, ZGR 2014, 110, 119.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Lösung von der handelsrechtlichen Haftung

Der erste Ansatz sieht eine Lösung von der handelsrechtlichen Haftung und damit eine Streichung des erweiterten Verlustausgleichs vor.[2500] Dies wird neben der hierin begründeten erheblichen Verkomplizierung zudem mit der – wie entgegen dem Bundesverfassungsgericht einzeln vertreten wird[2501] – insoweit bestehenden Verfassungswidrigkeit der Norm legitimiert.[2502] Der erweiterte Verlustausgleich mache § 15a Abs. 1 Satz 3 sowie Abs. 3 EStG erforderlich.[2503] Darüber hinaus wird eine fehlende Korrelation zwischen zivilrechtlicher Haftung und tatsächlicher wirtschaftlicher Belastung durch Gesamthandsverluste angeführt.[2504] Stattdessen soll allein auf die tatsächliche Einlage, die sogenannte „Kostenbasis" abgestellt werden, wie dies auch in anderen Ländern der Fall ist.[2505]

Dem Vorschlag ist zugutezuhalten, dass eine Streichung des erweiterten Verlustausgleichs sowohl zu einer Vereinfachung und zu einer Beseitigung der Ungleichbehandlung führt als auch der Vorwurf der Europarechtswidrigkeit entfällt. Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Streichung zum einen zu einer Schlechterstellung des Steuerpflichtigen führt, denn von dem erweiterten Verlustausgleich profitieren insbesondere Unternehmen in der Startphase oder in Krisenzeiten.[2506] Mit Abschaffung des erweiterten Verlustausgleichs wird diesen die Kapitalgewinnung erschwert.[2507] Zum anderen spiegelt die Kostenbasis die Leistungsfähigkeit des Gesellschafters nicht ausreichend wider. Wie bereits erörtert, kann diese auch bei einem beschränkt haftenden Gesellschafter durch eine teils sehr umfangreiche gesetzliche oder vertragliche Haftung, gleich einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter, gemindert sein.[2508] Statt den laufenden Verlustausgleich weiter einzuschränken, ist eine Ausweitung des

2500 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 299 ff.
2501 S.o. D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.
2502 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 299 f.
2503 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 299.
2504 *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 300.
2505 Zur Maßgeblichkeit der tatsächlich geleisteten Einlage: *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 300 f.; zur Maßgeblichkeit der „Kostenbasis" in anderen Ländern: s.o. B.II.4.b Beschränkte Verlustnutzung bei Beibehaltung der transparenten Besteuerung.
2506 Zu den nachteiligen Folgen für Jungunternehmen vgl. auch: BT-Drs. 18/1290, S. 27.
2507 Zu den nachteiligen Folgen für Jungunternehmen vgl. auch: BT-Drs. 18/1290, S. 27.
2508 S.o. D.II.1.c Wertung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verlustausgleiches der zu bevorzugende Weg. Hierdurch wird auch die Investitionsbereitschaft angekurbelt. Denn gerade in der Startphase eines Unternehmens, in der häufig Verluste erwirtschaftet werden, wird Kapital benötigt.[2509]

b. Steuerbilanzmodell

Kernpunkt des Steuerbilanzmodells ist das Abstellen auf die Steuerbilanz sowie die steuerliche Gewinnermittlung. Maßgeblich ist danach das steuerliche Kapitalkonto unter Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens sowie der Mitunternehmeranteil am Gewinn unter Einbeziehung von Sonderbetriebseinnahmen und -ausgaben.[2510] Gleichzeitig entfällt nach diesem Modell der erweiterte Verlustausgleich.[2511] Ein solcher Ansatz macht die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital sowie zwischen Gewinnvorab und Sondervergütung obsolet.[2512]

Das Steuerbilanzmodell wurde von der Bundesregierung ausdrücklich mit dem Argument abgelehnt, „[d]er vorliegende Vorschlag in seiner konkreten Ausgestaltung [sei] nicht geeignet, die sehr komplexe Vorschrift des § 15a EStG zu vereinfachen."[2513] In dem Gesetzentwurf des Bundesrates wird für das Steuerbilanzmodell angeführt, dass „positive Kapitalkonten des Sonderbetriebsvermögens […] das Kapitalkonto im Sinne des § 15a EStG [erhöhen] und […] damit das Verlustausgleichsvolumen [vergrößern]"[2514]. Ferner wird aufgezeigt, dass Sonderbetriebseinnahmen mit Verlusten aus der Gesamthand verrechnet werden könnten.[2515] Es unterbleibt jedoch – bewusst oder unbewusst – der Hinweis, dass spiegelbildlich ein negatives Kapitalkonto des Sonderbetriebsvermögens das Verlustausgleichsvolumen mindert. Ferner ist bei diesem Modell zu beachten, dass auch Sonderbetriebsverluste unter die Ausgleichsbeschränkung fallen.[2516]

2509 So auch BT-Drs. 8/1290, S. 27.
2510 BR-Drs. 684/12, S. 19 f.; vgl. für eine Darstellung des Steuerbilanzmodells: *Brandenberg*, FR 2010, 731, 736.
2511 BR-Drs. 684/12, S. 19; *Brandenberg*, FR 2010, 731, 736.
2512 Zur Hinfälligkeit einer Abgrenzung zwischen Gewinnvorab und Sondervergütung im Rahmen des Steuerbilanzmodells: BR-Drs. 684/12, S. 20; *Brandenberg*, FR 2010, 731, 736.
2513 BT-Drs. 18/1290, S. 26.
2514 BR-Drs. 684/12, S. 20.
2515 BR-Drs. 684/12, S. 20.
2516 BR-Drs. 684/12, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens kann sich mithin auch nachteilig für den Steuerpflichtigen auswirken.[2517] Eine weitere Schlechterstellung birgt die Abschaffung des erweiterten Verlustausgleichs.[2518]

Das Steuerbilanzmodell negiert zudem die wirtschaftlichen Unterschiede zwischen Sonderbetriebsvermögen und Sonderbetriebsverlusten auf der einen und Gesamthandsvermögen und Gesamthandsverlusten auf der anderen Seite sowie deren zivilrechtliche Selbständigkeit. Während der Gesellschafter für Verluste aus dem Sonderbetriebsvermögen unbeschränkt haftet, kann er seine Haftung für Gesamthandsverluste auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage beschränken. Umgekehrt haftet sein Sonderbetriebsvermögen nicht für Verluste aus der Gesamthand. Eine Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens würde mithin eine Vermischung separater Haftungskreise und eine Missachtung der wirtschaftlichen Gegebenheiten und damit letztlich des Leistungsfähigkeitsprinzips bedeuten. Das Steuerbilanzmodell ist daher abzulehnen.

c. Ersatzlose Streichung des § 15a EStG

Den zweifelsohne größten Beitrag zur Steuervereinfachung würde die ersatzlose Streichung des § 15a EStG mit sich bringen. So konstatierte *Röder*[2519] im Jahr 2010, dass „§ 15a EStG […] zu den kompliziertesten und streitanfälligsten Vorschriften des EStG [zählt]. Seit seiner Einführung im Jahr 1980 hat sich der BFH schon mehr als 160 Mal mit der Vorschrift befassen müssen."[2520] Die Forderung nach der ersatzlosen Streichung der Vorschrift wird darüber hinaus mit ihrer geringen Bedeutung begründet. Zum einen profitiert der Steuerpflichtige bei einer Streichung lediglich von Zinsvorteilen, zum anderen enthält § 15b EStG eine effektive Norm zur Bekämpfung von Verlustzuweisungsgesellschaften.[2521]

2517 Dies erkennt auch der Bundestag in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Bundesrates: BT-Drs. 18/1290, S. 27.

2518 BT-Drs. 18/1290, S. 27; s.o. E.I.3.a Lösung von der handelsrechtlichen Haftung.

2519 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 422, mit dem Hinweis, dass die Zahlen auf einer juris-Recherche vom 09.04.2008 basieren.

2520 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 422.

2521 *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2010), S. 422.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für diesen Vorschlag spricht, dass er zu einer wirklichen Vereinfachung des Steuerrechts beitragen würde. Allerdings zeigt ein Blick in das Nachbarland Österreich sowie andere Industriestaaten, dass mit einem politischen Willen zur Streichung der Norm nicht zu rechnen ist. So hat Österreich nach beinahe 30 Jahren des unbeschränkten Verlustausgleichs mit Wirkung für das Jahr 2016 wieder eine Beschränkungsnorm für den Verlustausgleich beschränkt haftender Gesellschafter eingeführt und ist damit international in bester Gesellschaft.[2522] Soweit ersichtlich sehen von allen Industriestaaten lediglich die Schweiz und Luxemburg einen unbeschränkten Verlustausgleich bei beschränkter Haftung vor.[2523] Hinzu kommt, dass mit § 15a EStG nicht ausschließlich Verlustzuweisungsgesellschaften verhindert werden sollten. Vielmehr trägt die Norm mit der Verknüpfung zwischen steuerrechtlicher Verlustverrechnung und zivilrechtlicher Haftung auch dem Leistungsfähigkeitsprinzip Rechnung.[2524]

4. Fazit

Wie das Steuerbilanzmodell eindrucksvoll zeigt, kann die Vereinfachung des Steuerrechts nicht als oberstes, alles überlagerndes Ziel für einen Reformvorschlag dienen, zumal das bloße Ziel der Simplifizierung „als Gestaltungsparameter inhaltsleer“[2525] ist. Bei der Verfolgung der definierten Ziele gilt es vielmehr, den abgesteckten Handlungsrahmen in den Blick zu nehmen. Dabei gilt es zu beachten, dass Steuersachverhalte immer komplizierter werden und eine Steuervereinfachung häufig zu Lasten einer am Leistungsfähigkeitsprinzip ausgerichteten Besteuerung geht. Was *Heuermann* bereits 2009 konstatierte, ist nach wie vor gültig: „[W]ir als Steuerbürger wissen: Wir haben beides, zu viele und zu unklare Gesetze. Und wir wissen auch: All das Klagen über eine Chaotisierung des Steuerrechts nützt nichts. Es gibt in Wirklichkeit keine Reduzierung der Komplexität des Steuerrechts bei einer zunehmend komplexer werdenden Gesellschaft“[2526].

2522 S.o. B.II.4.a Uneingeschränkte Verlustnutzung, sowie: B.II.4.b Beschränkte Verlustnutzung bei Beibehaltung der transparenten Besteuerung.
2523 S.o. B.II.4.a Uneingeschränkte Verlustnutzung.
2524 S.o. D.I.1.a Hintergrund.
2525 *Hey*, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), FS für Arndt Raupach (2006), 479, 483.
2526 *Heuermann*, NZG 2009, 321, 321.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

De lege ferenda soll die zivilrechtliche Haftung im Rahmen der Verlustverrechnung weiter in den Mittelpunkt rücken und diese sich näher an den tatsächlichen Gegebenheiten statt wie bisher an Formalitäten (Kommanditistenstellung; Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB) orientieren. Zudem sollen zivilrechtliche, insbesondere handelsrechtliche Gestaltungen steuerlich harmonisiert werden. Diese Ziele können mittels einer stärkeren und konsequenteren Anknüpfung an die zivilrechtliche Haftung erreicht werden. Ein Abstellen auf das zivilrechtliche Haftungsrisiko zieht in der Regel ein größeres Verlustausgleichsvolumen als bisher nach sich. Dies führt zu einer zeitnahen Verlustverrechnung. Hierdurch gewinnt der Wirtschaftsstandort Deutschland an Attraktivität. Liquidationszuschüsse im Sanierungsfall werden attraktiver, womit Insolvenzrisiken abgeschwächt und Arbeitsplätze besser geschützt werden können. Dies führt auf lange Sicht zu Steuermehreinnahmen. Gleichzeitig wird hierdurch das Leistungsfähigkeitsprinzip gewahrt und Ungleichbehandlung vermieden.

II. Reformvorschlag

Die Betrachtung des US-amerikanischen Verlustausgleichsregimes hat gezeigt, dass es keinesfalls zwingend ist, allein den Verlustausgleich der beschränkt haftenden Gesellschafter zu beschränken. Während § 704(d) IRC (*outside basis*) insbesondere von der Zulässigkeit der disquotalen Verlustzurechnung an einzelne Gesellschafter und § 1366(d) IRC von der Einführung der teilweisen transparenten Besteuerung für *S-Corporations* getrieben war, wurde § 465 IRC (*at risk rule*) unterschiedslos für alle natürlichen Steuerpflichtigen (und bestimmte *C-Corporations*) eingeführt.[2527] Die *at risk rule* koppelt dabei für sämtliche natürliche Personen den Verlustausgleich an ihr wirtschaftliches Risiko.[2528] Dieses bestimmt sich nach deren Haftungsbetrag.[2529] Dabei sind bei der Bestimmung des Haftungsbetrages grundsätzlich sämtliche Haftungstatbestände – sowohl gesetzliche wie vertragliche und Fälle der Innen- sowie Außenhaftung – miteinzubeziehen.[2530]

2527 Zum Gesetzeszweck von § 704(d) IRC: s.o. D.I.2.a.i Hintergrund; zur Gesetzeshistorie von § 1366(d) IRC: s.o. D.I.2.b.i Hintergrund; zum unterschiedslosen Anwendungsbereich des § 465 IRC auf sämtliche natürliche Personen: s.o. D.I.2.c.ii(1) Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

2528 S.o. D.I.2.c.ii Regelung.

2529 S.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2530 S.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wie die Gesetzesbegründung zu § 15a EStG zeigt, ließ sich der deutsche Gesetzgeber bei der Einführung und Ausgestaltung der ursprünglichen Fassung der Norm auch von eben dieser US-amerikanischen Vorschrift inspirieren.[2531] Neben dem lediglich begrenzten Anwendungsbereich auf Kommanditisten und andere vergleichbare Unternehmer ist der deutsche Gesetzgeber jedoch auch in der Berücksichtigung der unterschiedlichen Haftungstatbestände wesentlich von dem US-amerikanischen Vorbild abgewichen.[2532] Der deutsche Gesetzgeber beschränkt sich bei der Berücksichtigung der Gesellschafterhaftung allein auf § 171 Abs. 1 HGB.[2533]

Nach den im Rahmen der rechtsvergleichenden Analyse bereits erfolgten Ausführungen wird hier favorisiert – entsprechend dem ursprünglichen amerikanischen Vorbild – den Fokus für das Verlustausgleichs-potential auf die Gesellschafterhaftung unter grundsätzlicher Berücksichtigung sämtlicher Haftungstatbestände zu legen.[2534] Damit geht eine Ausweitung der Verlustausgleichsbeschränkung auf sämtliche – und damit auch vollhaftende – Gesellschafter einher.[2535] So kann es für den Verlustausgleich eines Komplementärs nicht unberücksichtigt bleiben, wenn ein Kommanditist ihm gegenüber eine Freistellung erklärt. In Höhe der Freistellung ist der Verlust wirtschaftlich dem Kommanditisten zuzurechnen. Dies muss sich auch im Verlustausgleichsvolumen sowohl des Kommanditisten als auch des Komplementärs niederschlagen.

Einer zusätzlichen Regelung, um der disquotalen Verlustzurechnung bei Personengesellschaftern zu begegnen, bedarf es für Deutschland nicht. Zwar besteht auch in Deutschland die Möglichkeit der disquotalen Verlustzurechnung, diese erfreut sich jedoch nicht annähernd gleicher Beliebtheit wie in den USA, sondern dürfte vielmehr die absolute Ausnahme darstellen.[2536] Nicht nur aufgrund der fehlenden Praxisrelevanz bedarf es hierfür keiner eigenen Regelung. Diesem Problem kann mit dem Abstellen auf die individuelle Haftung, das heißt unter Einbeziehung abweichender Haftungsvereinbarungen im Innenverhältnis, ausreichend Rechnung getragen werden.

2531 BT-Drs. 8/3648, S. 16 f.
2532 S.o. D.I.1.b.ii Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.
2533 S.o. D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.
2534 Siehe hierzu insbesondere: D.II.2 Bestimmung des Verlustausgleichsvolumens – technische Anknüpfung.
2535 S.o. D.II.1 Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich.
2536 Siehe hierzu ausführlich: *Abel*, Der steuerliche Gewinnanteil des Personengesellschafters [im Erscheinen].

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Durch ein stringentes und unterschiedsloses Anknüpfen an die zivilrechtliche Haftung soll sowohl dem Leistungsfähigkeitsprinzip als auch dem Folgerichtigkeitsprinzip Rechnung getragen werden. Durch die einheitliche Behandlung sämtlicher Haftungstatbestände wird zum einen die Leistungsfähigkeit sachgerecht abgebildet und zum anderen der Gleichheitssatz gewahrt. Durch die Einbeziehung sämtlicher Gesellschafter soll zugleich Missbrauch verhindert werden, da die Verlustausgleichsvolumina der einzelnen Gesellschafter in einer Wechselbeziehung zueinander stehen. Soweit ein Gesellschafter sein Haftungsvolumen erhöht, reduzieren sich entsprechend die Haftungsvolumina der anderen. Durch den Wegfall des Privilegierungstatbestandes des § 171 Abs. 1 HGB und des damit inzident erforderlichen Eintrags im deutschen Handelsregister entgeht der Reformvorschlag auch dem Vorwurf der Europarechtswidrigkeit. Durch die Berücksichtigung sämtlicher Haftungstatbestände und eines hierdurch möglichen zeitnahen Verlustausgleichs soll zudem anerkannt werden, dass es sich bei der Verlustverrechnung gerade nicht um eine „beliebig disponible Steuersubvention“[2537], sondern um Ausdruck der individuellen Leistungsfähigkeit handelt.[2538] Der regelmäßig zeitnahe und höhere Verlustausgleich fördert zudem den Wirtschaftsstandort Deutschland im internationalen Vergleich.

Ziel der Neuregelung ist es, nicht nur eine unterschiedslose Anwendung für voll und beschränkt haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft entsprechend ihrer individuellen Haftung zu gewährleisten, sondern auch eine Anwendung für Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zu garantieren, soweit diese transparent besteuert werden, wie derzeit bereits der persönlich haftende Gesellschafter einer KGaA, oder ihnen de lege ferenda eine solche Wahlmöglichkeit einzuräumen.[2539]

2537 *Herzig/Briesemeister*, DB 1999, 299, 303.

2538 *Arndt/Jenzen*, DStR 1998, 1818, 1822; *Schulze-Osterloh*, in: Dt. Anwaltsinstitut e.V. (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1984/85 (1985), 267, 268.

2539 S.o. zur de lege lata transparenten Besteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA: C.I.1.b.i Einordnung in das Transparenz- oder Trennungsprinzip, sowie zu einem Reformvorschlag zu Optionsrechten u.a. der Kapitalgesellschaften de lege ferenda: C.II.4.d Mögliches Steuermodell de lege ferenda.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Formulierung eines konkreten Reformvorschlages

§ 2b EStG – Ausgleich negativer Einkünfte bei beschränktem wirtschaftlichem Risiko

(1) [1]Der einem Gesellschafter zuzurechnende steuerliche Anteil an den negativen Einkünften der Gesellschaft darf nur insoweit mit anderen Einkünften ausgeglichen werden, als jener am Bilanzstichtag hierfür ein wirtschaftliches Risiko trägt; dies ist in Höhe eines positiven Risikobetrages der Fall. [2]Der Risikobetrag des Gesellschafters ergibt sich aus der Summe seines Kapitalkontos in der Steuerbilanz der Gesellschaft sowie den in der Steuerbilanz der Gesellschaft auszuweisenden Verbindlichkeiten und Rückstellungen, soweit er hierfür persönlich haftet oder eine dingliche Sicherheit bestellt hat, jedoch begrenzt auf den Verkehrswert des Sicherungsgutes im Zeitpunkt der Sicherheitsbestellung, sofern der Gesellschafter nicht einen abweichenden aktuellen Verkehrswert nachweist. [3]Hat der Gesellschafter von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, ist fortan der nachgewiesene Verkehrswert maßgebend. [4]Der Gesellschafter hat weiterhin die Möglichkeit, zu einem späteren Bilanzstichtag erneut einen aktuellen Verkehrswert nachzuweisen. [5]Maßgeblich für die Bestimmung der Haftung ist, wer endgültig für die Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft einzustehen hat; hierfür ist der Liquidationsfall der Gesellschaft bei vollständiger Vermögenslosigkeit der Gesellschaft zu unterstellen. [6]Die Haftung des Gesellschafters reduziert sich für Zwecke der Ermittlung nach Satz 2, soweit ihm bei fingierter Liquidation der Gesellschaft nach Satz 5 für seine Haftung ein Regressanspruch zusteht, seine Haftung durch Vertrag ausgeschlossen oder eine Inanspruchnahme nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich ist.

(2) [1]Soweit die negativen Einkünfte nach Absatz 1 nicht ausgeglichen oder abgezogen werden dürfen, mindern sie die steuerpflichtigen Einkünfte, die dem Gesellschafter in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der Gesellschaft zuzurechnen sind. [2]Die verrechenbaren negativen Einkünfte, die nach Abzug von einem Veräußerungs- oder Aufgabegewinn verbleiben, sind im Zeitpunkt der Veräußerung oder Aufgabe des gesamten Gesellschaftsanteils oder der Betriebsveräußerung oder -aufgabe mit anderen Einkünften ausgleichs- oder abzugsfähig.

(3) [1]Soweit ein negativer Risikobetrag durch Entnahmen, Haftungsminderung, nicht abzugsfähige Betriebsausgaben oder die Rückzahlung steuerfreier Einnahmen entsteht oder sich erhöht, ist dem Gesellschafter in dieser Höhe ein Gewinn, jedoch vermindert um auf Grund der Haftung tatsächlich geleistete Beträge, soweit sie nicht als Einlage in das Gesellschafts-

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vermögen zu werten sind, zuzurechnen. [2]Der nach Satz 1 zuzurechnende Betrag darf denjenigen Betrag der Anteile an den negativen Einkünften der Gesellschaft nicht übersteigen, der im Wirtschaftsjahr der Minderung des Risikobetrages und in den zehn vorangegangenen Wirtschaftsjahren ausgleichs- oder abzugsfähig gewesen ist. [3]Die nach den Sätzen 1 und 2 zuzurechnenden Beträge mindern die Gewinne, die dem Gesellschafter im Wirtschaftsjahr der Zurechnung oder in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der Gesellschaft zuzurechnen sind. [4]Die Sätze 1 bis 3 gelten für die Einlagenerhöhung, die Haftungserweiterung, steuerfreie Einnahmen sowie die Rückerstattung nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben sinngemäß.

(4) [1]Die nach Absatz 1 nicht ausgleichs- oder abzugsfähigen negativen Einkünfte eines Gesellschafters, vermindert um die nach Absatz 2 abzuziehenden und vermehrt um die nach Absatz 3 hinzuzurechnenden Beträge (verrechenbare negative Einkünfte), sind jährlich gesondert festzustellen. [2]Dabei ist von den verrechenbaren negativen Einkünften des vorangegangenen Wirtschaftsjahres auszugehen. [3]Zuständig für den Erlass des Feststellungsbescheids ist das für die gesonderte Feststellung des Gewinns und Verlustes der Gesellschaft zuständige Finanzamt. [4]Der Feststellungsbescheid kann nur insoweit angegriffen werden, als sich die verrechenbaren negativen Einkünfte gegenüber den verrechenbaren negativen Einkünften des vorangegangenen Wirtschaftsjahres verändert haben. [5]Die gesonderten Feststellungen nach Satz 1 können mit der gesonderten und einheitlichen Feststellung der einkommen- und körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte verbunden werden. [6]In diesen Fällen sind die gesonderten Feststellungen der verrechenbaren negativen Einkünfte einheitlich durchzuführen.

(5) Die vorstehenden Absätze gelten sinngemäß für wirtschaftlich einem Gesellschaftsverhältnis vergleichbare Gemeinschaftsverhältnisse.

2. Kommentar zum Reformvorschlag

Wie die bisherige Bearbeitung zeigt, ergeben sich im Rahmen der haftungsabhängigen Verlustverrechnung mannigfaltige Probleme und Fragestellungen, die bei der Ausarbeitung des Reformvorschlages zu berücksichtigen waren. Hierzu gehört insbesondere die Frage, wann eine Minderung der Leistungsfähigkeit des Gesellschafters vorliegt, das heißt wann ein Verlustausgleich gerechtfertigt erscheint: Ist hierfür bereits das Bestehen einer Außenhaftung ausreichend? Sind im Innenverhältnis getroffene Regelungen zu berücksichtigen? Sind gar zivilrechtlich getroffene einzelvertragli-

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

che Haftungen wie eine Bürgschaft einzubeziehen? Oder führt allein die tatsächliche Verlusttragung zu einer Minderung der Leistungsfähigkeit? Müsste dann nicht auch bei den persönlich haftenden Gesellschaftern der Verlustausgleich auf die tatsächliche Verlusttragung beschränkt werden? Und wenn sich die Minderung der Leistungsfähigkeit nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten richtet, warum wird im Rahmen des § 15a EStG auf die Steuerbilanz abgestellt? Ist dies aus Vereinfachungsgründen gerechtfertigt? Ist das Kapitalkonto als Differenz zwischen Aktiva und Passiva ein Indikator der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit? Das Abstellen auf das Kapitalkonto würde die Möglichkeit ausschließen, allein mittels einer Darlehensaufnahme das Verlustausgleichsvolumen (wie in den USA) zu erhöhen. Bedarf es überhaupt eines fingierten Liquidationsfalles? Müssten bei einem solchen nicht wenigstens die Aktivposten Kasse sowie Bank das mögliche Haftungsrisiko senken?

a. Regelungsziel und -technik des Reformvorschlages

Ziel des Reformvorschlages ist es, die individuelle Haftung des Gesellschafters in den Mittelpunkt der Verlustverrechnung zu stellen. Während bereits in der Gesetzesbegründung zu § 15a EStG das Ziel erklärt wurde, einen Gleichlauf zwischen zivilrechtlicher Haftung und steuerlichem Verlustausgleich herzustellen, und dieses Ziel allein mit Blick auf § 171 Abs. 1 HGB auch tatsächlich erreicht wurde, soll dieses nunmehr umfassender umgesetzt werden.[2540] Hiermit soll nicht nur eine Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen wie rechtlichen Belastung, sondern zugleich eine Gleichstellung mit den persönlich haftenden Gesellschaftern erfolgen. De lege lata genügt für den unbeschränkten Verlustausgleich eines persönlich haftenden Gesellschafters seine unbeschränkte Außenhaftung und damit ein rein abstraktes Haftungsrisiko. Außer Acht bleibt dabei, dass dem persönlich haftenden Gesellschafter nach § 110 HGB ein Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft zusteht. In dem intendierten Erfolgsfall der Gesellschaft hat er mithin die Verluste der Gesellschaft ebenso wenig zu tragen wie ein nur beschränkt haftender Gesellschafter. Kommt es hinge-

2540 Einzige Ausnahme bildet die Ermittlung des relevanten Verlustanteils (§ 2b Abs. 1 Satz 1 EStG (neu)) sowie die künftigen positiven Einkünfte (§ 2b Abs. 2 Satz 1 EStG (neu)). Beide werden nach steuerlichen Vorschriften ermittelt. Siehe hierzu: E.II.2.o Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen zum Insolvenzfall, ist ein beschränkt haftender Gesellschafter, der im Innenverhältnis eine Nachschusspflicht übernommen hat, ebenso belastet wie ein unbeschränkt haftender Gesellschafter. Der Reformvorschlag sieht daher ein strengeres Anknüpfen an das individuelle Haftungsrisiko unabhängig von der formalen Gesellschafterstellung vor. De lege ferenda sollen mithin sämtliche Haftungstatbestände (mittelbar) Berücksichtigung finden. Um dabei eine Vervielfachung an Haftungsrisiko (das heißt an Verlustausgleichsvolumen) und letztlich eine Missbrauchsgefahr zu vermeiden, wird das maximale Haftungsrisiko der Gesellschaft anteilig den einzelnen – auch den persönlich haftenden – Gesellschaftern zugerechnet und deren Verlustausgleichspotential hierauf beschränkt. Um das maximale Haftungsrisiko der Gesellschaft und daran anschließend der Gesellschafter zu beziffern, dient (nach dem Vorbild der USA) ein gesetzlich fingiertes *worst case scenario*.[2541] Hierdurch wird zudem die Möglichkeit geschaffen, die Haftungserweiterung eines Gesellschafters als Haftungsminderung der anderen (auch der persönlich haftenden) Gesellschafter zu beziffern.

Die in der Literatur verschiedentlich geäußerte Kritik an der Verknüpfung von Haftung und Verlustverrechnung in § 15a EStG und die daran angeknüpften verfassungsrechtlichen Bedenken, erscheinen nicht in jeder Beziehung zwingend.[2542] Die Argumente, die für eine Entkoppelung von Haftung und Verlustverrechnung ins Feld geführt werden, nämlich dass eine Inanspruchnahme aus der Haftung nicht sicher oder gar nie eintrete, gelten meines Erachtens ebenso für den Verlustausgleich des persönlich haftenden Gesellschafters. Zur Differenzierung zwischen beschränkt und unbeschränkt haftenden Gesellschaftern taugt die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Haftenden daher nicht. Um den verfassungsrechtlichen Bedenken, die im Zusammenhang mit der Privilegierung des § 171 Abs. 1 HGB über andere Haftungstatbestände geäußert werden, zu begegnen, werden im Rahmen des Reformvorschlages sämtliche Haftungstatbestände gleichermaßen berücksichtigt.

Als neuer Standort für den Reformvorschlag wird § 2b EStG (neu) gewählt. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich um eine Vorschrift handelt, die weder originär den gewerblichen Einkünften noch der Ermittlung der Einkünfte im Rahmen der speziellen Einkunftsarten zuzurechnen ist.[2543] Es handelt sich vielmehr um eine allgemeine Vorschrift des

---

2541 S.u. E.II.2.d Absatz 1 Satz 2: Bestimmung und Bedeutung des Risikobetrages.

2542 Vgl. hierzu die unter E.I.3.a Lösung von der handelsrechtlichen Haftung, zitierte und erörterte Literatur.

2543 S.o. E.I.1.b Steuersystematik.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verlustausgleiches, die als solche auch in § 2 EStG verankert werden könnte. Aufgrund des Umfanges der vorgeschlagenen Regelung wird jedoch ein eigenständiger Paragraf gewählt. Durch die vorgezogene Stellung im Gesetz findet die Vorschrift auf sämtliche Einkunftsarten Anwendung, so dass die Verweise in §§ 13 Abs. 7, 18 Abs. 4 Satz 2, 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2, 21 Abs. 1 Satz 2 EStG obsolet werden und gestrichen werden können.

b. Absatz 1 Satz 1: persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

Mittels der Formulierung „Gesellschafter" statt wie bisher „Kommanditist" soll der persönliche Anwendungsbereich der Norm auf sämtliche Gesellschafter ausgedehnt werden. Dabei werden nicht nur die persönlich haftenden Gesellschafter in den Blick genommen, sondern auch Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, sollte de lege ferenda ein Optionsmodell nach dem Vorbild anderer Staaten, wie etwa Frankreich oder den USA, eingeführt werden.[2544] Durch die Wahl eines materiellen Ansatzes (Abstellen auf das individuelle Haftungsrisiko) im Gegensatz zu dem bisherigen formalen Ansatz (Maßgeblichkeit der Gesellschafterstellung) können auch letztere in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen werden. Zudem kann dies zu einer Milderung der durch das Steuersystem verursachten Verzerrung wirtschaftlicher Entscheidungen beitragen.[2545]

Durch die neue Stellung in § 2b EStG (neu) soll die Vorschrift auf alle Einkunftsarten Anwendung finden und nicht nur wie bisher durch eine in den einzelnen Einkunftsarten oder auch nur beschränkt auf bestimmte Einnahmequellen sinngemäße oder entsprechende Verweisung.[2546] Dementsprechend wird in § 2b EStG (neu) künftig auf den Begriff „Verlust" verzichtet und stattdessen auf die „negativen Einkünfte" Bezug genommen. Die negativen Einkünfte erfassen unstreitig sowohl die Gewinn- als auch die Überschusseinkunftsarten. In der nachfolgenden Kommentierung wird dagegen gemäß dem allgemeinen Sprachgebrauch und im Einklang mit der Rechtsprechung der Begriff „Verlust" als Synonym für „negative Einkünfte" verwendet.[2547]

2544 Zu einem entsprechenden Reformvorschlag: s.o. C.II.4.d Mögliches Steuermodell de lege ferenda.

2545 Siehe hierzu: A Einleitung.

2546 Zum sachlichen Anwendungsbereich des § 15a EStG: s.o. D.I.1.b.ii Persönlicher, sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.

2547 BFH, Urteil v. 11.03.1970 – I B 50/68, BStBl. II 1970, 569 (Tz. 14); siehe auch: C.I.1.c.i(1) Verlust – Gegenstand.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wie bisher wird mithilfe der Formulierung „andere Einkünfte" geregelt, dass nicht nur ein Verlustausgleich mit anderen Einkunftsarten, sondern auch ein Verlustausgleich mit Einkünften derselben Einkunftsart, die außerhalb der Gesellschaftsbeteiligung erzielt werden, ausgeschlossen wird.[2548]

c. Absatz 1 Satz 1: wirtschaftliches Risiko und positiver Risikobetrag

Mit den Begriffen „wirtschaftliches Risiko" und „positiver Risikobetrag" soll klargestellt werden, dass ein Verlustausgleich ausgeschlossen ist, soweit der Risikobetrag negativ wird. Der Duden definiert „Risiko" als „*möglicher negativer Ausgang bei einer Unternehmung, mit dem Nachteile, Verlust, Schäden verbunden sind; mit einem Vorhaben, Unternehmen o. Ä. verbundenes Wagnis*"[2549]. Nach dieser Definition wäre unter einem negativen Risiko eine Chance oder Erfolgsaussicht zu verstehen und stünde im Widerspruch zu einem Verlust und einem daran anknüpfenden Verlustausgleich. Das heißt, ein wirtschaftliches Risiko und damit ein Verlustausgleichsvolumen kann nur vorliegen, wenn die Summe aus Kapitalkonto und individuellem Haftungsanteil an den Verbindlichkeiten sowie Rückstellungen der Gesellschaft (Risikobetrag im Sinne des § 2b Abs. 1 Satz 2 EStG (neu); siehe nachfolgende Kommentierung) positiv ist. Das einzubeziehende Kapitalkonto als Einzelgröße kann dabei negativ sein, sofern diesem ein entsprechender Haftungsanteil an den Verbindlichkeiten sowie Rückstellungen der Gesellschaft gegenübersteht. Dies wird bei persönlich haftenden Gesellschaftern regelmäßig der Fall sein, bei beschränkt haftenden Gesellschaftern dagegen nur, sofern ihre beschränkte Haftung aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Haftungstatbestände erweitert ist.

Neben der Ausgleichsfähigkeit der Verluste bewirkt ein positiver Risikobetrag zudem, dass sich Entnahmen, Haftungsminderungen, nicht abzugsfähige Betriebsausgaben sowie die Rückzahlung steuerfreier Einnahmen zwar mindernd auf den Risikobetrag auswirken, sie aber nicht zu einer Nachversteuerung nach § 2b Abs. 3 EStG (neu) führen.[2550] Wird der

2548 Vgl. zu § 15a EStG: D.I.1.b.i Grundtatbestand des § 15a EStG – § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG.

2549 *Dudenredaktion* (Hrsg.), Duden Deutsches Universalwörterbuch (2019), „Risiko".

2550 S.u. E.II.2.j Absatz 3 Sätze 1 bis 3: Nachversteuerung namentlich aus Gründen der Entnahme und Haftungsminderung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Risikobetrag hingegen negativ, gilt das eben Gesagte mit umgekehrten Vorzeichen: Der Verlust ist nur noch mit künftigen positiven Einkünften verrechenbar und Entnahmen, Haftungsminderungen, nicht abzugsfähige Betriebsausgaben sowie die Rückzahlung steuerfreier Einnahmen führen in der Regel zu einer Nachversteuerung (etwas anderes gilt, wenn eine Entnahme eine Haftungsbegründung in nämlicher Höhe nach sich zieht).[2551]

In diesem Zusammenhang ist auch das Zusammenspiel mit § 34a EStG zu beachten. Während einbehaltene Gewinne einem begünstigten Steuersatz unterliegen, wirken sich die ausgleichs- und abzugsfähigen Verluste in Höhe des persönlichen Steuersatzes aus.[2552] Es könnte daher erwogen werden, die Verluste spiegelbildlich zur Begünstigung thesaurierter Gewinne mit einem „benachteiligten" Steuersatz zu berücksichtigen („benachteiligte Verluste"). Soweit das Verlustausgleichsvolumen und in der Folge die Verlustverrechnung auf thesaurierten Gewinnen beruht (Gewinnrücklage), könnten die Verluste von einem Verlustausgleich sowie -abzug ausgeschlossen werden („benachteiligte Verluste"). Stattdessen würde sich die Steuerlast in Höhe von 28,25 %[2553] des „benachteiligten Verlustes" mindern. Allerdings gilt es bei einer solchen Regelung zweierlei zu beachten: Eine solche Regelung setzt zwingend voraus, dass die Reihenfolge zur Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens feststeht. Andernfalls kann nicht ermittelt werden, welcher Teil des Verlustes einen „benachteiligten Verlust" darstellt. Während hier wohl gute Gründe dafür sprechen, nur den letzten Teil des Verlustes als auf der Gewinnrücklage basierend zu behandeln, wäre in einem weiteren Schritt zu klären, wie sich die Nachversteuerung nach § 34a Abs. 4 EStG auf die Verlustberücksichtigung auswirkt. Kongruent zur Nachversteuerung müsste sich die Steuerlast um 25 % der abermals als „benachteiligt" behandelten Verluste mindern. Sofern „benachteiligte Verluste" in Höhe des Nachversteuerungsbetrages vorliegen, bliebe die Steuerlast unverändert. Eine solche Regelung würde mithin erfordern, dass die „benachteiligten Verluste" festgeschrieben und fortentwickelt werden. Wie sich zeigt, ist eine solche Regelung nicht ohne weiteren Verwaltungsaufwand und Verkomplizierung möglich. Betrachtet man den (überschaubaren) Effekt einer solchen Regelung, wird von dem Vorschlag

2551 S.u. E.II.2.i Absatz 2: Behandlung nicht ausgleichsfähiger Verluste, sowie: E.II.2.j Absatz 3 Sätze 1 bis 3: Nachversteuerung namentlich aus Gründen der Entnahme und Haftungsminderung.

2552 S.o. E.I.1.b Steuersystematik.

2553 Der Steuersatz entspricht dabei dem begünstigten Steuersatz für thesaurierte Gewinne in § 34a Abs. 1 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer diesbezüglichen Neuregelung Abstand genommen. Zwar profitiert der Steuerpflichtige insoweit von „best of both worlds“[2554], doch handelt es sich bei der Tarifbegünstigung für nicht entnommene Gewinne lediglich um einen Zinsvorteil, der sich nur dann rentiert, wenn er über die spätere Nachversteuerungsmehrbelastung hinausgeht.[2555] Zudem profitiert mittelbar auch die Gesamtwirtschaft von der Thesaurierungsbegünstigung. Denn die Thesaurierungsbegünstigung setzt Anreize zur Reinvestition und stärkeren Eigenkapitalquote.[2556] Dies führt zur Stärkung der Unternehmen in Krisenzeiten.[2557]

d. Absatz 1 Satz 2: Bestimmung und Bedeutung des Risikobetrages

Der Risikobetrag eines Gesellschafters setzt sich nach der Legaldefinition in § 2b Abs. 1 Satz 2 EStG (neu) aus seinem Kapitalkonto in der Steuerbilanz der Gesellschaft sowie seinem Haftungsanteil an den in der Steuerbilanz der Gesellschaft auszuweisenden Verbindlichkeiten und Rückstellungen zusammen. Hierdurch wird gleichzeitig sichergestellt, dass die von vielen Unwägbarkeiten abhängige deliktische Haftung mangels Bilanzierung unberücksichtigt bleibt. Die Legaldefinition orientiert sich stark an dem US-amerikanischen Vorbild des *amount at risk* in § 465 IRC und beruht auf einem fiktiven *worst case scenario* (Liquidation der Gesellschaft bei kompletter Vermögenslosigkeit der Gesellschaft).[2558]

Hierzu wird unterstellt, dass sämtliche Vermögenswerte der Gesellschaft wertlos sind und dem Kapitalkonto keinerlei Vermögenswerte mehr gegenüberstehen, mit der Folge, dass dieses „verloren geht“, die Verbindlichkeiten sowie Rückstellungen fällig sind, die Gesellschaft liquidiert wird und alle Gesellschafter ihrer Zahlungsverpflichtung nachkommen. Die Summe aus steuerlichem Kapitalkonto der Gesellschaft und den Verbindlichkeiten und Rückstellungen (in der Steuerbilanz) der Gesellschaft stellt daher den maximalen möglichen Verlust der Gesellschaft, das heißt

---

2554 *Schön*, im Rahmen eines Vortrages von Herrn Wacker zu dem Thema „Aktuelle Überlegungen zur Unternehmenssteuerreform – Aspekte aus rechtspraktischer Sicht“, in der Vortragsreihe „Reformfragen des deutschen Steuerrechts“ am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen am 07.03.2019.

2555 Siehe hierzu auch: *Wacker*, in: Schmidt, EStG, 39. Auflage 2020, § 34a Rz. 7.

2556 BT-Drs. 16/4841, S. 32.

2557 BT-Drs. 16/4841, S. 32.

2558 S.o. D.I.2.c.ii(4) *Amount at risk* als Anknüpfungspunkt.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihr maximales Haftungsrisiko und damit das laufende Gesamtverlustausgleichsvolumen dar. Auf eine Berücksichtigung zumindest bestimmter Aktiva (zum Beispiel Kasse, Bank oder Immobilien), die regelmäßig mindestens den Bilanzwert aufweisen werden, wird aus Gründen der Praktikabilität bewusst verzichtet. Hinzu kommt, dass die Berücksichtigung der Bank respektive der Kasse zur Folge hätte, dass sich eine Einlage nicht mehr erhöhend auf das Verlustausgleichsvolumen auswirken würde, da der Einlage mit der Bank respektive der Kasse in gleicher Höhe ein Aktivposten gegenübersteht.

Soweit im Rahmen des Regelungsziels darauf hingewiesen wurde, dass mittels des Reformvorschlages das individuelle Haftungsrisiko in den Mittelpunkt gerückt und die wirtschaftlichen Verhältnisse besser abgebildet werden sollen, muss die Frage beantwortet werden, wie realistisch das unterstellte *worst case scenario* die tatsächlichen wirtschaftlichen Risiken abbildet. Es soll nicht verschwiegen werden, dass ein solches *worst case scenario* äußerst unwahrscheinlich, wenn überhaupt denkbar ist. Die Gesellschaft wird, auch im Falle einer Insolvenzabweisung mangels Masse,[2559] regelmäßig einen gewissen, wenn auch nur sehr geringen Vermögenswert aufweisen. Trotzdem wird an diesem *worst case scenario* festgehalten, da es sich hierbei um eine Verwaltungsvereinfachung und eine Fiktion zugunsten des Steuerpflichtigen handelt.

Stellt im Falle einer tatsächlichen Liquidation diese eine Verbesserung zu dem vom Gesetz in Bezug genommenen *worst case scenario* dar, erleidet der Steuerpflichtige hieraus keinen Nachteil. Das fingierte *worst case scenario* führt lediglich zu einem höheren laufenden Verlustausgleich und reduziert die Gefahr, dass ein etwaiger steuerbegünstigter Aufgabegewinn mit festgestellten verrechenbaren Verlusten aus den Vorjahren ausgeglichen wird.[2560]

Auch aus Sicht des Fiskus ist die Zugrundelegung des *worst case scenarios* akzeptabel. Zwar führt es im Zweifel zu einem höheren laufenden Verlustausgleich, doch wird hierdurch kein zusätzliches Verlustausgleichsvolumen geschaffen. Es kommt lediglich zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Verlustverrechnung. Darüber hinaus gilt es bei unbeschränkt haftenden Gesellschaftern zu beachten, dass diesen de lege lata ohnehin ein unbeschränkter Verlustausgleich zusteht. Demgegenüber stellt das Ab-

2559 § 26 InsO.

2560 Zum Ausgleich eines steuerbegünstigten Gewinns mit verrechenbaren Verlusten: s.o. D.I.1.b.v Verlustverrechnung in späteren Wirtschaftsjahren nach § 15a Abs. 2 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stellen auf das *worst case scenario* allenfalls eine Reduktion des laufenden Verlustausgleichsvolumens der unbeschränkt haftenden Gesellschafter dar. Bei beschränkt haftenden Gesellschaftern wirkt sich das *worst case scenario* dagegen nur aus, wenn eine über die nach § 171 Abs. 1 HGB beschränkte Haftung hinausgehende Haftung vorliegt. Dies kann zwar aufgrund diverser Umstände (§ 176 HGB, Bürgschaft, Nachschusspflicht et cetera) der Fall sein, doch hält sich der mögliche Nachteil des Fiskus, der sich allein aus Progressions- und Zinseffekten ergibt, in einem überschaubaren Rahmen.

Das *worst case scenario* ermöglicht es, das absolute Haftungsrisiko der Gesellschaft zu beziffern und den Gesellschaftern anteilig zuzurechnen. Hierdurch gelingt es, das absolute Haftungsrisiko der unbeschränkt haftenden Gesellschafter zu beziffern und deren Verlustausgleichsvolumen hierauf zu beschränken. Dies erlaubt auch eine Berücksichtigung sämtlicher Haftungstatbestände ohne die Gefahr einer Multiplikation der Verlustausgleichsvolumina. Übernimmt ein Gesellschafter eine überobligatorische Haftung, kommt es lediglich zu einer abweichenden Zuteilung, aber nicht zu einer Erhöhung des absoluten für die Verlustzuweisung erheblichen Haftungsrisikos der Gesellschaft. Erklärt etwa ein Kommanditist eine Bürgschaft (unter Regressverzicht),[2561] reduziert sich insoweit das absolute Haftungsrisiko der unbeschränkt haftenden Gesellschafter, die andernfalls für die Verbindlichkeit einzustehen hätten. Es kommt für diese allerdings erst dann zu einer spürbaren Beschränkung des Verlustausgleiches, wenn der Verlustanteil ihren individuellen Risikobetrag übersteigt. Erst dann ist eine Beschränkung auch gerechtfertigt.

Neben der Möglichkeit, das maximale Haftungsrisiko zu beziffern, bietet das *worst case scenario* einen Praktikabilitätsgewinn. Hierdurch wird eine jeweils zum Bilanzstichtag ergehende Feststellung, in welcher Höhe, gemessen am Verkehrswert, den Passiva (werthaltige) Aktiva gegenüberstehen, obsolet. Eine andere Möglichkeit der Vereinfachung würde das Abstellen auf die Buchwerte darstellen. Dies würde im Ergebnis eine Begrenzung des Verlustausgleiches auf die Höhe des Kapitalkontos bedeuten. Das Kapitalkonto spiegelt das tatsächliche wirtschaftliche Verlustrisiko jedoch nur unvollständig wider, da es keine abweichenden Haftungsvereinbarungen berücksichtigt.

2561 S.u. E.II.2.h.ii Absatz 1 Satz 6: Haftungsreduktion.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e. Absatz 1 Satz 2: das Kapitalkonto – Einbeziehung von Sonderbetriebsvermögen?

Auch wenn künftig das individuelle Haftungsrisiko des Einzelnen in den Mittelpunkt gerückt werden soll, kommt nach wie vor auch dem Kapitalkonto Bedeutung zu. Das Kapitalkonto bildet eine von zwei Komponenten, beziehungsweise bei Kommanditisten, die keine darüber hinausgehende Haftung trifft, sogar die einzige Komponente des Risikobetrages. Für die Bestimmung des maßgeblichen Kapitalkontos gelten die im Rahmen des § 15a EStG getätigten Ausführungen entsprechend.[2562]

Parallel zu § 15a EStG wird auch hier auf das Kapitalkonto des Gesellschafters in der Steuerbilanz der Gesellschaft abgestellt, um einerseits eine Einbeziehung der Ergänzungsbilanz zu gewährleisten und um andererseits das Sonderbetriebsvermögen auszuschließen, das zivilrechtlich einem separaten Haftungskreis zuzurechnen ist. Die Ergänzungsbilanz bildet dagegen lediglich Wertkorrekturen für Wirtschaftsgüter in der Steuerbilanz der Gesellschaft ab. Sie wird daher begrifflich von der „Steuerbilanz der Gesellschaft" erfasst. An der Signifikanz der Steuerbilanz soll festgehalten werden, auch wenn dies zu einer Abweichung von der Handelsbilanz und damit zu einer gewissen Diskrepanz des Haftungsrisikos im fingierten *worst case scenario* führt. Diese muss meines Erachtens hingenommen werden, um eine Kongruenz zwischen „Kapitalkonto" und „Anteil an den negativen Einkünften" innerhalb der Vorschrift zu gewährleisten.

Es hat nach wie vor eine Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital der Gesellschaft zu erfolgen. Für die Abgrenzung gelten die zum bisherigen § 15a EStG (Kapitalkonto) getätigten Ausführungen entsprechend.[2563] Anders als im Rahmen von § 15a EStG gilt es zu beachten, dass ein Forderungskonto eines Gesellschafters zwar bei der Ermittlung des maßgeblichen Kapitalkontos außer Ansatz bleibt, die Gesellschafterforderung allerdings im Rahmen der zweiten Komponente des Risikobetrages Bedeutung erlangt. Spiegelbildlich zu der Gesellschafterforderung existiert für die Gesellschaft eine Verbindlichkeit. Diese ist den Gesellschaftern entsprechend ihrem Haftungsanteil anteilig zuzurechnen.[2564]

Die Einbeziehung des Kapitalkontos hat zur Konsequenz, dass sich nicht nur das positive Kapitalkonto erhöhend, sondern auch das negative Kapi-

---

2562 S.o. D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto.
2563 S.o. D.I.1.b.i(2) Kapitalkonto.
2564 S.u. E.II.2.f Absatz 1 Satz 2: Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

talkonto mindernd auf den Risikobetrag auswirkt. Hierdurch soll dem wirtschaftlichen Umstand Rechnung getragen werden, dass das positive Kapitalkonto einen Zuwachs an Haftungsmasse darstellt und damit das wirtschaftliche Risiko des Gesellschafters in einem *worst case scenario* erhöht; ein negatives Kapitalkonto mindert hingegen die Haftungsmasse.

Von einer Regelung nach dem Beispiel der USA, nach der auch Verbindlichkeiten des Gesellschafters, die er im Zusammenhang mit der Tätigkeit begründet hat, das Haftungsvolumen des Gesellschafters erhöhen,[2565] wird bewusst Abstand genommen. In das deutsche Steuersystem übertragen, würde dies eine Einbeziehung von Sonderbetriebsvermögen bedeuten, was aufgrund der separaten und unabhängigen Haftungskreise gerade nicht stattfinden soll.

f. Absatz 1 Satz 2: Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft

An dem Vorbild der USA orientiert, ist der Haftungsanteil des Gesellschafters an den Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft in die Ermittlung seines Risikobetrags mit einzubeziehen. In gleicher Weise wie bei der Ermittlung des Kapitalkontos soll bei der Bestimmung der Verbindlichkeiten und Rückstellungen durch das Abstellen auf die „Steuerbilanz der Gesellschaft" sichergestellt werden, dass das Sonderbetriebsvermögen unberücksichtigt bleibt. Die Einbeziehung der Verbindlichkeiten und Rückstellungen begünstigt auf den ersten Blick eine hohe Fremdkapitalquote. Allerdings kommt dem Eigenkapital bei der Ermittlung des Risikobetrages die gleiche Bedeutung zu. Denn auch Gewinnrücklagen erhöhen als Teil des Eigenkapitals in vollem Umfang den Risikobetrag.[2566] Zudem wird auf Ebene der Gesellschaft regelmäßig zumindest der Zinsausgabenabzug sichergestellt werden sollen. Das setzt den Finanzierungszusammenhang, mithin voraus, dass zwischen der Finanzierung über Fremdkapital und der Tätigkeit der Gesellschaft ein Veranlassungszusammenhang im Sinne des § 4 Abs. 4 EStG beziehungsweise § 9 Abs. 1 EStG besteht. Typischerweise wird die Gesellschaft, wenn der Zinsaufwand abziehbar sein soll, mit dem aufgenommenen Fremdkapital Verbindlichkeiten bedienen, die durch ihre originäre Tätigkeit entstanden sind. Sofern der Gesellschafter bereits für diese haftet, und damit sein Verlustverrechnungspotential

---

2565 S.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2566 S.o. E.II.2.e Absatz 1 Satz 2: das Kapitalkonto – Einbeziehung von Sonderbetriebsvermögen?

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beeinflusst, führt die Aufnahme von Fremdkapital für Zwecke der Tilgung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft – bei Lichte besehen – nur zu einem Wechsel des Haftungsgläubigers. So tritt die Bank mit ihrem Tilgungsanspruch an die Stelle des mit der Valuta befriedigten Gläubigers. Wirtschaftlich betrachtet ändert sich damit für den Gesellschafter zunächst nichts. Nimmt man die Zinsbelastung über die Laufzeit der Fremdfinanzierung mit in den Blick, erhöht sich zwar der absolute Haftungsbetrag des jeweiligen Gesellschafters, womit sich grundsätzlich auch das Verlustverrechnungsvolumen erhöht. Das ist aber, da sich der Haftungsbetrag des Gesellschafters tatsächlich erhöht, auch folgerichtig. Mithin favorisiert der Reformvorschlag die Fremdkapitalfinanzierung nicht zwingend.

Durch die Formulierung „auszuweisende" statt „ausgewiesene" soll gewährleistet werden, dass die richtigerweise auszuweisenden, nicht die tatsächlich ausgewiesenen Beträge maßgeblich sind.

Eine Sonderrolle unter den Gesellschaftsverbindlichkeiten nehmen die Gesellschafterdarlehen ein. Diese sind zugleich Verbindlichkeit in der Steuerbilanz der Gesellschaft wie auch Forderung in der Sonderbilanz des Gesellschafters.[2567] Die Berücksichtigung der Gesellschafterdarlehen über den „Umweg" des Haftungsanteils an den Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist lediglich einer konsequenten Anwendung des *worst case scenarios* geschuldet und führt nicht zu einer Vermischung zweier zivilrechtlich separater Haftungskreise. Im Gegensatz zu einer direkten Einbeziehung von Sonderbetriebsvermögen in den Risikobetrag des jeweiligen Gesellschafters wird das Gesellschafterdarlehen nicht dem darlehensgebenden Gesellschafter allein zugerechnet, sondern vielmehr (wie alle Gesellschaftsverbindlichkeiten) anteilig allen Gesellschaftern, soweit sie hierfür haften. Mithin kann nach wie vor nicht auf die teils sehr schwere Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital verzichtet werden.[2568]

In Abweichung zu den USA sollen auch Rückstellungen in die Ermittlung des Risikobetrages einbezogen werden, da in dem fingierten *worst case scenario* davon auszugehen ist, dass auch die zugrundeliegenden Verbindlichkeiten entstehen und fällig werden, mithin auch insoweit gehaftet wird.

Auf der Passivseite nicht einbezogen werden hingegen passive Rechnungsabgrenzungsposten (pRAP) sowie latente Steuern. Erstere stellen

---

2567 *Fischer*, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Betriebsvermögen und Sonderbetriebsvermögen [Stand 06/2019] Rn. 290.

2568 S.o. E.II.2.e Absatz 1 Satz 2: das Kapitalkonto – Einbeziehung von Sonderbetriebsvermögen?.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lediglich Einnahmen dar, die erst in einem späteren Wirtschaftsjahr als Ertrag zu erfassen sind. Mithin handelt es sich nur um ein bilanzielles Werkzeug, nicht um eine Zahlungsverpflichtung und damit um ein mögliches Haftungsrisiko der Gesellschaft. Die latenten Steuern indes werden nur in der Handelsbilanz ausgewiesen und sind mithin nicht in der für die Anwendung des § 2b EStG (neu) maßgebenden Steuerbilanz zu finden.

Durch das Einbeziehen des Haftungsanteils an den Gesellschaftsverbindlichkeiten in den Risikobetrag ohne eine Verrechnung mit Aktiva ergibt sich auf den ersten Blick eine offenkundige und sehr einfache Missbrauchsmöglichkeit. Allein durch die Aufnahme eines Darlehens kann der Risikobetrag und damit das Verlustausgleichsvolumen erhöht werden. Auf die Spitze getrieben, könnte zum 31.12. ein Darlehen aufgenommen werden, dessen Rückzahlung bereits für den 1.1. vereinbart ist. Das Verlustausgleichsvolumen erhöht sich um den Darlehensbetrag, ohne dass ein wirkliches Haftungsrisiko eingegangen wird. Diesem Problem wird mittels § 2b Abs. 3 EStG (neu) begegnet. Zwar wird durch die Darlehensaufnahme der Risikobetrag erhöht, doch führt die Tilgung zu einer Minderung des Risikobetrages und unter den Voraussetzungen des § 2b Abs. 3 EStG (neu) zu einer Nachversteuerung.

Eine Ausnahmevorschrift mit vielen Unterausnahmen und Definitionen, wie sie in den USA für Darlehen von nahestehenden Personen vorliegt,[2569] ist für Deutschland entbehrlich. Für Vertragsverhältnisse zwischen nahen Angehörigen kann auf die allgemeine Vorschrift des § 41 AO zurückgegriffen werden.[2570] Hält ein Vertrag dieser Überprüfung stand, ist es gerechtfertigt, ihn auch bei der Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens zu berücksichtigen.

2569 § 465(b)(3) IRC; s.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.

2570 *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 41 AO [Stand 07/2016] Rn. 29: „Vertragsverhältnisse zwischen nahen Angehörigen sind steuerrechtlich nur anzuerkennen, wenn die Verträge bürgerlich-rechtlich wirksam vereinbart worden sind und sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entsprechen. Fehlt es innerhalb eines Familienverbundes typischerweise an einem Interessengegensatz und können zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten steuerrechtlich missbraucht werden, so ist es im Interesse einer effektiven Missbrauchsbekämpfung geboten und zulässig, an den Beweis des Abschlusses und an den Nachweis der Ernstlichkeit von Vertragsgestaltungen zwischen nahen Angehörigen strenge Anforderungen zu stellen".

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

g. Absatz 1 Sätze 2 bis 4: die persönliche sowie dingliche Haftung

Für die Bestimmung des individuellen Haftungsanteils des einzelnen Gesellschafters an den Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft ist sein persönlicher sowie dinglicher Haftungsumfang maßgeblich. Nach dem Vorbild der USA findet durch den weiten Begriff der Haftung bewusst keine Beschränkung mehr auf bestimmte Fälle der (Außen-)Haftung statt. Hierdurch wird de lege ferenda etwa auch der Fall der „überschießenden Innenhaftung" erfasst.[2571]

Dem Reformvorschlag steht nicht entgegen, dass er sich in Widerspruch zu den Bilanzierungsregeln setzt. Eines Gleichlaufs mit den Bilanzierungsregeln (etwa Bilanzierung der Bürgschaft erst, wenn die Inanspruchnahme hieraus droht)[2572] bedarf es nicht, da es vorliegend allein um die Bestimmung des abstrakten zivilrechtlichen Haftungsrisikos in einem *worst case scenario* für die Zuteilung der Verbindlichkeiten und Rückstellungen zur Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens geht. Auch bei dem persönlich haftenden Gesellschafter ist bisher schon allein das Bestehen der Haftung für den unbeschränkten Verlustausgleich ausreichend. Der Umstand, wie wahrscheinlich die Inanspruchnahme tatsächlich ist, bleibt dagegen unberücksichtigt.

i. Absatz 1 Satz 2: die persönliche Haftung

Durch das Abstellen auf die persönliche Haftung werden sowohl vertraglich vereinbarte wie gesetzliche Haftungstatbestände der Innen- und Außenhaftung erfasst.[2573] Hierbei wird bewusst nicht auf die „zivilrechtliche Haftung" abgestellt, da mögliche öffentlich-rechtlich bedingte Haftungstatbestände nicht ausgeklammert werden sollen.

2571 Die überschießende Innenhaftung betrifft u.a. den Fall einer noch ausstehenden Pflichteinlage, die höher als die Haftsumme ist. Dieser Fall wird de lege lata weder von § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG (mangels tatsächlicher Einlage) noch von § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG (nur in Höhe der Haftsumme) erfasst; andere Beispiele bei: *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 87.

2572 BFH, Urteil v. 18.04.2012 – X R 5/10, BStBl. II 2013, 785 (Tz. 22).

2573 Z.B. die Bürgschaft, Nachschusspflicht, Haftung nach § 176 HGB, um nur einige zu nennen.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ii. Absatz 1 Sätze 2 bis 4: die dingliche Haftung

Die Einbeziehung von dinglichen Sicherheiten trägt dem Umstand Rechnung, dass es für den Gesellschafter wirtschaftlich keinen Unterschied macht, ob er eine Personal- oder Realsicherheit leistet. Allerdings findet insoweit eine betragsmäßige Begrenzung auf den Verkehrswert des Sicherungsgutes (grundsätzlich zum Zeitpunkt der Sicherheitsbestellung) statt. Hiermit wird zum einen berücksichtigt, dass maximal insoweit ein Verlust, das heißt ein wirtschaftliches Risiko droht.[2574] Gleichzeitig wird ermöglicht, andere, vorrangige Sicherheiten, die auf dem Sicherungsgut lasten, in Abzug zu bringen. Hierdurch soll verhindert werden, dass ein und dasselbe Sicherungsgut mehrfach als Sicherheit und damit zur Begründung von Haftungs- und Verlustausgleichsvolumen genutzt wird.

Aus Praktikabilitätserwägungen wird für die Bestimmung des Verkehrswertes auf den Zeitpunkt der Sicherheitsbestellung abgestellt. Dies verhindert, dass eine laufende Verkehrswertfeststellung vorgenommen werden muss. Es soll dem Gesellschafter jedoch die Möglichkeit eingeräumt werden, einen anderen – in der Regel höheren – Verkehrswert und damit ein höheres Verlustausgleichsvolumen nachzuweisen. Für den Fall, dass ausnahmsweise der Nachweis eines niedrigeren Verkehrswertes für den Gesellschafter vorteilhaft ist (die Haftung und damit das Verlustausgleichsvolumen fällt hier entsprechend auf die anderen Gesellschafter zurück), ist auch dies möglich. Sofern der Gesellschafter einmal einen aktuelleren Verkehrswert nachweist, soll dieser aus Praktikabilitätsgründen fortan maßgeblich sein. Hierdurch wird vermieden, dass nach einem einmal nachgewiesenen aktuellen Verkehrswert wiederkehrend ein aktueller Verkehrswert nachgewiesen werden muss, beziehungsweise es andernfalls zu einem Rückfall auf den Verkehrswert zum Zeitpunkt der Sicherheitsbestellung käme. Es wird bewusst nicht schlicht die Möglichkeit eingeräumt, einen aktuelleren Verkehrswert nachzuweisen. Hierdurch soll verhindert werden, dass der Gesellschafter nachträglich den Zeitpunkt wählt, in dem der Verkehrswert einen für ihn günstigen Wert aufwies, auch wenn dieser nicht dem aktuellen Verkehrswert entspricht. Dies dient der Missbrauchsvermeidung.

Die Berücksichtigung dinglicher Sicherheiten führt auch nicht zu einer Vermischung der beiden Haftungskreise (Gesellschaftsvermögen und Sonderbetriebsvermögen). Schließlich wirkt sich während des Bestehens der Gesellschaft weder die Bestellung einer solchen Sicherheit noch die dro-

2574 S.o. D.II.2.c.ii Einbeziehung einer erweiterten Haftung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hende oder tatsächliche Inanspruchnahme hieraus steuermindernd im Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters aus.[2575] Nur für den Fall des (Fort-)Bestehens der Gesellschaft, das heißt für die Ausgleichsfähigkeit der laufenden Verluste, ist die dingliche Sicherheit jedoch relevant.

h. Absatz 1 Sätze 5 und 6: Bestimmung des Haftungsumfangs

Die Sätze 5 und 6 regeln den Haftungsumfang der einzelnen Gesellschafter für Zwecke des § 2b EStG (neu). Mit anderen Worten wird festgelegt, wie sich das maximale Haftungsrisiko der Gesellschaft auf ihre Gesellschafter verteilt.

i. Absatz 1 Satz 5: Bestimmung der Haftung

Orientiert an dem US-amerikanischen Vorbild ist maßgeblich darauf abzustellen, wer als letztes Glied einer möglichen Haftungskette für die Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft einzustehen hat (*obligor of last resort*).[2576] Dabei werden sämtliche Haftungstatbestände berücksichtigt, wobei Regressansprüche des Gesellschafters dazu führen können, dass er insoweit nicht das letzte Glied der Haftungskette ist. Regressansprüche gegen die Gesellschaft bleiben dabei unberücksichtigt.[2577] Dies liegt in dem gesetzlich fingierten *worst case scenario* begründet, das von der Liquidation der Gesellschaft ausgeht.[2578] Durch die Berücksichtigung sämtlicher Haftungstatbestände wird die Gefahr einer Unionsrechtswidrigkeit vermieden.[2579]

Auf eine Vorschrift nach dem Vorbild der USA, wonach eine erklärte Sicherheit nur dann berücksichtigt wird, wenn sie mindestens 90 % des Wertes der Hauptverbindlichkeit abdeckt, wird hier verzichtet. In den USA sollen durch diese Regelung sogenannte *bottom dollar payment obligations* ausgeschlossen werden.[2580] In der Möglichkeit, eine Sicherheit

---

2575 FG Bremen, Urteil v. 13.03.2019 – 1 K 96/16 (3) (Tz. 42); BFH, Urteil v. 05.02.2002 – VIII R 31/01, BStBl. II 2002, 464 (Tz. 32 ff.).
2576 S.o. D.I.2.c.ii(4)(b) Berechnung des *amount at risk*.
2577 S.o. D.II.2.c.ii Einbeziehung einer erweiterten Haftung.
2578 Zu den Annahmen im Rahmen der fingierten Liquidation: E.II.2.d Absatz 1 Satz 2: Bestimmung und Bedeutung des Risikobetrages.
2579 S.o. E.I.2.d Europäische Grundfreiheiten.
2580 S.o. D.II.2.b.ii Einbeziehung der Haftung.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betragsmäßig auf den unteren Bereich einer Verbindlichkeit zu beschränken (zum Beispiel für die ersten 10 % einer *nonrecourse* Verbindlichkeit), wurde die Gefahr gesehen, Verlustausgleichsvolumina zu generieren, obwohl das tatsächliche Haftungsrisiko gegen null geht, denn insbesondere für die ersten Tilgungsraten ist deutlich sicherer mit einer Begleichung durch die Gesellschaft zu rechnen als für die letzten. Zwar besteht auch in Deutschland die Gefahr, dass ein Gesellschafter (regelmäßig ein ansonsten beschränkt haftender Gesellschafter) durch eine solche Erklärung sein Haftungsvolumen erhöht. Doch vermindert sich dadurch in gleichem Umfang das Haftungsvolumen seiner Mitgesellschafter. Im Gegensatz zu den USA kann durch die Übernahme einer Sicherheit für eine ansonsten als *nonrecourse* Verbindlichkeit qualifizierende Verbindlichkeit in Deutschland kein zusätzliches Haftungs- und damit Verlustausgleichsvolumen geschaffen werden, denn für *nonrecourse* Verbindlichkeiten besteht ein Bilanzierungsverbot.[2581] Mithin bleiben diese im maximalen Haftungsrisiko der Gesellschaft unberücksichtigt. So führt eine *bottom dollar payment obligation* in Deutschland allenfalls zu einer Verschiebung, nicht aber zur Schaffung neuen Verlustausgleichspotentials. Eine solche Gestaltung ist in Deutschland mithin nur attraktiv, wenn den persönlich haftenden Gesellschaftern ausreichend Verlustausgleichspotential zur Verfügung steht. Derartigen Gestaltungen kann in Deutschland mit der Beschränkung in § 2b Abs. 1 Satz 6 EStG (neu) begegnet werden. Danach reduziert sich die Haftung, soweit eine Inanspruchnahme nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich ist.

ii. Absatz 1 Satz 6: Haftungsreduktion

Durch Satz 6 sollen künftig auch sogenannte *stop loss* Vereinbarungen haftungsmindernd berücksichtigt werden. Zu den *stop loss* Vereinbarungen gehören neben vertraglichen Absicherungen auch gesetzliche Regressansprüche. Die Formulierung „soweit" stellt dabei sicher, dass jedem Gesellschafter nur sein Haftungsanteil an den Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft zugeschrieben wird. In Bezug auf die Berücksichtigung von Regressansprüchen kommt Satz 6 gegenüber Satz 5 insoweit ein eigener Regelungsinhalt zu, als er Fälle erfasst, in denen nach Satz 5 eine gleichrangige Haftung mehrerer Gesellschafter festgestellt wurde. Nach

2581 § 5 Abs. 2a EStG; BFH, Beschluss v. 10.10.1985 – IV B 30/85, BStBl. II 1986, 68 (Tz. 16).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Satz 6 ist bei jedem Haftenden der Regressanspruch gegenüber seinen gleichrangig mithaftenden Gesellschaftern in Abzug zu bringen.

Ebenso führt bei einer Bürgschaftsübernahme der damit einhergehende Forderungsübergang respektive Regressanspruch gegenüber den Mitgesellschaftern (ein Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft scheidet aufgrund gesetzlich fingierter Liquidation aus)[2582] zu einer Haftungsreduzierung. Eine Bürgschaftserklärung wirkt sich folglich nur unter Regressverzicht tatsächlich in vollem Umfang erhöhend auf die Haftung und damit auf das Verlustausgleichsvolumen des einzelnen Gesellschafters aus.[2583] Gleichzeitig stellt die Bürgschaftserklärung unter Regressverzicht eine *stop loss* Vereinbarung zugunsten der anderen Gesellschafter dar, die andernfalls für die Verbindlichkeit einzustehen hätten.

Auch an dieser Stelle wird die Liquidation der Gesellschaft gesetzlich fingiert. Hierdurch soll noch einmal das dem § 2b EStG (neu) zugrundeliegende *worst case scenario* fixiert und sichergestellt werden, dass auch im Rahmen des Satzes 6 ein möglicher Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft unberücksichtigt bleibt.

Sofern auf einen möglichen vertraglichen Haftungsausschluss oder die Unwahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs verwiesen wird, wird der Wortlaut von § 15a Abs. 1 Satz 3 EStG übernommen. Wie bisher soll hierdurch ein möglicher Haftungsausschluss „zB durch einen Versicherungsvertrag, einen Garantievertrag, einen Vertrag auf Haftungsfreistellung oder die Vereinbarung einer Bankbürgschaft für den gesetzlichen Regressanspruch des K'disten"[2584] respektive des Gesellschafters Berücksichtigung finden.

i. Absatz 2: Behandlung nicht ausgleichsfähiger Verluste

§ 2b Abs. 2 EStG (neu) wird im Wesentlichen unverändert von § 15a Abs. 2 EStG übernommen. Es wird künftig lediglich klargestellt, dass ausschließlich steuerpflichtige Einkünfte zu einer Verlustverrechnung führen.[2585] Durch den Begriff „Einkünfte" sollen Gewinne sowie Einnahmenüber-

2582 S.o. E.II.2.d Absatz 1 Satz 2: Bestimmung und Bedeutung des Risikobetrages.

2583 Ohne Regressverzicht erhöht sich seine Haftung nur insoweit, als ihm kein anteiliger Regressanspruch gegenüber seinen Mitgesellschaftern zusteht.

2584 *Von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, 19. Auflage 2020, § 15a EStG Rz. 33.

2585 Zu den bisherigen Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben: s.o. D.II.7.a Deutschland.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schüsse gleichermaßen erfasst werden.[2586] Auch der „Veräußerungs- oder Aufgabegewinn" in Satz 2 wird nicht im Sinne einer Kategorisierung in Gewinn- und Überschusseinkünfte, sondern im Sinne eines alle Einkunftsarten überlagernden allgemeinen Sprachgebrauchs verstanden.

Satz 1 trägt, jedenfalls beim Kommanditisten, dem zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Umstand Rechnung, dass der Kommanditist Gewinne zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos (als die erste Komponente des Verlustverrechnungsvolumens) stehen lassen muss. Es spricht auch nicht gegen den Reformvorschlag, dass der Steuerpflichtige künftig eventuell derartige Gewinne versteuern muss, sofern er in den Vorjahren, aufgrund eines ausreichend hohen Verlustverrechnungsvolumens, einen entsprechenden Verlustausgleich hatte. Dies hat lediglich zur Folge, dass dem Gesellschafter Gewinne steuerlich zuzurechnen sind, die er zivilrechtlich nicht entnehmen kann. Dies ist derzeit bereits das Prinzip der transparenten Besteuerung und trifft aktuell bereits auf die persönlich haftenden Gesellschafter sowie, im Falle des erweiterten Verlustausgleichs, auch auf die beschränkt haftenden Gesellschafter zu.

Verrechenbare negative Einkünfte werden nach dem Reformvorschlag nicht nur durch künftige steuerpflichtige Gewinne ausgleichsfähig, sondern auch soweit sich der Risikobetrag durch Einlagen, Haftungserweiterung, steuerfreie Einnahmen oder die Rückerstattung nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben erhöht oder gar positiv wird.[2587]

j. Absatz 3 Sätze 1 bis 3: Nachversteuerung namentlich aus Gründen der Entnahme und Haftungsminderung

Der Reformvorschlag sieht, wie bereits § 15a EStG, in Absatz 3 eine Nachversteuerung für Fälle der Entnahme und Haftungsminderung vor, soweit sie zu einem negativen Risikobetrag führen oder einen solchen erhöhen. Der Gesellschafter soll so gestellt werden, als hätte er von vornherein einen insoweit geminderten Risikobetrag. In diesem Fall hätte er von Anfang an nur einen um diesen Betrag geminderten Verlustausgleich geltend machen können.[2588]

2586 § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG.
2587 § 2b Abs. 3 Satz 4 EStG (neu) bzw. § 2b Abs. 1 Sätze 1 und 2 EStG (neu).
2588 S.o. D.I.1.b.vi Folgen einer Einlage- und einer Haftungsminderung nach § 15a Abs. 3 EStG.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Fall der Haftungsminderung liegt nach dem Reformvorschlag vor, wenn sich der Haftungsanteil des Gesellschafters an den Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft reduziert. Dies kann der Fall sein, wenn das eigene Haftungsrisiko aufgrund einer zusätzlichen Haftung eines Mitgesellschafters sinkt. Es ist aber auch der Fall, soweit die Hauptverbindlichkeit getilgt wird, für die der Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat, sofern die Hauptverbindlichkeit nicht über den Verkehrswert des Sicherungsgutes hinausgeht.[2589]

Vorrangiges Ziel der Nachversteuerung ist die Missbrauchsverhinderung. Eine neu hinzukommende Missbrauchsgefahr besteht in Folge des *worst case scenarios* durch die Möglichkeit, mittels Darlehensaufnahme den Risikobetrag zu erhöhen, obgleich in selber Höhe (eventuell reduziert um ein Disagio) ein Vermögenswert auf der Aktivseite der Bilanz gegenübersteht.[2590] Für solche Fälle sieht § 2b Abs. 3 Satz 1 bis 3 EStG (neu) eine Nachversteuerung vor, denn die Rückzahlung führt zu einer Reduzierung der Verbindlichkeit und damit zu einer Minderung des Risikobetrages.[2591]

Zusätzlich zu den Fällen der Entnahme und Haftungsminderung sieht der Reformvorschlag eine Nachversteuerung auch für die Rückzahlung steuerfreier Einnahmen vor. Dies ist konsequent, führen doch die steuerfreien Einnahmen zu einer Erhöhung des Verlustausgleichsvolumens und im Falle des Ausgleichs eines negativen Risikobetrages zu einer Umqualifikation von verrechenbaren in ausgleichsfähige negative Einkünfte.[2592] Durch die explizite Aufnahme in den Gesetzestext erübrigt sich eine Subsumtion unter die Fallvariante der Einlagenminderung.[2593] Entsprechendes gilt für die nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben.

Die Gewinnhinzurechnung nach Absatz 3 erfolgt nach dem Reformvorschlag außerbilanziell und führt, abweichend von dem US-amerikanischen Vorbild, nicht zu einem Ausgleich des Risikobetrages auf null.[2594] Ziel des

---

2589 S.o. E.II.2.g.ii Absatz 1 Sätze 2 bis 4: die dingliche Haftung.

2590 Siehe auch: E.II.2.f Absatz 1 Satz 2: Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft.

2591 Zur Stellung der Verbindlichkeiten im Rahmen des Risikobetrages: E.II.2.f Absatz 1 Satz 2: Verbindlichkeiten und Rückstellungen der Gesellschaft.

2592 S.u. E.II.2.k Absatz 3 Satz 4: Rechtsfolgen insbesondere nachträglicher oder vorweggenommener Einlagen, und E.II.2.o Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben.

2593 Die Finanzverwaltung hat bisher vertreten, dass unter die „Entnahme" auch die Fälle der Rückzahlung steuerfreier Einnahmen gefasst werden sollen, die zwar begrifflich keine Entnahme darstellen, aber wie eine solche behandelt werden. Hierzu: OFD Frankfurt/M. v. 19.10.2017, DB 2017, 2706, 2706.

2594 Zum US-Recht: D.I.2.c.ii(7) Nachversteuerung nach § 465(e) IRC.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Reformvorschlages ist es unter anderem, einen Merkposten, wie ihn § 15a Abs. 1 Satz 2 EStG vorsieht,[2595] die Fortentwicklung eines Korrekturpostens, wie es die Korrekturposten-Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs erforderlich machte,[2596] oder eine fortlaufende außerbilanzielle Ermittlung, wie es in den USA der Fall ist,[2597] obsolet zu machen. Der maximale Risikobetrag der Gesellschaft soll, ohne eine Nebenrechnung, aus der Bilanz ablesbar sein.

Durch die Einschränkung „jedoch vermindert um auf Grund der Haftung tatsächlich geleistete Beträge" soll – wie auch schon im Rahmen des § 15a Abs. 3 Satz 3 EStG – sichergestellt werden, dass kein Gewinn hinzugerechnet wird, soweit sich durch eine Zahlung das Haftungsrisiko bereits realisiert hat. In Abzug zu bringen sind jedoch Regressansprüche gegenüber Mitgesellschaftern oder Dritten,[2598] denn insoweit ist das Haftungsrisiko des Steuerpflichtigen reduziert. Die im Vergleich zu § 15a Abs. 3 Satz 3 EStG vorgenommene Ergänzung „soweit sie nicht als Einlage in das Gesellschaftsvermögen zu werten sind" soll zudem eine doppelte Berücksichtigung der Zahlung vermeiden. Soweit die Zahlung als Einlage zu werten ist, wirkt sie sich erhöhend auf den Risikobetrag aus, mit der Folge, dass insoweit der Nachversteuerungsgewinn bereits gemindert ist.

Eine Beschränkung, wie sie in § 15a Abs. 3 Satz 1 EStG enthalten ist („soweit nicht auf Grund der Entnahmen eine nach Absatz 1 Satz 2 zu berücksichtigende Haftung besteht oder entsteht"), ist im Rahmen des § 2b Abs. 3 EStG (neu) entbehrlich. Es wird ohnehin auf die wertmäßige Veränderung des Risikobetrages abgestellt. Der Risikobetrag setzt sich aus den Komponenten Kapitalkonto und Haftungsanteil an den Verbindlichkeiten sowie Rückstellungen der Gesellschaft zusammen.[2599] Zieht eine Entnahme in gleichem Umfang eine Haftungsbegründung nach sich, verändert sich der Risikobetrag lediglich in seiner Zusammensetzung, nicht jedoch in seiner Höhe. Es liegt mithin kein nachversteuerungswürdiger Sachverhalt vor.

2595 S.o. D.I.1.b.iii Erweiterter Verlustausgleich als Ausnahmeregel.
2596 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.
2597 Zur Ermittlung des *amount at risk* ist Form 6198 auszufüllen.
2598 S.u. E.II.2.h Absatz 1 Sätze 5 und 6: Bestimmung des Haftungsumfangs.
2599 § 2b Abs. 1 Satz 2 EStG (neu); E.II.2.d Absatz 1 Satz 2: Bestimmung und Bedeutung des Risikobetrages.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

k. Absatz 3 Satz 4: Rechtsfolgen insbesondere nachträglicher oder vorweggenommener Einlagen

Die Auswirkungen nachträglicher beziehungsweise vorweggenommener Einlagen werden de lege lata in § 15a Abs. 1a EStG behandelt. Von einer solchen Regelung wird in dem Reformvorschlag ausdrücklich Abstand genommen. Die Regelung widerspricht dem durch den Reformvorschlag verfolgten Ansatz, die individuelle Haftung des Gesellschafters in den Mittelpunkt zu rücken und im Wege eines zeitnahen Verlustausgleichs zu würdigen. Zudem führt die derzeitige Regelung zu einer Ungleichbehandlung einerseits von zeitkongruenten Einlagen zu vorweggenommenen sowie nachträglichen Einlagen und andererseits von vorweggenommenen Einlagen zu einer Haftungserweiterung.[2600] § 2b Abs. 3 Satz 4 EStG (neu) sieht daher einen Paradigmenwechsel und eine sinngemäße Erweiterung für Fälle der Einlagenerhöhung und Haftungserweiterung, von steuerfreien Einnahmen sowie der Rückerstattung nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben zum Ausgleich eines negativen Risikobetrages vor. Bei der Einlage ist dies durch die Mehrung der Haftungsmasse gerechtfertigt. Dies gilt auch bei einem ansonsten nur beschränkt haftenden Gesellschafter, denn die Entnahme einer durch Verluste bereits aufgebrauchten Einlage führt auch dann zu einem Aufleben der Haftung nach §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB, wenn es sich bei der Einlage um ein Agio, das heißt um eine über die eigentliche Hafteinlage hinausgehende Einlage handelt.[2601] Da es wirtschaftlich keinen Unterschied machen kann, ob der beschränkt haftende Gesellschafter eine Einlage erbringt, die durch Verlust bereits aufgebraucht ist, oder er diese augenblicklich wieder entnimmt und damit eine Haftung nach §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB auslöst, führt allein die Einlage zu einem berücksichtigungswürdigen Ereignis.[2602] Die Umqualifikation von bisher nur verrechenbaren in ausgleichsfähige Verluste ist nicht nur wirtschaftlich gerechtfertigt, vielmehr wird hierdurch auch die Bildung eines Korrekturpostens vermieden, wie es die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs bis zur Einführung des neuen § 15a Abs. 1a EStG vorgesehen hatte. Die Bildung eines Korrekturpostens war erforderlich, da die Rechtsprechung der nachträglichen Einlage keine Umqualifikation von

2600 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

2601 BFH, Urteil v. 06.03.2008 – IV R 35/07, BStBl. II 2008, 676 (Tz. 26); v. 06.03.2008 – IV R 15/06, BFH/NV 2008, 1142 (Tz. 22); BGH, Urteil v. 12.07.1982 – II ZR 201/81, BGHZ 84, 383 (Tz. 21).

2602 So auch *Kempermann*, DStR 2008, 1917, 1919.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bisher nur verrechenbaren Verlusten zuerkennen wollte, sie aber zugleich die oben angesprochenen Ungleichbehandlungen sah.[2603]

Einer möglichen Missbrauchsgefahr durch kurzfristige Einlagen wird durch § 2b Abs. 3 Sätze 1 bis 3 EStG (neu) sowie § 42 AO ausreichend Rechnung getragen.

Neben den Einlagen führen auch eine Haftungserweiterung, steuerfreie Einnahmen sowie die Rückerstattung nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben zu einer Erhöhung des Risikobetrages und zu neuem Haftungsvolumen.[2604] Mithin ist auch in diesen Fällen eine Umqualifikation von verrechenbaren in ausgleichsfähige Verluste gerechtfertigt.

Durch diesen Paradigmenwechsel soll steuerpolitisch ein Anreiz gesetzt werden, „frisches Geld" in die Gesellschaft nachzuschießen[2605] und ein negatives Kapitalkonto zeitnah auszugleichen. Hiermit soll die Kapitalausstattung der Gesellschaften gestärkt werden.

l. Absatz 3: Rechtsfolgen eines Statuswechsels

§ 2b Abs. 3 EStG (neu) erfasst auch die Fälle des Statuswechsels. Während Satz 4 eine Umqualifikation von bisher nur verrechenbaren in ausgleichsfähige Verluste für den Fall des Statuswechsels eines beschränkt haftenden Gesellschafters hin zum persönlich haftenden Gesellschafter regelt, befassen sich die Sätze 1 bis 3 mit dem spiegelbildlichen Fall. Die Argumente der Rechtsprechung, die bisher gegen eine Umqualifikation von verrechenbaren in ausgleichsfähige Verluste vorgebracht wurden, sind nach dem Reformvorschlag nicht mehr stichhaltig. Soweit ins Feld geführt wird, auch nachträgliche Einlagen und eine nachträgliche Haftungsaufstockung würden nicht zu einer Umpolung führen,[2606] ist dies nach § 2b Abs. 3 Satz 4 EStG (neu) nicht mehr zutreffend. Auch das Argument, der Gesetzgeber habe bewusst nicht alle Haftungstatbestände, sondern lediglich § 171 Abs. 1 HGB berücksichtigen wollen, entfällt de lege ferenda.[2607]

Eine Nachversteuerung für Fälle des Statuswechsels hin zu einem beschränkt haftenden Gesellschafter wird grundsätzlich von § 2b Abs. 3

2603 S.o. D.I.1.b.iv Einlage und spätere Verlustnutzung; Einführung des Absatz 1a.

2604 Vgl. hierzu: *Dornheim*, DStZ 2015, 174, 177; vgl. auch: E.II.2.o Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben.

2605 *Van Lishaut*, FR 1994, 273, 284.

2606 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl. II 2004, 115 (Tz. 21).

2607 S.o. E.II.2.a Regelungsziel und -technik des Reformvorschlages.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Satz 1 EStG (neu) erfasst, denn in diesem Fall liegt eine Haftungsminderung vor. Aufgrund der Ent- respektive Nachhaftung des vormals unbeschränkt haftenden Gesellschafters nach § 160 HGB[2608] ist die Nachhaftung jedoch regelmäßig betragsmäßig beschränkt. § 160 HGB sieht eine Nachhaftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor, die bis zu seinem Statuswechsel bereits begründet wurden und innerhalb von fünf Jahren nach dem Statuswechsel fällig werden.[2609] Dies ist ein sachgerechtes Ergebnis, da der Gesellschafter insoweit tatsächlich ein (Nach-)Haftungsrisiko trägt. Sein Haftungsrisiko erstreckt sich dabei nicht nur auf die Verbindlichkeiten, die in seiner Zeit als unbeschränkt haftender Gesellschafter begründet wurden, sondern auf alle auch vor dieser Zeit begründeten Verbindlichkeiten.[2610] Allein das umfangreiche Haftungsrisiko bei einem Statuswechsel in die unbeschränkte Haftung und wieder zurück macht einen Missbrauch in diesem Zusammenhang unattraktiv.

Da § 2b EStG (neu) für seinen persönlichen Anwendungsbereich nicht zwischen beschränkt und unbeschränkt haftenden Gesellschaftern unterscheidet, entfällt künftig die Frage, ob festgestellte verrechenbare Verluste in Folge der Unanwendbarkeit der Norm auf unbeschränkt haftende Gesellschafter untergehen. Auch ist nach wie vor keine zeitanteilige Aufteilung des laufenden Verlusts erforderlich. Der unterjährige Statuswechsel wirkt sich lediglich auf die Zurechnung der Gesellschaftsverbindlichkeiten für die Ermittlung des Verlustausgleichspotentials zum Bilanzstichtag aus. Aus Praktikabilitätsgründen gilt nach wie vor das Stichtagsprinzip.[2611]

m. Absatz 4: gesonderte Feststellung des verrechenbaren Verlusts

Absatz 4 des Reformvorschlages wurde im Wesentlichen unverändert § 15a Abs. 4 EStG entnommen.

2608 Für den GbR-Gesellschafter findet § 160 HGB über § 736 Abs. 2 BGB sinngemäß Anwendung.

2609 Vgl. zur Nachhaftung eines persönlich haftenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft aus Dauerschuldverhältnissen auch: OLG Hamm, Urteil v. 24.10.2007 – 8 U 29/07, NZG 2008, 101 (Tz. 3).

2610 § 130 HGB.

2611 § 2b Abs. 1 Satz 1 EStG (neu).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

n. Absatz 5: Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs

Absatz 5 des Reformvorschlages soll sicherstellen, dass auch wirtschaftlich den Gesellschaften vergleichbare Gemeinschaftsverhältnisse, wie etwa Erben-, Güter- und Bruchteilsgemeinschaften aber auch verdeckte Mitunternehmerschaften von dem Anwendungsbereich der Norm erfasst werden.[2612]

o. Auswirkungen steuerfreier Einnahmen und nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben

Durch das Einfügen der Worte „steuerlicher" in Absatz 1 Satz 1 und „steuerpflichtigen" in Absatz 2 Satz 1 wird gewährleistet, dass sowohl bei der Ermittlung des zuzurechnenden Verlustanteils nach § 2b Abs. 1 EStG (neu) als auch der steuerpflichtigen Einkünfte nach § 2b Abs. 2 EStG (neu) die steuerlichen Vorschriften zur Steuerfreiheit beziehungsweise zur Nichtabzugsfähigkeit berücksichtigt werden. Maßgeblich ist das nach steuerlichen Vorschriften ermittelte Ergebnis, nicht das handelsrechtliche. Für Absatz 2 bedeutet dies, dass lediglich die steuerpflichtigen Einkünfte mit den verrechenbaren Verlusten aus den Vorjahren ausgeglichen werden. Ein Ausgleich mit steuerfreien Einnahmen findet nicht statt, so dass die verrechenbaren Verluste für künftige steuerpflichtige Einkünfte zur Verfügung stehen. Hierdurch soll die steuerliche Grundentscheidung, bestimmte Einnahmen steuerfrei zu halten beziehungsweise bestimmte Ausgaben nicht zum Abzug zuzulassen, gewahrt werden. Insoweit genießt diese Entscheidung einen Vorrang gegenüber dem Regelungsziel des § 2b EStG (neu) einen Gleichlauf mit der handelsrechtlichen Haftung zu erreichen. Andernfalls wären die Regelungen zur Steuerfreiheit und Nichtabzugsfähigkeit ob des vorgeschlagenen weiten Anwendungsbereichs des § 2b EStG (neu) weitestgehend obsolet.[2613]

Sowohl die steuerfreien Einnahmen als auch die nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben werden bilanziell erfasst und für die Besteuerung lediglich außerbilanziell korrigiert. Folglich beeinflussen sie in der Steuerbilanz die Höhe des Kapitalkontos und damit des Risikobetrages im Sinne des

2612 Zu einer verdeckten Mitunternehmerschaft: BFH, Urteil v. 05.06.1986 – IV R 272/84, BStBl. II 1986, 802.

2613 So auch für die steuerlichen Abzugsverbote im Falle einer grammatischen Auslegung des § 15a EStG: *Müller/Dorn*, BB 2014, 1572, 1572.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 2b EStG (neu).[2614] Dies ist angesichts des Regelungsziels des § 2b EStG (neu), die Verlustverrechnung stärker an die handelsrechtliche Haftung zu koppeln, konsequent und bedarf keiner Korrektur.[2615] Handelsrechtlich erhöhen steuerfreie Gewinne die Haftungsmasse ebenso wie steuerlich nicht abzugsfähige Betriebsausgaben diese mindern.[2616] Um die Bezugnahme auf die handelsrechtliche Haftungsmasse konsequent umzusetzen, sind sowohl steuerliche Abzugsverbote als auch Steuerfreiheiten in § 2b Abs. 3 EStG (neu) einzubeziehen. So können nicht abzugsfähige Betriebsausgaben ebenso wie Entnahmen zu einem negativen Kapitalkonto führen und steuerfreie Einnahmen spiegelbildlich ein solches ausgleichen. Nicht abzugsfähige Betriebsausgaben stellen mithin einen ebenso nachversteuerungspflichtigen Tatbestand dar, wie steuerfreie Einnahmen zu einer Umqualifizierung führen.[2617] Spiegelbildlich führt die Rückzahlung steuerfreier Einnahmen unter den Voraussetzungen des § 2b Abs. 3 Sätze 1 bis 3 EStG (neu) zu einer Nachversteuerung und die Rückerstattung von nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben gemäß § 2b Abs. 3 Satz 4 EStG (neu) bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zu einer Umqualifizierung.[2618]

Die Behandlung der nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben sowie der steuerfreien Einnahmen in dem Zusammenspiel aus Absatz 1, 2 und 3 verhindert de lege ferenda bei Steuerfreiheiten und Abzugsverboten eine doppelte (Nicht-)Berücksichtigung.[2619] Zudem wird sichergestellt, dass Normen wie derzeit § 7g EStG, die rein außerbilanzielle steuerliche Wirkungen ohne Niederschlag im handelsrechtlichen Haftungsrecht zeitigen, keinerlei Auswirkungen auf § 2b EStG (neu) haben. Zur Wahrung der inneren Logik des § 2b EStG (neu) wird dabei in Kauf genommen, dass

---

2614 S.o. E.II.2.d Absatz 1 Satz 2: Bestimmung und Bedeutung des Risikobetrages.

2615 Zum Regelungsziel des § 2b EStG (neu): E.II.2.a Regelungsziel und -technik des Reformvorschlages.

2616 Vgl. hierzu: *Dornheim*, DStZ 2015, 174, 177 f.; *Middendorf/Rickermann*, BB 2015, 929, 930.

2617 § 2b Abs. 3 EStG (neu); s.o. E.II.2.j Absatz 3 Sätze 1 bis 3: Nachversteuerung namentlich aus Gründen der Entnahme und Haftungsminderung, sowie: E.II.2.k Absatz 3 Satz 4: Rechtsfolgen insbesondere nachträglicher oder vorweggenommener Einlagen.

2618 § 2b Abs. 3 EStG (neu); s.o. E.II.2.j Absatz 3 Sätze 1 bis 3: Nachversteuerung namentlich aus Gründen der Entnahme und Haftungsminderung, sowie: E.II.2.k Absatz 3 Satz 4: Rechtsfolgen insbesondere nachträglicher oder vorweggenommener Einlagen.

2619 Siehe zu den bisherigen Problemen in diesem Zusammenhang insbesondere: *Dornheim*, DStZ 2015, 174; *Müller/Dorn*, BB 2014, 1572; *Heuermann*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG [Stand 12/2018] Rz. 169.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein Steuerpflichtiger mittels der Bildung eines Investitionsabzugsbetrages nach § 7g EStG außerhalb des Anwendungsbereichs des § 2b EStG (neu) einen abzugsfähigen Verlust generieren kann, auch wenn andere Verluste aufgrund eines negativen Risikobetrags nach § 2b Abs. 1 EStG (neu) nicht ausgleichsfähig sind.[2620] Damit werden zugleich Investitionen im Sinne des § 7g EStG gefördert.

p. Besonderheiten im Zusammenhang mit vermögensverwaltenden Personengesellschaften (und anderen Nicht-Bilanzierern)

Da auch § 2b EStG (neu) für die Ermittlung des Verlustverrechnungsvolumens als einer Komponente auf das Kapitalkonto in der Steuerbilanz der Gesellschaft abstellt, ist für alle Nicht-Bilanzierer ein fiktives Kapitalkonto zu ermitteln. Dieses ergibt sich nach wie vor aus den Einlagen, den positiven Einkünften, soweit sie Eigenkapital werden, abzüglich der Entnahmen und negativen Einkünfte.[2621] Soweit die positiven Einkünfte eine Forderung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, mithin aus Sicht der Gesellschaft Fremdkapital darstellen, sind sie gleich jeder Drittverbindlichkeit den Gesellschaftern entsprechend ihres Haftungsanteils hieran zuzurechnen.[2622] Darüber hinaus haben Nicht-Bilanzierer eine Aufstellung über ihre Verbindlichkeiten sowie fiktiven Rückstellungen zu erstellen, um auch die zweite Komponente des Verlustverrechnungsvolumens zu nutzen. Um übermäßigen Bürokratieaufwand zu vermeiden, sollten hierfür keine speziellen Formerfordernisse bestimmt werden.

Wie bereits bisher sind sämtliche Einkünfte, die mittels der vermögensverwaltenden Personengesellschaft erwirtschaftet werden, sowohl bei der Fortentwicklung des fiktiven Kapitalkontos als auch bei der Verlustverrechnung mit künftigen positiven Einkünften zu berücksichtigen.[2623] Dies stellt im Rahmen des § 2b EStG (neu) allerdings keine Besonderheit mehr dar, denn auch im Rahmen des maßgeblichen Anteils der negativen

2620 Siehe zu dieser Problematik im Rahmen des § 15a EStG: *Schmelter/Suck*, DStR 2011, 1637, 1640.

2621 S.o. D.I.1.b.viii Besonderheiten im Rahmen vermögensverwaltender Personengesellschaften.

2622 Zur Differenzierung der positiven Einkünfte in Eigen- und Fremdkapital auch: *Engel*, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht (2015), S. 392.

2623 Zur bisherigen Handhabung im Rahmen des § 15a EStG: s.o. D.I.1.b.viii Besonderheiten im Rahmen vermögensverwaltender Personengesellschaften.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einkünfte nach § 2b Abs. 1 Satz 1 EStG (neu) sind künftig sämtliche Einkunftsarten miteinzubeziehen.[2624]

3. Fazit

Wohlwissend, dass bei einem solchen Reformvorschlag der Vorwurf des Bürokratiemonsters im Raum steht, sei mit den Worten *Hahns* entgegnet: „Einer der Vorzüge einer rechtsvergleichenden Behandlung solcher Probleme liegt darin, dass ein solcher Einwand der Nichtpraktikabilität doch sehr an Gewicht verliert angesichts der unbestreitbaren Tatsache, dass das Nichtpraktizierbare andernorts praktiziert wird. Man kann ihn jedenfalls nur dann geltend machen, wenn man einzuräumen bereit ist, dass die deutsche Steuerverwaltung weniger leistungsfähig ist“[2625].

2624 Zum erweiterten sachlichen Anwendungsbereich des § 2b EStG (neu): s.o. E.II.2.b Absatz 1 Satz 1: persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich.

2625 *Hahn*, DStR 1999, 833, 834.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

F. Schlussbetrachtung

Die Arbeit untersucht die Problematik der Verlustverrechnung im Rahmen der transparenten Besteuerung mit der Methodik des Rechtsvergleichs. Hierzu werden die einschlägigen Regelungen in den USA und Frankreich herangezogen. Dabei geht die Arbeit in einem ersten rechtsvergleichenden Teil auf systemische Aspekte ein und beleuchtet dabei das aktuelle Unternehmenssteuermodell im Hinblick auf die steuerliche Verlustverrechnung und der damit eng verbundenen zivilrechtlichen Haftung. Ergebnis dieses Rechtsvergleichs sind Rahmenbedingungen für ein Unternehmenssteuermodell de lege ferenda. In einem zweiten detaillierten Rechtsvergleich widmet sich die Arbeit der konkreten Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung. Ziel ist hier die Formulierung eines konkreten Reformvorschlages.

Der Rechtsvergleich der Unternehmenssteuermodelle der Länder Deutschland, USA und Frankreich zeigt auf, dass Deutschland mit dem KöMoG ein – hinter den USA und Frankreich weit zurückbleibendes – Optionsmodell eingeführt hat, das lediglich Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften eine Option zur Körperschaftsteuer ermöglicht, für andere Gesellschaftsformen aber nach wie vor an einem strengen (rechtsformabhängigen) Unternehmenssteuerdualismus festhält. Während die USA zunächst auf einen Kriterienkatalog zur Abgrenzung zwischen Transparenz- und Trennungsprinzip und Frankreich auf die Haftung der Gesellschafter abstellte, haben beide Jurisdiktionen einen strengen Unternehmenssteuerdualismus aus Praktikabilitätsgründen aufgegeben und teils sehr weitreichende Optionsmöglichkeiten für die Unternehmen implementiert. Die Untersuchung zeigt, dass aufgrund zivilrechtlich immer stärkerer Angleichung der Personengesellschaften an die Körperschaften, keine belastbaren Unterscheidungskriterien mehr vorhanden sind, die einen strengen Unternehmenssteuerdualismus zu rechtfertigen vermögen und Deutschland insoweit konsequent mittlerweile jedenfalls den Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften ein Optionsrecht zugesteht. Der Rechtsvergleich mündet mithin in einem Reformvorschlag zur Implementierung eines, nach dem Vorbild der USA und Frankreichs, sehr weitreichenden wechselseitigen Optionsmodells, das lediglich Einzelunternehmer und börsennotierte Aktiengesellschaften hiervon ausnimmt. Um Missbrauch zu verhindern, sollen hierfür Bindungsfristen vorgesehen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Gegensatz zu den französischen Regelungen und nach dem Vorbild der USA, soll jedoch nach einem Widerruf, nach einer gewissen zeitlichen Bindung, eine erneute Optionsausübung möglich sein, um den wechselnden wirtschaftlichen Gegebenheiten in einem teils sehr langen Unternehmensleben Rechnung zu tragen. Ziel des Reformvorschlages ist es neben einer rechtsformneutralen Besteuerung, unter anderem gesellschaftsrechtliche Entscheidungen frei vom Steuerrecht zu ermöglichen und die steuerliche Flexibilität zu erhöhen, um auf diese Weise die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland zu steigern.

Der zweite Rechtsvergleich beleuchtet die konkreten Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der transparenten Besteuerung, wobei sich vor allem der Vergleich mit der Rechtslage in den USA lohnt, da die dortigen Regelungen einst Vorbild bei der Einführung der deutschen Regelung waren. Hier stellt sich sowohl in Deutschland als auch den USA ein Konnex zwischen steuerlicher Verlustverrechnung und zivilrechtlicher Haftung heraus. Aufgrund eines bereits im Ansatz anderen Unternehmenssteuermodells ist eine vergleichbare Regelung in Frankreich obsolet. Die nähere Analyse zeigt jedoch, dass der Konnex zwischen steuerlicher Verlustverrechnung und handelsrechtlicher Haftung in Deutschland weit weniger stark als in den USA ausgeprägt ist. Die Durchbrechung dieses Konnexes zum einen im Rahmen des erweiterten Verlustausgleichs, zum anderen bei der Behandlung nachträglicher sowie vorweggenommener Einlagen zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos ist Auslöser umfangreicher Kritik bis hin zum Vorwurf der Verfassungswidrigkeit. Gerade dieser Konnex steht daher im Mittelpunkt des Reformvorschlages, um die steuerliche Verlustverrechnung stärker an den tatsächlichen haftungsrechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten auszurichten und damit insbesondere auch der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit Rechnung zu tragen. Um eine Vervielfachung an Verlustverrechnungsvolumina zu vermeiden, wird dabei das maximale Verlustrisiko der Gesellschaft mit Hilfe eines *worst case scenarios* definiert, welches sodann entsprechend ihrer persönlichen Haftungsanteile auf die einzelnen Gesellschafter aufgeteilt wird. Intention des Reformvorschlages ist es mittels eines strengeren Konnexes an die tatsächliche zivilrechtliche Haftung eine zeitnahe Verlustverrechnung zu ermöglichen und damit nicht zuletzt auch den Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken.

Alle oben geschilderten Bemühungen werden überspannt von dem Zweck, die Unternehmensbesteuerung und hier insbesondere die Verlustverrechnung leistungsgerechter zu gestalten, die Flexibilität zu erhöhen und die Möglichkeit eines zeitnahen Verlustausgleiches zu schaffen.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Abel, Juliane: Der steuerliche Gewinnanteil des Personengesellschafters (Dissertation Universität München; im Erscheinen).

Abrams, Howard E./ Leatherman, Don A.: Federal income taxation of corporations and partnerships (6. Auflage; New York 2020).

Abrams, Howard E.: New Changes to the At-Risk Rules, Journal of Passthrough Entities 2003, S. 37-45.

Ardant, Gabriel: Histoire de l'impôt, Livre II, Du XVIII^{e} au XXI^{e} siècle (Paris 1972).

Arndt, Hans-Wolfgang/ Jenzen, Holger: Verlustverrechnung und Verfassungsrecht - Zu dem Beschluß des BVerfG vom 30. 9. 1998 und der geplanten Steuerreform 1999–2000 -, Deutsches Steuerrecht 1998, S. 1818-1822.

Ault, Hugh J./ Arnold, Brian J./ Cooper, Graeme S.: Comparative Income Taxation: A Structural Analysis (4. Auflage; Niederlande 2020).

Autenrieth, Karlheinz: Verrechnungsbeschränkte Verluste bei Umwandlungen, in: Crezelius, Georg/ Raupach, Arndt/ Schmidt, Ludwig/ Uelner, Adalbert (Hrsg.), Steuerrecht und Gesellschaftsrecht als Gestaltungsaufgabe: Freundesgabe für Franz Josef Haas zur Vollendung des 70. Lebensjahres (Herne/Berlin 1996), S. 7-21.

Bainbridge, Stephen M./ Henderson, M. Todd: Limited liability: A Legal and Economic Analysis (Cheltenham/Northampton 2016).

Balmes, Frank: Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung, in: Pelka, Jürgen/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform (Köln 2001), S. 25-37.

Bankman, Joseph: The Case against Passive Investments: A Critical Appraisal of the Passive Loss Restrictions, Stanford Law Review 1989, S. 15-49.

Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus: Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht) (39. Auflage; München 2020).

Bäumer, Heike: Die Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG – einzelne Anwendungsprobleme mit Lösungsansätzen, Deutsches Steuerrecht 2007, S. 2089-2095.

Belanger, Holly/ Sullivan, Jeanne: Who Is a Limited Partner? The IRS Issues Sec. 469 Prop. Regs., The Tax Adviser 2012, S. 368-369.

Beuchert, Tobias/ Redeker, Philipp: Eigen- und Fremdkapital im Steuer- und Gesellschaftsrecht Deutschlands, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Eigenkapital und Fremdkapital: Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleich, Rechtspolitik (Berlin/Heidelberg 2013), S. 289-371.

Biergans, Enno: Verluste bei beschränkter Haftung, Deutsches Steuerrecht 1981, S. 3-18.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bippus, Birgit E.: Raus aus der Einkommensteuer, rein in die Körperschaftsteuer – Chancen und Risiken des körperschaftsteuerlichen Optionsmodells für Einzel- und Mitunternehmer, Deutsche Steuer-Zeitung 2000, S. 541-551.

Bippus, Birgit E.: Raus aus der Mitunternehmerschaft, rein in die Körperschaftsteuer – Überlegungen zur steuerrechtlichen Konzeption der Personengesellschaft, Deutsches Steuerrecht 1998, S. 749-759.

Birk, Dieter/ Desens, Marc/ Tappe, Henning: Steuerrecht (23. Auflage; Heidelberg 2020).

Birk, Dieter: Verfassungsfragen im Steuerrecht – Eine Zwischenbilanz nach den jüngsten Entscheidungen des BFH und des BVerfG, Deutsches Steuerrecht 2009, S. 877-882.

Bishop, Carter G.: The New Limited Partner Liability Shield: Has the Vanquished Control Rule Unwittingly Resurrected Lingering Limited Partner Estoppel Liability as Well as Full General Partner Liability?, Suffolk University Law Review 2004, S. 667-717.

Bittker, Boris I./ McMahon Jr., Martin J./ Zelenak, Lawrence A.: Federal Income Taxation of Individuals (3. Auflage; Loseblattausgabe; New York 2002).

Bitz, Horst: Der GmbHR-Kommentar, GmbH-Rundschau 2005, S. 1064-1065.

Bitz, Horst: Gestaltungshinweise für Kommanditisten in bezug auf die BFH-Rechtsprechung zum Begriff des Kapitalkontos i.S. des § 15a Abs. 1 EStG (§ 15a Abs. 1 EStG), GmbH-Rundschau 1992, S. 285-287.

Blümich, Walter: Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz – Kommentar (Loseblatt; Werksstand 153. Ergänzungslieferung Juni 2020; München).

Bodden, Guido: Die Thesaurierungsbegünstigung des § 34a EStG im Gesamtgefüge der Einkommensbesteuerung, Finanz-Rundschau 2012, S. 68-77.

Bordewin, Arno/ Brandt, Jürgen: EStG (Loseblatt; Werksstand 431. Ergänzungslieferung Oktober 2020; Heidelberg).

Bordewin, Arno/ Söffing, Günter/ Brandenberg, Hermann B.: Verlustverrechnung bei negativem Kapitalkonto: Bedeutung des § 15a EStG (2. Auflage; Herne/Berlin 1986).

Bordewin, Arno: Verlustausgleich und Verlustabzug bei Personengesellschaften – insbesondere nach neuester Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, Deutsches Steuerrecht 1994, S. 673-679.

Brandenberg, Hermann B.: Besteuerung der Personengesellschaften – unpraktikabel und realitätsfremd? Plädoyer für die Beibehaltung der Rechtslage, Finanz-Rundschau 2010, S. 731-736.

Brandenberg, Hermann B.: Verrechnungsverbot für verrechenbare Verluste mit Sonderbilanzgewinnen?, Der Betrieb 1993, S. 2301-2302.

Bravenec, Lorence L.: Subchapter S Corporations and Shareholders under the at Risk Rules of Section 465, The Tax Lawyer 1982, S. 93-122.

Bühr, Oliver M.: Verlustverrechnungsbeschränkungen im Einkommensteuerrecht (Dissertation Universität Passau 1993; Aachen 1993).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bundesministerium der Finanzen: Antwort des Bundesministeriums der Finanzen zur Forderung der Bundessteuerberaterkammer nach ersatzloser Streichung des § 15a EStG, mit Anmerkungen von *Prof. Dr. Norbert Herzig*, Deutsches Steuerrecht 1988, S. 41-42.

Bundessteuerberaterkammer: Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer zu § 15a EStG, Deutsches Steuerrecht 1987, S. 568.

Burg, Pierre: France – Business and Investment, Country Tax Guides IBFD (Stand 02/2020; online).

Burg, Pierre: France – Corporate Taxation, Country Tax Guides IBFD (Stand 11/2020; online).

Burke, Karen C.: Federal Income Taxation of Partners and Partnerships: in a nutshell (6. Auflage; St. Paul 2020).

Burton, Hughlene A.: Current developments in partners and partnerships, The Tax Adviser 2019, S. 132.

Cameron, David L./ Manning, Elliott: Federal taxation of property transactions (New Providence 2012).

Carlé, Dieter/ Bauschatz, Peter: Die durch Kapitalkonten abgebildete Beteiligung an einer Personengesellschaft im Gesellschafts- und Steuerrecht, Finanz-Rundschau 2002, S. 1153-1163.

Carlé, Dieter/ Carlé, Thomas: Ausgleichsfähige statt verrechenbare Verluste durch den Wechsel vom Kommanditisten zum Vollhafter, Finanz-Rundschau 2001, S. 829-832.

Carney, Vicki R./ Lee, Tracey D.: Revisiting at-risk rules for partnerships, The Tax Adviser 2019, S. 258.

Clausen, Uwe: Teil I: Gewinnzurechnung bei Einlageminderung (§ 15a Abs. 3 EStG), in: Deutsches Anwaltsinstitut e.V. (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1982/83: Aktuelle steuerrechtliche Beiträge, Referate und Diskussionen der 33. steuerrechtlichen Jahresarbeitstagung, Wiesbaden vom 10. bis 12. Mai 1982 (Herne/Berlin 1983), S. 237-247.

Cordewener, Axel: Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht: „Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und „Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH (Dissertation Universität Bonn 2001; Köln 2002).

Cozian, Maurice (1936-2008)/ Deboissy, Florence/ Chadefaux, Martial: Précis de fiscalité des entreprises: 2020/2021 (44. Auflage; Paris 2020).

Cozian, Maurice: Les grandes principes de la fiscalité des entreprises (4. Auflage; Paris 1999).

Crezelius, Georg: Zur Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG, in: Kirchhof, Paul/ Nieskens, Hans (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Reiß zum 65. Geburtstag (Köln 2008), S. 399-412.

Cunningham, Laura E./ Cunningham, Noël B.: The logic of subchapter K. A conceptual guide to the taxation of partnerships (6. Auflage; St. Paul 2020).

Daniels, Antonius H. M.: Issues in International Partnership Taxation: With special reference to the United States, Germany and The Netherlands (Deventer 1991).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dehne, Klaus-Jörg/ Rosenberg, Dirk/ Zitzelsberger, Heribert: Einführung aktiver und passiver Einkünfte in das System des Einkommensteuerrechts, Der Betrieb 1999, S. 114-117.

Deutscher Steuerverband: DStV mahnt erneut Abschaffung des § 15a EStG an, Die Steuerberatung 1987, S. 9-10.

Deutscher Steuerverband: Neuer Vorstoß zur Abschaffung des § 15a EStG, Die Steuerberatung 1987, S. 271-274.

Dorenkamp, Christian: Spreizung zwischen Körperschaftsteuer- und Spitzensatz der Einkommensteuer, in: Pelka, Jürgen/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform (Köln 2001), S. 61-84.

Dorn, Katrin: Möglichkeiten und Probleme der sinngemäßen Anwendung des § 15a EStG auf vermögensverwaltende Personengesellschaften, Deutsches Steuerrecht 2015, S. 1598-1602.

Dornheim, Bertram: Außerbilanzielle Gewinnkorrekturen und § 15a EStG, Deutsche Steuer-Zeitung 2015, S. 174-180.

Drüen, Klaus-Dieter: Eröffnungsvortrag: Leitlinien des Unternehmenssteuerrechts, in: Drüen, Klaus-Dieter/ Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht e.V. (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2014/2015 (Herne 2014), S. XI-XXVI.

Drüen, Klaus-Dieter: Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung als verfassungsrechtlicher Imperativ?, GmbH-Rundschau 2008, S. 393-403.

Dudenredaktion (Hrsg.), Duden: Deutsches Universalwörterbuch (9. Auflage; Berlin 2019).

Durand, Philippe: Jurisprudence fiscale: autonomie et contradictions du droit fiscal 1994, La Revue administrative 1994, S. 252-255.

Easson, Alexander/ Thuronyi, Victor: Fiscal Transparency, in: Thuronyi, Victor (Hrsg.) Tax Law Design and Drafting, Volume 2 (Washington DC 1998), S. 925-968.

Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev/ Strohn, Lutz: Handelsgesetzbuch (4. Auflage; München 2020).

Eckhoff, Rolf: Verluste im Einkommensteuerrecht, in: von Groll, Rüdiger/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (Köln 2005), S. 11-39.

Eggesiecker, Fritz/ Eisenach, Manfred/ Schürner, Axel: Überraschende Effekte des Verlustbegrenzungsgesetzes – Einlageminderung und Einlageerhöhung, Finanz-Rundschau 1981, S. 13-15.

Engel, Michaela: Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht. Ein systematischer Leitfaden für die steuerrechtliche Praxis (2. Auflage; Herne 2015).

Erman, Walter/ Westermann, Harm Peter/ Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg: BGB: Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG, WEG und ausgewählten Rechtsquellen des IPR (16. Auflage; Köln 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erman, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG; VBVG, VersAusglG und WEG (16. Auflage; Köln 2020).

Evans, Alex: The Design Elements of Flow-Through Taxation, Australian Tax Review 2019, S. 42-75.

Fechner, Ullrich/ Bäuml, Swen O.: Fortentwicklung des Rechts der Besteuerung von Personenunternehmen, Finanz-Rundschau 2010, S. 744-750.

Förster, Guido: Die Änderungen durch das StVergAbG bei der Einkommensteuer und der Körperschaft-
steuer, Der Betrieb 2003, S. 899-905.

Freudenberg, Brett: Losing my losses: Are the loss restriction rules applying to Australia's tax transparent companies adequate, Australian Tax Forum 2008, S. 125-163.

Friedland, Jerold: Understanding Partnership and LLC Taxation (4. Auflage; Durham 2017).

Gosch, Dietmar: Körperschaftsteuergesetz (4. Auflage; München 2020).

Götz, Christoph/ Bindl, Elmar: Die Verlustabzugsbeschränkung nach § 15 Abs. 4 S. 6 – 8 EStG: Anmerkungen zum BMF-Schreiben v. 19.11.2008, GmbH-Rundschau 2009, S. 584-589.

Gouthière, Bruno: Sociétés commerciales de personnes (Paris 2003).

Grobshäuser, Uwe/ Maier, Walter/ Kies, Dieter/ Maier, Hartwig: Besteuerung der Gesellschaften (6. Auflage; Stuttgart 2020).

Groh, Manfred: § 15a EStG und die Kunst der Gesetzesanwendung, Der Betrieb 1990, S. 13-17.

Grotherr, Siegfried: Steht der Verlustvor- und -rücktrag steuerpolitisch zur Disposition? (Teil II): Kritische Beurteilung der Veränderungsvorschläge zu § 10 d EStG, Betriebs-Berater 1998, S. 2392-2398.

Gsell, Beate/ Krüger, Wolfgang/ Lorenz, Stephan/ Reymann, Christoph: beck-online Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 01.09.2020; München).

Gutmann, Daniel: Droit fiscal des affaires (10. Auflage; Issy-les-Moulineaux 2019).

Gutmann, Daniel: General Report, in: Gutmann, Daniel (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects: 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May – 1 June 2013 (2015), S. 1-13.

Haas, Franz J.: Finanzierungsmodalitäten durch Kommanditisten und § 15a Abs 1 EStG - Festbeitrag zum 65. Geburtstag von Adalbert Uelner am 27. Oktober 1992, Deutsche Steuer-Zeitung 1992, S. 655-663.

Haase, Florian/ Dorn, Katrin (Hrsg.): Vermögensverwaltende Personengesellschaften: Zivilrecht – Steuerrecht: National – International (4. Auflage; München 2020).

Haase, Florian: Internationales und Europäisches Steuerrecht (6. Auflage; Heidelberg 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hahn, Hartmut: Die deutsche OHG aus der Sicht des französischen Steuerrechts. Kommentierung zu einer Instruction der französischen Finanzverwaltung vom 29.3.2007 und zugleich ein Beitrag zum Verständnis des Begriffs „Transparenz", Recht der Internationalen Wirtschaft 2008, S. 212-222.

Hahn, Hartmut: Optionsrecht zur Besteuerung nach den Regeln des Körperschaftsteuergesetzes auch für Personengesellschaften – Ergänzung zum Beitrag von Bippus, DStR 1998, 749 ff., Deutsches Steuerrecht 1999, S. 833-839.

Harris, Richard W./ Moran, Louis H.: Guaranteed LLC Debt: Does the Guarantor-Member Receive At-Risk Basis?, Journal of Taxation 1999, S. 16-25.

Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman: Beck'scher Online-Kommentar BGB (55. Edition August 2020; München).

Heinhold, Michael/ Hüsing, Silke/ Kühnel, Mirko/ Streif, Dominik/ Weißflog, Knut: Besteuerung der Gesellschaften: Rechtsformen und ihre steuerliche Behandlung (3. Auflage; Herne 2015).

Heintzen, Markus: Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten, in: von Groll, Rüdiger/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (Köln 2005), S. 163-184.

Hellio, François/ Rädler Jr., Albert: Anmerkungen zur Diskussion um die Option zur Körperschaftsteuer aus französischer Sicht, Internationales Steuerrecht 2000, S. 401-405.

Hennrichs, Joachim/ Lehmann, Ulrike: Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung: Kritische Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, DStR 2006, 1316 = NJW 2006, 2757, Steuer und Wirtschaft 2007, S. 16-21.

Hennrichs, Joachim: Besteuerung von Personengesellschaften – Transparenz- oder Trennungsprinzip? Finanz-Rundschau 2010, S. 721-731.

Hennrichs, Joachim: Dualismus der Unternehmensbesteuerung aus gesellschaftsrechtlicher und steuersystematischer Sicht: Oder: Die nach wie vor unvollendete Unternehmenssteuerreform, Steuer und Wirtschaft 2002, S. 201-216.

Hermann, Rico A.: Die Besteuerung von Personengesellschaften in den EU-Mitgliedstaaten und den USA (Dissertation Universität Mannheim 2006; Köln 2006).

Herrmann, Carl/ Heuer, Gerhard/ Raupach, Arndt: Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: Kommentar (Loseblatt; Werksstand 298. Ergänzungslieferung Juni 2020; Köln).

Herzig, Norbert/ Bohn, Alexander: Reform der Unternehmensbesteuerung - Zwischenbericht zum Konzept der Stiftung Marktwirtschaft, Der Betrieb 2006, S. 1-7.

Herzig, Norbert/ Briesemeister, Simone: Mindestbesteuerung - ein steuerpolitischer Fehlschlag?, Der Betrieb 1999, S. 299-303.

Herzig, Norbert: Einschränkungen der Verlustnutzung bei Kapitalgesellschaften, in: Lehner, Moris (Hrsg.), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht: Münchener Schriften zum internationalen Steuerrecht (München 2004), S. 37-51.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Herzig, Norbert: Verluste im Körperschaftsteuerrecht, in: von Groll, Rüdiger/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (Köln 2005), S. 185-203.

Heuermann, Bernd: „Nachträgliche" Einlagen – Neue steuerliche Regeln zur Einlagefinanzierung bei Personengesellschaften – ein Beispiel für Kommunikationsstörungen zwischen staatlichen Gewalten, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, S. 321-325.

Hey, Johanna/ Bauersfeld, Heide: Die Besteuerung der Personen(handels)gesellschaften in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, Internationales Steuerrecht 2005, S. 649-657.

Hey, Johanna: Besteuerung von Unternehmensgewinnen und Rechtsformneutralität, in: Ebling, Iris/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (Köln 2001), S. 155-223.

Hey, Johanna: Unternehmenssteuerreform: Integration von Personenunternehmen in die niedrige Besteuerung thesaurierter Gewinne: Die Reformvorschläge im Vergleich, in: Kirchhof, Paul/ Schmidt, Karsten/ Schön, Wolfgang/ Vogel, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag: Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl (Köln 2006), S. 479-494.

Hoeflich, Michael H.: Tax Shelter Partnerships and the Proposed At-Risk Regulations: Deferred Payment Financing, Taxes 1980, S. 475-480.

Hoffman, William H./ Raabe, William A./ Smith, James E./ Maloney David M.: Corporations, Partnerships, Estates & Trusts (Mason 2013).

Howell-Smith, Laura/ Jamison Jr., Robert W./ Keith, Bryan/ Keller, Robert S./ MacDonough, Laura/ McGregor, Sarah P./ Nyman, Tawnya D.: Current developments in S corporations, The Tax Adviser 2019, S. 184.

Huber, Ulrich: Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1988, S. 1-103.

Hübschmann, Walter/ Hepp, Ernst/ Spitaler, Armin: Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung: Kommentar (Loseblatt; Werksstand 259. Ergänzungslieferung August 2020; Köln).

Hüttemann, Rainer/ Meyer, André: Verlustausgleich nach § 15a Abs. 1 EStG, negative Tilgungsbestimmung und Disponibilität des § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB, Der Betrieb 2009, S. 1613-1620.

Hüttemann, Rainer: Beitrag im Rahmen der Diskussion zu den Referaten von Prof. Dr. Rainer Hüttemann und Prof. Dr. Susanne Sieker, in: Seeger, Siegbert F./ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (Köln 2002), S. 179.

Hüttemann, Rainer: Die Besteuerung der Personenunternehmen und ihr Einfluss auf die Rechtsformwahl, in: Seeger, Siegbert F./ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (Köln 2002), S. 123-144.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Institut national de la statistique et des études économiques: Les entreprises en France - Édition 2019, abrufbar unter: https://www.insee.fr/fr/statistiques/4255774?sommaire=4256020 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Institut national de la statistique et des études économiques: Tableaux de l'économie française - Édition 2017, abrufbar unter: https://www.insee.fr/fr/statistiques/2569432?sommaire=2587886#tableau-T17F151G1 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Institut national de la statistique et des études économiques: Tableaux de l'économie française - Édition 2020, abrufbar unter: https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277829?sommaire=4318291#tableau-figure2 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Intemann, Jens/ Nacke, Aloys: Verlustverrechnung nach den Steueränderungen für 2003/2004, Deutsches Steuerrecht 2004, S. 1149-1154.

Internal Revenue Service/ Treasury: Instructions for Form 6198, abrufbar unter: https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i6198.pdf (zuletzt abgerufen am 02.12.2020);

Internal Revenue Service: Topic Number 409 – Capital Gains and Losses, abrufbar unter: https://www.irs.gov/taxtopics/tc409 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Internal Revenue Service: Statistics of Income Tax Stats - Historical Table 21, abrufbar unter: https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-historical-table-21 (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Internal Revenue Service: Statistics of Income Tax Stats - Partnership Statistics by Entity Type, Tax Years 2015-2016 sowie 2016-2017, abrufbar unter: https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-partnership-statistics-by-entity-type (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Jachmann, Monika: Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsproblem: Unterschiedliche Behandlung von Rechtsformen, Einkunftsarten, Werten und Steuersubjekten im Ertrag- und Erbschaftsteuerrecht, in: Pelka, Jürgen/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (Köln 2000), S. 9-65.

Jacobsen, Hendrik/ Hildebrandt, Ingo: Wirtschaftliche Beteiligungs- und Beteiligtenidentität i.S. des § 15a EStG bei Unternehmensumwandlungen, Deutsches Steuerrecht 2013, S. 433-439.

Jacobsen, Hendrik: The Taxation of Partnership Terminations in the U.S., the U.K., and Germany – Same Issues, Different Solutions, The Tax Lawyer 2011, S. 15-45.

Jakob, Wolfgang: Das Verlustausgleichspotential eines Kommanditisten gemäß § 15a Abs. 1 EStG: Auch im Lichte des BFH-Beschlusses vom 18. 5. 1987 – VIII B 104/85, Betriebs-Berater 1988, S. 1429-1440.

Jamison, Robert W.: S Corporation Taxation (2019 Auflage; Riverwoods 2018).

Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois, Domingo/ Vega Borrego, Félix A.: Legal Personality, Limited Liability and CIT Liability, in: Gutmann, Daniel (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects: 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May – 1 June 2013 (2015), S. 17-34.

Joannard-Lardant, Emmanuel: France – Individual Taxation, Country Tax Guides IBFD (Stand 10/2020; online).

Kahle, Holger/ Rombach, Julia: Ertragsteuerliche Aspekte der vermögensverwaltenden Personengesellschaft, Die Unternehmensbesteuerung 2019, S. 181-193.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kahle, Holger: Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (Dissertation Universität Hannover 1996; Stuttgart 1996).

Kaiser, Sven: Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt und deren Behandlung unter dem neuen § 5 Abs. 2a EStG (§ 5 Abs. 2a EStG), GmbH-Rundschau 2001, S. 103-104.

Keith, Gordon E.: The Impact of Taxation on Small Business, 24 Law and Contemporary Problems 98-117 (Winter 1959), abrufbar unter: https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol24/iss1/6 (zuletzt abgerufen am 25.11.2020).

Kempermann, Michael: Mitunternehmerschaft, Mitunternehmer und Mitunternehmeranteil – steuerrechtliche Probleme der Personengesellschaft aus der Sicht des BFH, GmbH-Rundschau 2002, S. 200-204.

Kempermann, Michael: Neue Rechtsprechung zu § 15a EStG: Einlagen bei negativem Kapitalkonto und Wechsel der Gesellschafterstellung, Deutsches Steuerrecht 2004, S. 1515-1517.

Kempermann, Michael: Nicht gezahlte Einlagen, zurückgezahlte Aufgelder und falsch bezeichnete Kapitalkonten. Die neuere Rechtsprechung zu § 15a EStG, Deutsches Steuerrecht 2008, S. 1917-1921.

Kempermann, Michael: Unterbeteiligte als „andere Unternehmer" i.S. des § 15a Abs. 5 EStG, Finanz-Rundschau 1998, S. 248-252.

Kempf, Andreas/ Hillringhaus, Dieter: § 15a EStG als Hemmschuh bei Unternehmensorganisationen und Unternehmensverkäufen?, Der Betrieb 1996, S. 12-14.

Kesselmeyer, Bodo: Die *partnership* im US-Steuerrecht (*Federal*) – unter Berücksichtigung der Beteiligung deutscher *partner* (Dissertation Technische Universität Darmstadt 1999; Aachen 2000).

Kessler, Wolfgang/ Reitsam, Michael: Die typisch stille Beteiligung als Alternative zur Organschaft: Analyse des aktuellen Rechts nach dem UntStFG sowie erste Überlegungen zu den geplanten Änderungen im Rahmen des StVergAbG (Teil II), Deutsches Steuerrecht 2003, S. 315-319.

Kirchhof, Paul/ Söhn, Hartmut/ Mellinghoff, Rudolf: Einkommensteuergesetz: Kommentar (Loseblatt; Werksstand 308. Ergänzungslieferung August 2020; Heidelberg).

Kirchhof, Paul: Einkommensteuergesetz (19. Auflage 2020; Köln).

Kirchhof, Paul: Verluste im Steuerrecht – Eröffnung der 29. Jahrestagung und Rechtfertigung des Themas, in: von Groll, Rüdiger/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (Köln 2005), S. 1-10.

Klein, Franz: Abgabenordnung: einschließlich Steuerstrafrecht: Kommentar (15. Auflage; München 2020).

Knobbe-Keuk, Brigitte: Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (9. Auflage; Köln 1993).

Knobbe-Keuk, Brigitte: Der neue § 15a EStG – ein Beispiel für den Gesetzgebungsstil unserer Zeit, Steuer und Wirtschaft 1981, S. 97-105.

Knobbe-Keuk, Brigitte: Die gesetzliche Regelung des negativen Kapitalkontos des Kommanditisten – eine Mißgeburt, Neue Juristische Wochenschrift 1980, S. 2557-2561.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kohlhaas, Karl-Fr.: Die Mindestbesteuerung - vier Jahre nach Einführung: Zugleich Anmerkungen zum Beschluss des FG Münster vom 7.11.2002, 8 V 4220/02, DStRE 2003, 412, Deutsches Steuerrecht 2003, S. 1142-1147.

Kollruss, Thomas/ Weißert, Sören/ Ilin, Natalia: Die KGaA im Lichte der Verlustabzugsbeschränkung des § 8c KStG und der Zinsschranke, Deutsches Steuerrecht 2009, S. 88-94.

Kopplin, Anja/ Maßbaum, Alexandra/ Sureth, Caren: Handels- und steuerrechtliche Kapitalkontenfortschreibung und deren Einfluss auf die Verlustnutzung bei Personengesellschaften, Die Wirtschaftsprüfung 2010, S. 1203-1211.

Kouraleva-Cazals, Polina: France, in: Gutmann, Daniel (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects: 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May – 1 June 2013 (2015), S. 255-277.

Kramer, Jörg-Dietrich (Hrsg.): Grundzüge des US-amerikanischen Steuerrechts (Stuttgart 1990).

Kraus, Christoph: Körperschaftsteuerliche Integration von Personenunternehmen (Dissertation Universität Köln 2008; Frankfurt 2009).

Kreile, Reinhold: § 15a – Erklärungsirrtum des Gesetzgebers, in: Beisse, Heinrich/ Lutter, Marcus/ Närger, Heribald (Hrsg.), Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993 (Berlin 1993), S. 437-448.

Küspert, Klaus: Der Nießbrauch am Personengesellschaftsanteil, Finanz-Rundschau 2014, S. 397-409.

Kußmaul, Heinz/ Schäfer, René: Die Option von Personengesellschaften für eine Besteuerung durch die Körperschaftsteuer im französischen Steuerrecht – Voraussetzungen und steuerliche Wirkungen im Optionszeitpunkt –, Internationales Steuerrecht 2000, S. 161-166.

Kwall, Jeffrey L.: The Federal Income Taxation of Corporations, Partnerships, Limited Liability Companies, and Their Owner (6. Auflage; St. Paul 2019).

La Mardière, Christophe de: Droit fiscal de l'entreprise: Et fiscalité notariale (Issy-les-Moulineaux 2018).

Lamarque, Jean/Négrin, Olivier/Ayrault, Ludovic: Droit fiscal général (4. Auflage; Paris 2016).

Lang, Joachim/ Englisch, Joachim: Zur Verfassungswidrigkeit der neuen Mindestbesteuerung, Steuer und Wirtschaft 2005, S. 3-24.

Lang, Joachim: BB-Forum: Unternehmenssteuerreform im Staatenwettbewerb, Betriebs-Berater 2006, S. 1769-1773.

Lang, Joachim: Beitrag im Rahmen der Diskussion zu den Referaten von Prof. Dr. Monika Jachmann, Prof. Dr. Joachim Schulze-Osterloh, Prof. Dr. Roman Seer und Prof. Dr. Rainer Hüttemann, in: Pelka, Jürgen/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (Köln 2000), S. 154-155.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lang, Joachim: Beitrag im Rahmen der Diskussion zu den Referaten von Dr. Heinz-Jürgen Pezzer, Prof. Dr. Arndt Raupach und Viktor Sarrazin, in: Widmann, Sigfried/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter: Grundfragen des Körperschaftsteuerrechts (Köln 1997), S. 70-72.

Lang, Joachim: Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer: Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht (Habilitationsschrift Universität Köln 1981; Köln 1988).

Lang, Joachim: Die Unternehmenssteuerreform – eine Reform pro GmbH, GmbH-Rundschau 2000, S. 453-462.

Lang, Joachim: Prinzipien und Systeme der Besteuerung von Einkommen, in: Ebling, Iris/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Besteuerung von Einkommen (Köln 2001), S. 49-133.

Lang, Joachim: Reform der Unternehmensbesteuerung, Steuer und Wirtschaft 1989, S. 3-17.

Lauterbach, *Frank*: Ein neues Unternehmenssteuerrecht für Deutschland? (Dissertation Universität Saarbrücken 2008; Frankfurt am Main 2008).

Lehner, Moris: Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verlustberücksichtigung, in: Lehner, Moris (Hrsg.), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht: Münchener Schriften zum internationalen Steuerrecht (München 2004), S. 1-22.

Lempenau, *Gerhard*: Verlustzurechnung und Verlustverrechnung beim Kommanditisten – handelsrechtlich und steuerrechtlich –, Steuer und Wirtschaft 1981, S. 235-244.

Lergon, *Michael*: Die persönliche Haftung des Gesellschafters einer GmbH, Rheinische Notar-Zeitschrift 2003, S. 214-248.

Ley, *Ursula*: Gesellschafterkonten der OHG und KG: gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Charakterisierung und Bedeutung, Kölner Steuerdialog 1994, S. 9972-9988.

Ley, Ursula: Rechtsnatur und Abgrenzung aktivischer Gesellschafterkonten, Deutsches Steuerrecht 2003, S. 957-964.

Lippross, Otto-Gerd/ Seibel, Wolfgang: Basiskommentar Steuerrecht (Loseblatt; Werksstand 121. Ergänzungslieferung August 2020; Köln).

Lipton, *Richard M./ Carman*, *Paul/Fassler*, *Charles/Schwidetzky*, *Walter D.*: Partnership taxation (3. Auflage; New Providence 2012).

Lipton, *Richard M./ Grilli, Samuel P./ Renchen*, *Nicole D.*: New regulations on partnership debt and disguised sales: Is the road to hell paved with good intentions? (Part 2), Journal of Taxation 2017, S. 100-108.

Littmann, *Eberhard/ Bitz, Horst/ Pust*, *Hartmut*: Das Einkommensteuerrecht: Kommentar zum Einkommensteuerrecht (Loseblatt; Werksstand 145. Ergänzungslieferung August 2020; Stuttgart).

Lothmann, *Werner*: Die vermögensverwaltende Personengesellschaft im Bereich der Einkommensteuer (Dissertation Universität Köln 1986; Bergisch Gladbach/Köln 1986).

Loyer, *Sylvie*: Fiscal 20 (Levallois-Perret 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lüdemann, Peter: Verluste bei beschränkter Haftung: Eine steuer- und verfassungsrechtliche Studie am Beispiel des § 15a EStG (Dissertation Universität Augsburg 1997; Berlin 1998).

Lüdicke, Jürgen/ Kempf, Andreas/ Brink, Thomas (Hrsg.): Verluste im Steuerrecht (1. Auflage; Baden-Baden 2010).

Lüdicke, Jürgen: Der Verlust im Steuerrecht, Deutsche Steuer-Zeitung 2010, S. 434-440.

Lyons, William H./ Repetti, James R.: Partnership Income Taxation (5. Auflage; New York 2011).

Martini, Ruben: Germany, in: Gutmann, Daniel (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects: 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May – 1 June 2013 (2015), S. 279-302.

Maule, James E.: REPORT ON THE COMPARISON OF S CORPORATIONS AND PARTNERSHIPS: American Bar Association Section of Taxation Committee on S Corporations Subcommittee on the Comparison of S Corporations and Partnerships Part I, The Tax Lawyer 1991, S. 483-524.

Maule, James E.: REPORT ON THE COMPARISON OF S CORPORATIONS AND PARTNERSHIPS: American Bar Association Section of Taxation Committee on S Corporations Subcommittee on the Comparison of S Corporations and Partnerships Part II, The Tax Lawyer 1991, S. 813-865.

McMahon Jr., Martin J./ Simmons, Daniel L./ Luke, Charlene D./ Wells, Bret: Federal Income Taxation of Partnerships and S Corporations (6. Auflage; St. Paul 2020).

Meilicke, Heinz: Auswirkungen der beschränkten Verlustverrechnungsmöglichkeiten bei Kommanditisten vor und nach dem 1. Januar 1985. Finanzierung der Kommanditgesellschaft durch Beteiligung und/oder durch Darlehen des Kommanditisten? – Handelsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte –, in: Curtius-Hartung, R./ Niemann, Ursula/ Rose, Gerd/ Fachinstitut der Steuerberater (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 1983/84: Zugleich Bericht über den 35. Fachkongreß der Steuerberater des Bundesgebiets: Köln, 7. bis 9. November 1983 (Köln 1984), S. 95-119.

Mennel, Annemarie/ Förster, Jutta (Hrsg.): Steuern in Europa, Amerika und Asien (Loseblatt; Werksstand 123. Ergänzungslieferung Juni 2020; Herne/Berlin).

Merkt, Albrecht: Leitsätze für eine freiheits- und gleichheitsgerechte Einkommensteuer bei Ehe und Familie, Deutsches Steuerrecht 2009, S. 2221-2226.

Middendorf, Oliver/ Rickermann, Mike: Sinngemäße Anwendung der § 15a EStG bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften, Betriebs-Berater 2015, S. 929-932.

Milatz, Jürgen E./ Sax, Miriam: Transparenz der vermögensverwaltenden Personengesellschaft, Deutsches Steuerrecht 2017, S. 141-145.

Millman, Stephen L.: A Critical Analysis of the New Section 752 Regulations, The Tax Lawyer 1989, S. 1-32.

Möbus, Susanne: Ausgewählte Besteuerungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Beteiligung an einer US-Limited Liability Company (Dissertation Universität Hamburg 2000; Baden-Baden 2001).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mönikes, Cordula: Die Verlustverrechnungsbeschränkungen des Einkommensteuergesetzes im Lichte der Verfassung (Dissertation Universität Münster 2006; Aachen 2006).

Müller, Thorsten/ Marchand, Jens: Anmerkung zu BFH, Urteil vom 16.10.2008 – IV R 98/06, GmbH-Rundschau 2009, S. 279-280.

Müller, Thorsten/ Marchard, Jens: GmbH & Co. KG: Beschränkung des erweiterten Verlustausgleichs des Kommanditisten bei zusätzlicher Bareinlage, GmbH-Rundschau 2009, S. 274-280.

Müller, Tobi/ Dorn, Katrin: Besteuerung von Verlusten aus mittelbaren Beteiligungen an Kapitalgesellschaften aufgrund der Verlustabzugsbeschränkung des § 15a EStG, Betriebs-Berater 2014, S. 1572-1573.

Müller-Gatermann, Gert: Unternehmensteuerreform 2008, Die Steuerberatung 2007, S. 145-161.

Nacke, Alois Th.: Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2009 – Teil 1, Steuer- und Bilanzpraxis 2009, S. 55-62.

Nacke, Alois Th.: Der Gesetzentwurf zum Jahressteuergesetz 2009, Der Betrieb 2008, S. 1396-1405.

Nacke, Alois Th.: Die einkommensteuerlichen Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2009, Der Betrieb 2008, S. 2792-2800.

Naujok, Jan-Pieter: Anmerkungen zum Anwendungsschreiben zu § 15b EStG vom 17. 7. 2007, Deutsches Steuerrecht 2007, S. 1601-1607.

Nebe, Johannes R.: Steuerliche Verlustberücksichtigung: Rechtliche und wirtschaftliche Analyse (Dissertation Universität Kassel 1999; Kassel 1999)

Nickel, Jörg R./ Bodden, Guido: Verlustausgleich und Verlustverrechnung nach § 15a EStG bei doppelstöckigen Kommanditgesellschaften (§ 15a EStG), Finanz-Rundschau 2003, S. 391-396.

OECD: Tax Database: Key Tax Rate Indicators, Update June 2020, abrufbar unter: https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-database/ (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Oetker, Hartmut: Handelsgesetzbuch: Kommentar (6. Auflage; München 2019).

Ordower, Henry: United States, in: Gutmann, Daniel (Hrsg.), Corporate Income Tax Subjects: 2013 EATLP Congress Lisbon, 30 May – 1 June 2013 (2015), S. 563-584.

Orth, Manfred: Mindestbesteuerung und Verlustnutzungsstrategien, Finanz-Rundschau 2005, S. 515-532.

Paerels, Hélène: Le dépassement de la personnalité morale: Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français (online 2008).

Palm, Ulrich: Steuerjuristische Person, in: Kube, Hanno/ Mellinghof, Rudolf/ Morgenthaler, Gerd/ Palm, Ulrich/ Puhl, Thomas/ Seiler, Christian (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag: Band II: Staat und Bürger (Heidelberg u.a. 2013), S. 1697-1708.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Palm, Ulrich: Verfassungsmäßigkeit einer quellenbezogenen Mindestbesteuerung im Ertragsteuerrecht, Deutsches Steuerrecht 2002, S. 152-160.

Paus, Bernhard: Verrechenbare Verluste nach Übernahme der unbeschränkten Haftung: Anmerkungen zu dem BFH-Urteil vom 14. 10. 2003 VIII R 38/02, Deutsche Steuer-Zeitung 2004, S. 448-450.

Pelka, Jürgen/ Petersen, Karl (Hrsg.): Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2019/2010 (17. Auflage; München 2019).

Peters, Harald: Die Haftung des Kommanditisten, Rheinische Notar-Zeitschrift 2002, S. 425-441.

Pezzer, Heinz-Jürgen: Rechtfertigung und Rechtsnatur der Körperschaftsteuer, in: Widmann, Sigfried/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter; Grundfragen des Körperschaftsteuerrechts (Köln 1997), S. 5-20.

Preißer, Michael/ Pung, Alexandra (Hrsg.): Die Besteuerung der Personen- und Kapitalgesellschaften: Kommentar: [inklusive gewerbliche Gewinnermittlung und Bilanzsteuerrecht; einschließlich Überblick zur Besteuerung der Anteilseigner, zu Umstrukturierungen und zu Auslandsberührungen], (2. Auflage; Weil im Schönbuch 2012).

Prinz, Ulrich/ Thiel, Uwe: § 15a EStG und Sonderbetriebsvermögen, Deutsches Steuerrecht 1994, S. 341-346.

Prinz, Ulrich: Besteuerung der Personengesellschaften – unpraktikabel und realitätsfremd?, Finanz-Rundschau 2010, S. 736-744.

Prinz, Ulrich: neue Rechtserkenntnisse des BFH zur Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 15a EStG, Steuer- und Bilanzpraxis 2009, S. 129-132.

Rädler, Albert J.: Gedanken zur deutschen Steuerreform zu Beginn 2006, in: Kirchhof, Paul/ Schmidt, Karsten/ Schön, Wolfgang/ Vogel, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag: Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl (Köln 2006), S. 97-105.

Raupach, Arndt/ Böckstiegel, Martin: Die Verlustregelungen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, Finanz-Rundschau 1999, S. 487-503.

Raupach, Arndt/Böckstiegel, Martin: Die Verlustregelungen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, Finanz-Rundschau 1999, S. 557-573.

Raupach, Arndt/ Böckstiegel, Martin: Die Verlustregelungen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, Finanz-Rundschau 1999, S. 617-628.

Raupach, Arndt: Beitrag im Rahmen der Diskussion zu den Referaten von Prof. Dr. Monika Jachmann, Prof. Dr. Joachim Schulze-Osterloh, Prof. Dr. Roman Seer und Prof. Dr. Rainer Hüttemann, in: Pelka, Jürgen/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung (Köln 2000), S. 151 f., 155 f., 162.

Raupach, Arndt: Beitrag im Rahmen der Diskussion zu den Referaten von Dr. Heinz-Jürgen Pezzer, Prof. Dr. Arndt Raupach und Viktor Sarrazin, in: Widmann, Sigfried/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter: Grundfragen des Körperschaftsteuerrechts (Köln 1997), S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Reichert, Jochem: GmbH & Co. KG (7. Auflage; München 2015).

Reichl, Alexander/ Wiedmann, Benedikt: Rechtstypenvergleich zur Steuersubjektqualifikation ausländischer Rechtsgebilde unter besonderer Berücksichtigung der US-amerikanischen Ein-Personen-LLC, Internationale SteuerRundschau 2020, S. 45-53.

Reiß, Wolfram/ Kretschmer, Bettina: Steuerfreie Sanierungsgewinne, Investitionszulagen und § 15a EStG, Der Betrieb 1994, S. 1846-1848.

Reiß, Wolfram: Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensbesteuerung, in: Wassermeyer, Franz/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Grundfragen der Unternehmensbesteuerung (Köln 1994), S. 3-39.

Ribstein, Larry E./ Lipshaw, Jeffrey M./ Miller, Elizabeth S./ Fershee, Joshua P.: Unincorporated Business Entities (5. Auflage; New Providence 2013).

Riegler, Fabian/ Riegler, Bernhard: Die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten aus atypisch stillen Beteiligungen zwischen Kapitalgesellschaften, Deutsches Steuerrecht 2014, S. 1031-1036.

Ring, Diane M.: One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, Boston College Law Review 2002, S. 79-175.

Ritter, Wolfgang: Verluste – Stiefkinder des Steuerrechts, Finanz-Rundschau 1978, S. 397-402.

Ritzer, Claus J./ Stangl, Ingo: Einführung einer Mindestbesteuerung durch Beschränkung von Verlustausgleich und -abzug bei Verlusten aus passiver Tätigkeit durch das Steuerentlastungsgesetz 1999–2000–2002, Deutsches Steuerrecht 1999, S. 1-9.

Rödder, Thomas/ Herlinghaus, Andreas/ Neumann, Ralf: KStG: Kommentar (1. Auflage; Köln 2015).

Rödder, Thomas/ Schumacher, Andreas: Das Steuervergünstigungsabbaugesetz, Deutsches Steuerrecht 2003, S. 805-819.

Rödder, Thomas/ Schumacher, Andreas: Verschmelzung von Kommanditgesellschaften und § 15a EStG, Der Betrieb 1998, S. 99-130.

Röder, Erik: Combining Limited Liability and Transparent Taxation: Lessons from the Convergent Evolution of GmbH & Co. KG, S Corporation, LLC and Co. (Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2017-3, 2017).

Röder, Erik: Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben und Ausgestaltung de lege ferenda (Dissertation Universität Bayreuth 2009; Köln 2010).

Röder, Erik: Die Kommanditgesellschaft im Rechtsvergleich: Hintergründe der unterschiedlichen Karriere einer Rechtsform, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2014, S. 109-154.

Rodewald, Jörg: Zivil- und steuerrechtliche Bedeutung der Gestaltung von Gesellschafterkonten, GmbH-Rundschau 1998, S. 521-527.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Röhricht, Volker/ Graf von Westphalen, Friedrich/ Haas, Ulrich: HGB: Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und Internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht) (5. Auflage; Köln 2014).

Röhrig, Alfred P./ Doege, Mirko: Das Kapital der Personengesellschaften im Handels- und Ertragsteuerrecht. Begriff, Bedeutung, Gestaltungen, Deutsches Steuerrecht 2006, S. 489-501.

Roth, Günter/ Altmeppen, Holger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Kommentar (9. Auflage; München 2019).

Ruban, Reinhild: Zum Begriff der Einlageminderung in § 15a Abs. 3 EStG, in: Kirchhof, Paul/ Offerhaus, Klaus/ Schöberle, Horst (Hrsg.), Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein (Köln 1994), S. 781-800.

Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limpberg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (8. Auflage; München 2020).

Sahrmann, Philipp: Das negative Kapitalkonto des Kommanditisten nach § 15a EStG, Deutsches Steuerrecht 2012, S. 1109-1115.

Schäfer, Carsten: Gesellschaftsrecht (5. Auflage; München 2018).

Scherer, Stephan: Unternehmensnachfolge (6. Auflage; München 2020).

Schirmer, Hans-Jürgen: Verlustabzugsbeschränkungen – Teil I: Rechtliche Grundlagen, Belastungswirkungen und mögliche Auswirkungen jüngerer FG-Entscheidungen, Steuer und Studium 2012, S. 139-147.

Schmelter, Martin/ Suck, Jendrik: Die Wirkungen des Investitionsabzugsbetrages nach § 7g EStG auf die Verluste bei beschränkter Haftung nach § 15a EStG, Deutsches Steuerrecht 2011, S. 1637-1642.

Schmelz, Christoph: „Überschießende Außenhaftung" des Kommanditisten – Eine systematische Darstellung, Deutsches Steuerrecht 2006, S. 1704-1709.

Schmidt, Karsten/ Ebke, Werner F.: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (4. Auflage; München 2019).

Schmidt, Ludwig: Einkommensteuergesetz: Kommentar (39. Auflage; München 2020).

Schmitt, Michael: Besteuerung der Personengesellschaften? Plädoyer für die Beibehaltung der transparenten Besteuerung, Finanz-Rundschau 2010, S. 750-752.

Schnee, Edward J.: Partners' agreement subject to at-risk rules, Journal of Accountancy 2009, S. 70-71.

Schneider, Dieter: Abbau von Steuervergünstigungen durch Skalpierung der Maßgeblichkeit und Verlustverrechnung als "Stärkung der Investitionskraft"?, Der Betrieb 1999, S. 105-110.

Scholtus, Frédéric: Luxembourg – Individual Taxation, Country Tax Guides IBFD (Stand 09/2020; online).

Schön, Wolfgang: Die Personengesellschaft im Steuerrechtsvergleich, in: Dötsch, Franz/ Herlinghaus, Andreas/ Hüttemann, Rainer/ Lüdicke, Jürgen/ Schön, Wolfgang (Hrsg.), Die Personengesellschaft im Steuerrecht: Gedächtnissymposium für Brigitte Knobbe-Keuk (Köln 2011), S. 139-163.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schön, Wolfgang: Nießbrauch am Gesellschaftsanteil in Gesellschafts- und Steuerrecht, in: Herzig, Norbert/ Günkel Manfred/ Niemann, Ursula/ Fachinstitut der Steuerberater (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 1996/97: Zugleich Bericht über den 48. Fachkongreß der Steuerberater: Köln, 22. und 23. Oktober 1996 (Köln 1997), S. 45-78.

Schön, Wolfgang: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Unternehmensbesteuerung, in: Herzig, Norbert/ Günkel Manfred/ Fachinstitut der Steuerberater (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 1998/99: Zugleich Bericht über den 50. Fachkongreß der Steuerberater: Köln, 13. und 14. Oktober 1998 (Köln 1999), S. 57-69.

Schön, Wolfgang: Zum Stande der Lehre vom Sonderbetriebsvermögen, Deutsches Steuerrecht 1993, S. 185-194.

Schön, Wolfgang: Zur Unternehmenssteuerreform, Die Steuerberatung 2000, S. 1-17.

Schuch, Josef: Europarechtliche und abkommensrechtliche Vorgaben für die Verlustbehandlung, in: Lehner, Moris (Hrsg.), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht: Münchener Schriften zum internationalen Steuerrecht (München 2004), S. 63-82.

Schuck, Karsten/ Faller, Patrick: Probleme der Zinsschrankenanwendung bei grenzüberschreitenden Investitionen über vermögensverwaltende Personengesellschaften, Der Betrieb 2012, S. 1893-1896.

Schulze-Osterloh, Joachim: Beitrag im Rahmen der Diskussion zu den Referaten von Prof. Dr. Rainer Hüttemann und Prof. Dr. Susanne Sieker, in: Seeger, Siegbert F./ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (Köln 2002), S. 178.

Schulze-Osterloh, Joachim: Teil I: Gute Verluste · Böse Verluste: Ausschluß und Beschränkung des Verlustausgleichs und -abzugs, in: Deutsches Anwaltsinstitut e.V. (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1984/85: Aktuelle steuerrechtliche Beiträge, Referate und Diskussionen der 35. steuerrechtlichen Jahresarbeitstagung, Wiesbaden vom 14. bis 16. Mai 1984 (Herne/Berlin 1985), S. 267-307.

Schwarz, Stephen/ Lathrope, Daniel J./ Hellwig, Brant J.: Fundamentals of Partnership Taxation: Cases and materials (11. Auflage; St. Paul 2019).

Schwarz, Stephen/ Lathrope, Daniel J./ Hellwig, Brant J.: Partnership Taxation (8. Auflage; St. Paul 2017).

Schwidetzky, Walter D.: A Comparison of Partnership Income Taxation in the United States and Germany: A Study in Differences, American University International Law Review 1995, S. 1331-1364.

Sieker, Susanne: Möglichkeiten rechtsformneutraler Besteuerung von Einkommen, in: Seeger, Siegbert F./ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (Köln 2002), S. 145-177.

Sieker, Susanne: Verfassungsmäßigkeit des § 15a EStG im Falle nachträglicher Einlageleistung des Kommanditisten, Finanz-Rundschau 1988, S. 453-467.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Söffing, Günter/ Wrede, Friedrich: Das Gesetz zur Änderung des EStG, des KStG und anderer Gesetze (Teil I), Finanz-Rundschau 1980, S. 365-384.

Söffing, Günter: Neue Rechtsprechung zu § 15a EStG und Gewinnerzielungsabsicht bei Verlustzuweisungsgesellschaften, Deutsche Steuer-Zeitung 1992, S. 129-134.

Söffing, Günter: Rechtsform- und Statuswechsel bei Anwendung des § 15a EStG – Bemerkungen zu den BFH-Urteilen vom 14. 10. 2003 - VIII R 38/02 und VIII R 81/02, sowie vom 12. 2. 2004 - IV R 70/02 –, Deutsche Steuer-Zeitung 2008, S. 175-177.

Spengel, Christoph/ Schaden, Michael/ Wehrße, Martin: Besteuerung von Personengesellschaften in den 27 EU-Mitgliedstaaten und den USA – eine Analyse der nationalen Besteuerungskonzeptionen, Steuer und Wirtschaft 2010, S. 44-56.

Staats, Wendelin: Verlustausgleichsbeschränkung nach § 15a EStG: Einlage nicht in jedem Fall mit der ausstehenden Hafteinlage zu verrechnen, Betriebs-Berater 2008, S. 656.

Stamps, Richard H.: Subchapter S Loss Limitation: The Effect of Shareholder Loan Guarantees on Basis, SMU Law Review 1986, S. 1241-1266.

Statistisches Bundesamt: Rechtliche Einheiten nach zusammengefassten Rechtsformen 2018, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Unternehmensregister/Tabellen/unternehmen-rechtsformen-wz08.html (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Statistisches Bundesamt: Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen), Steuerpflichtige und deren Lieferungen und Leistungen 2018 nach der Rechtsform, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/voranmeldungen-rechtsformen.html (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Statistisches Bundesamt: Unternehmen in Deutschland: Anzahl der rechtlichen Einheiten* nach Rechtsform und Anzahl der Beschäftigten im Jahr 2018, abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/237346/umfrage/unternehmen-in-deutschland-nach-rechtsform-und-anzahl-der-beschaeftigten/ (zuletzt abgerufen am 02.12.2020).

Steuerfachausschuss des IDW: Aus der Facharbeit des IDW: Steuerfachausschuß - Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 (BT-Drs. 14/23), Die Wirtschaftsprüfung 1999, S. 26-36.

Stiftung Marktwirtschaft: Kommission „Steuergesetzbuch" – Steuerpolitisches Programm. einfacher, gerechter, sozialer: eine umfassende Ertragsteuerreform für mehr Wachstum und Beschäftigung (Berlin, 30. Januar 2006), abrufbar unter: https://www.stiftung-marktwirtschaft.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/Steuerpolitisches-Programm-Druckfassung.pdf (zuletzt abgerufen am: 25.11.2020).

Stuhrmann, Gerd: Die Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15a EStG bei Treuhandverhältnissen, Deutsches Steuerrecht 1997, S. 1716-1718.

Thiele, Clemens: Einführung in das US-amerikanische Steuerrecht (Wien 1998).

Thiemann, Christian: Verluste im Steuerrecht: Verfassungs- und unionsrechtliche Bedingungen legislativer Gestaltung (Habilitationsschrift Universität Passau 2015/2016; Tübingen 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tipke, Klaus/ Kruse, Heinz Wilhelm: Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung: Kommentar (Loseblatt; Werksstand 162. Ergänzungslieferung September 2020; Köln).

Tipke, Klaus/ Lang, Joachim (Hrsg.): Steuerrecht (23. Auflage; Köln 2018).

Tipke, Klaus: Die Steuerrechtsordnung: Band II: Steuerrechtfertigungstheorie, Anwendung auf alle Steuerarten, sachgerechtes Steuersystem (2. Auflage; Köln 2003).

Tipke, Klaus: Hütet das Nettoprinzip!, in: Kirchhof, Paul/ Schmidt, Karsten/ Schön, Wolfgang/ Vogel, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag: Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl (Köln 2006), S. 177-193.

Tucker, Stefan F.: Partnerships and At Risk Problems, William & Mary Annual Tax Conference 1980, S. 33-56 (1980), abrufbar unter: https://scholarship.law.wm.edu/tax/506/ (zuletzt abgerufen am 25.11.2020).

Tulloch, Anthony/ Wellisch, Dietmar: Die Bedeutung von Ergebnisverteilungsabreden für die Gesellschafter von vermögensverwaltenden Personengesellschaften - Anmerkung zum BFH-Urteil vom 13. 10. 1998, VIII R 4–98 -, Deutsches Steuerrecht 1999, S. 1093-1097.

van Lishaut, Ingo: § 15 a EStG nach der Ausgliederung des Sonderbetriebsvermögens, Finanz-Rundschau 1994, S. 273-284.

Vercelli, Lydia: New limitation on excess business losses, The Tax Adviser 2019, S. 337.

Verfürth, Frank: Verlustausgleichsverbote im Einkommensteuerrecht (Dissertation Universität Köln 2002; online 2002).

von Groll, Rüdiger: Die Verlustkompensation im System des deutschen Einkommensteuerrechts, in: Lehner, Moris (Hrsg.), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht: Münchener Schriften zum internationalen Steuerrecht (München 2004), S. 23-36.

Wacker, Roland: „Vorgezogene Einlagen" und § 15a EStG – Erste Anmerkungen zum BFH-Urteil vom 14.10.2003 VIII R 32/01 –, Der Betrieb 2004, S. 11-16.

Wacker, Roland: § 15a EStG: Vorgezogene Einlagen und JStG 2009 – Ganzschluss, Halbschluss oder Trugschluss?, Deutsches Steuerrecht 2009, S. 403-406.

Wacker, Roland: Notizen zur Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG, Finanz-Rundschau 2008, S. 605-611.

Wacker, Roland: Vermögensverwaltende Gesamthand und Bruchteilsbetrachtung – eine Zwischenbilanz, Deutsches Steuerrecht 2005, S. 2014-2019.

Wacker, Roland: Vertrautes und Neues zu § 15a EStG, in: Crezelius, Georg/ Hirte, Heribert/ Vieweg, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Volker Röhricht zum 65. Geburtstag: Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung, Sportrecht (Köln 2005), S. 1079-1093.

Walzer, Klaus: Probleme der Verlustausgleichsmaßstäbe des § 15 a des Einkommensteuergesetzes und Folgen ihrer Änderung, Betriebs-Berater 1981, S. 1680-1689.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Walzer, Klaus: Verlustausgleichsbegrenzung des Kommanditisten durch § 15a EStG auf den Betrag des handels- oder steuerrechtlichen Kapitalkontos?: Stellungnahme zum Erlaß des Bundesministers der Finanzen vom 8. 5. 1981 betreffend Zweifelsfragen zur Anwendung des § 15a EStG, GmbH-Rundschau 1981, S. 160-165.

Weber, Harald/ Luther, Siegfried: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Steuerrechtliche Behandlung –, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1973, S. 45-72.

Weber-Grellet, Heinrich: Die Gesamthand im Einkommensteuerrecht (I. Teil), Deutsches Steuerrecht 1982, S. 699-702.

Weinelt, Christian, Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung: verfassungsrechtliches Gebot oder rechtspolitische Forderung? – eine verfassungsrechtlich-gesellschaftsrechtliche Würdigung des geltenden dualistischen Unternehmenssteuerrechts (Dissertation Universität Regensburg 2004; Hamburg 2006).

Wendt, Michael: Personengesellschaften - Verluste und Gewinne, Die Steuerberatung 2009, S. 1-8.

Wendt, Michael: Prinzipien der Verlustberücksichtigung, in: von Groll, Rüdiger/ Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht (Köln 2005), S. 41-80.

Werz, Ralf S.: Verlustverrechnungsbeschränkungen im Lichte der Verfassung - unter besonderer Berücksichtigung der Verlustregeln des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 (Dissertation Universität München 2002; Aachen 2003).

Weßling, Johannes: Anwendbarkeit des § 15a EStG in Fällen der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG bei ausländischen Personengesellschaften mit inländischen Gesellschaftern, Betriebs-Berater 2011, S. 1823-1827.

Westermann, Harm Peter/ Wertenbruch, Johannes: Handbuch Personengesellschaften: Gesellschaftsrecht - Steuerrecht – Sozialversicherungsrecht - Verträge und Formulare (78. Ergänzungslieferung Oktober 2020; Köln).

Willis, Arthur B./ Postlewaite, Philip F./ Alexander, Jennifer H.: Partnership Taxation (Online; Thomson Reuters Checkpoint; Oktober 2020).

Windbichler, Christine: Eine internationale Landkarte der Personengesellschaften. (einschließlich juristische Personen und Gesamthand), Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2014, S. 110-138.

Wootton, Robert R.: Partnership Taxation (St. Paul 2016).

Wüllenkemper, Dirk: Steuerliche Behandlung von Darlehen einer Personengesellschaft an ihre Gesellschafter: Ergänzende Bemerkungen zu Edgar Delfs, BB 1989 S. 2437, Betriebs-Berater 1991, S. 1904-1912.

Zerbe, Sebastian/ Hafner, Nikolaus: Bestimmung des Kapitalkontos und nur verrechenbarer Verluste iSv § 15a EStG bei doppelstöckigen Personengesellschaften: Hinweis zu OFD Frankfurt/M., Verfügung v. 23.7.2013 – S 2241a A-7-St 213, Deutsches Steuerrecht 2015, S. 1292-1294.

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zimmermann, Reimar/ Hottmann, Jürgen/ Kiebele, Sabrina/ Schaeberle, Jürgen/ Scheel, Thomas/ Schustek, Heribert/ Szczesny, Michael: Die Personengesellschaft im Steuerrecht (12. Auflage; Achim 2017).

https://doi.org/10.5771/9783748938224 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY