

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, 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

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 1980¹⁰⁸⁶ eingeführt. Bis dato wurden beschränkt haftende Gesellschafter – im Anschluss an ein BFH-Urteil vom 13.03.1964¹⁰⁸⁷ – 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, 41f., 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. 483f.

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

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.

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 Kritik¹¹⁰⁷ 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.

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 Wirtschaftsjahrs mit dem Kapitalkonto zum Bilanzstichtag des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs 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.

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.

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.

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.); *Grobhäuser 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.

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

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: *Röbrig/Doege*, DStR 2006, 489, 492.

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

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; *Röbrüg/Doege*, DStR 2006, 489, 493; *Lüdemann*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 15a EStG [Stand 09/2017] Rz. 77 m.w.N.

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 mit einzubeziehen.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.

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.; Birkenmeier, 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

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 Ausgleichs- und Abzugsfähigkeit des Anteils am Verlust der KG“¹¹⁶⁹ hergestellt werden.¹¹⁷⁰ Es ist mit hin 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-

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 1991¹¹⁷⁷ und nunmehr ständiger Rechtsprechung des BFH¹¹⁷⁸ – zuletzt bestätigt durch Urteil vom 18. Mai 2017¹¹⁷⁹ – 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.

betriebsvermögens vorsah,¹¹⁸³ auf und schloss sich der Rechtsprechung an.¹¹⁸⁴ Auch die herrschende Literatur¹¹⁸⁵ 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 Fremdkapital¹¹⁸⁷ 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 Gesetzesbegründung¹¹⁹¹ 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: Röbrig/Doeg, 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.

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 erneuteten Gesetzesantrag BR-Drs. 92/14).

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.

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 mit hin 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.

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 Entnahmeverbeschränkung stehen lässt, genügt nicht, sie als gesamthaerisch 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

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 zulässigen¹²¹⁸ – eigenkapitalersetzenen Darlehen, welches wegen seiner nur vorübergehenden Eigenkapitalfunktion und seiner auf Gläubiger der Gesellschaft beschränkten kapitalersetzenen 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 eigenkapitalersetzenen 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 eigenkapitalersetzenen 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.

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 wird¹²²⁵ 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 selbstständig 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).

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.

§ 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.

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.

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.

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.: *Kable/Rombach*, Ubg 2019, 181, 187, Fn. 94.

1263 § 52 Abs. 24 Sätze 1 bis 4 EStG.

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.

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.

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.

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.

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

Zur weiteren Bekämpfung von Verlustzuweisungsmodellen¹²⁹¹ 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 1991¹²⁹⁵ 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/

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.

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 2007¹³¹¹ 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/Marchand*, 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 erlöse; 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).

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,

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 Bundesfinanzhof¹³²⁴ auch das Bundesverfassungsgericht¹³²⁵ die Regelung als verfassungsgemäß an. Diese Auffassung entspricht auch der Finanzverwaltungsauffassung¹³²⁶ 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;

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

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.: *Grob*, DB 1990, 13, 17; *Lempenau*, StuW 1981, 235, 244; *Eggsiecker/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 Haf tungsumfang 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).

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 2007¹³⁴⁴ sowie Beschluss vom 13. September 2007¹³⁴⁵. 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 2007¹³⁴⁷ 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 Wirtschaftsjahrs, 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.

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 verstöße 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.

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 EStG¹³⁶⁶ – 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.

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 1980¹³⁷³ 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;

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).

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

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: Czelius 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

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 EStG¹⁴⁰² oder § 15 Abs. 4 EStG¹⁴⁰³ 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.

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.

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 vorübergehende 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 abzugfähig 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 abzugfähig waren, nicht zu einer Nachversteuerung führen.

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 überschließende Außenhaftung vorgelegen.¹⁴²³ Die Vorschrift ist dabei stark von dem US-amerikanischen Recht geprägt.¹⁴²⁴

Dem Regelungsmechanismus liegt – dargestellt am Beispiel der Einlagerminderung – 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 Kapitalkonto¹⁴²⁸ führt oder dieses erhöht und soweit Verluste in den vorangegangenen zehn Jahren sowie dem Jahr der Einlagerminderung 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.

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 Ausgleichsfähigkeit 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.

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.

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 1 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.

mentreffen von Einlagen und Entnahmen diese zu saldieren sind¹⁴⁴⁹ 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/

§ 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 wurde¹⁴⁵⁷ 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 Grundsätzen.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 überschüssende 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:

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.

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 Rechtssicherheit¹⁴⁸⁰ 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.

lichkeit einer zeitnahen Überprüfung¹⁴⁸¹. 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 daraufliegenden 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.

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 Ermessen¹⁴⁹² 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. 20f.); *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: Lipprossi/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);

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.

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.), *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.

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); *Drißen*, 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.

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.

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.

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.

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 1986¹⁵³⁵ 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/Lathrop/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/Lathrop/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.

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.

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/Lathrop/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/Lathrop/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).

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) IRC¹⁵⁵⁹ 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; *Kable*, 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/Lathrop/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

D. Detailvergleich: USA – Renaissance eines einstigen Vorbilds?

§ 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/Lathrop/Hellwig*, *Partnership Taxation* (2017), S. 50.

gewertet.¹⁵⁷² Durch die Berücksichtigung der Gesellschaftsverbindlichkeiten in der *outside basis* des Gesellschafters soll eine Gleichstellung mit einem Einzelunternehmer erreicht werden.¹⁵⁷³ Sofern keine abweichen- den Vereinbarungen getroffen wurden,¹⁵⁷⁴ werden die Verbindlichkeiten grundsätzlich den Gesellschaftern zugerechnet, soweit diese hierfür haft- ten.¹⁵⁷⁵ Haftungslose Schulden (*nonrecourse liability*) werden dagegen nach einem dreistufigen System¹⁵⁷⁶ 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*-Gesell- schafter führt grundsätzlich zu einer Einordnung sämtlicher Verbindlich- keiten der *LLC* als *nonrecourse* Verbindlichkeiten und einer Zurechnung nach den entsprechenden Grundsätzen, obgleich die *LLC* ihrerseits haft- tet.¹⁵⁷⁸

Eine Besonderheit gilt es in Bezug auf Gesellschafterdarlehen zu be- rücksichtigen. 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, 16f.; *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 Verlust- verrechnung.

1578 *Harris/Moran*, J. Tax'n 1999, 16, 17; Abweichendes gilt, wenn eine nahestehen- de Person persönlich für die Verbindlichkeit haftet.

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

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.

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 überschließenden 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/Lathrop/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.

(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 Kable, 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.

staatlichem 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.

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. Gleches 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.*

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).

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, 14f.
- 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.

(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 Ausschließlichkeitvoraussetzung 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.

(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.

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.

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). *Ordinary 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 Spaltensteuersatz 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).

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 bezieht, 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.

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 ausgängen, 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 Veräußerungsgewinn 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.

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 Veräußerung 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/Lathrop/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.

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/Lathrop/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/Lathrop/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.

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 verminderteres Verlustverrechnungsvolumen.¹⁶⁸³ Verluste und Abzüge, die nach § 1366(d) IRC nicht abzugsfähig sind, werden zeitlich und der Höhe nach unbegrenzt in die Folgejahre fortgetragen¹⁶⁸⁴ 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/Lathrop/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/Lathrop/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/Lathrop/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.

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/Lathrop/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/Lathrop/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/Lathrop/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.

(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 Verbindlichkeit¹⁷⁰³ noch ein Schuldschein gegenüber dem Dritt-Gläubiger¹⁷⁰⁴ oder ein ungesicherter Schuldschein zugunsten der Kapitalgesellschaft¹⁷⁰⁵ 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); *Selje 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.

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.

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/Lathrop/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

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* eingeführt¹⁷²⁴ 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.

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.

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 Gesellschaftsebene 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.

(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).

(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).

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 Partner* 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.

(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 haftet¹⁷⁶² 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/Lathrop/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63; *Kable*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 182.

1760 § 465(b)(1)(A) IRC; *Schwarz/Lathrop/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 63; *Kable*, 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/Lathrop/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;

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 *non-recourse* 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/Lathrop/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 *Kable*, 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, 3484.

1768 § 465(b)(3)(A) IRC; *Schwarz/Lathrop/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.

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 innehalt, 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 innehalt.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).

D. Detailvergleich: USA – Renaissance eines einstigen Vorbilds?

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.

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: *Melin 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.

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/Lathrop/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.

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 Einlagen¹⁸⁰¹ 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).

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.

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.

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/Lathrop/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.

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 Umstände¹⁸²⁹ 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.

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 *non-recourse* 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.

(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 Immobilien¹⁸⁴⁰ 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 Gleches 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 Bodenschätzten 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.

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 Verlustverrechnungsbeschränkungen¹⁸⁴⁹ 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) IRC¹⁸⁵², § 1366(d) IRC¹⁸⁵³ 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/f6198.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).

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/Lathrop/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).

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.

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 Vorjahren¹⁸⁷⁹ 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.

(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/Lathrop/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 64.

1887 Prop. Reg. § 1.465-1(e); *Kable*, Die Ertragsbesteuerung der Beteiligung an einer US-Limited Partnership (1996), S. 183, Fn. 358; *Schwarz/Lathrop/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.

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/Lathrop/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.

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.

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.

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].

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 hat¹⁹²⁷ 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).

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 Teilnahme 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/Lathrop/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 66.

1937 § 469(h)(2) IRC; dazu sogleich mehr unter: D.I.2.d.ii(2)(c) *Limited Partner*.

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 kritisierten¹⁹⁴⁰ – *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).

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 und¹⁹⁵¹
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/Lathrop/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].

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].

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.

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.

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.

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 heute¹⁹⁹¹ 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].

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.

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 Passivitätsgrundsatz. 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.

(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 Wertsteigerung²⁰⁰⁹ 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/Lathrop/Hellwig, Partnership Taxation (2017), S. 65.

2012 S.o. D.I.2.c.ii Regelung.

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/Lathrop/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).

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 Sinn²⁰²⁵ 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 eventueller 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.

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).

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.

(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 We sentlichkeitsschwelle 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].

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]; *Kable*, 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].

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].

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 Abschreibungsvolume 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).

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 Fällen²⁰⁷⁷ 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).

nicht passiver Veräußerungsgewinn.²⁰⁷⁹ Hierdurch soll verhindert werden, dass Steuerpflichtige mittels transparent besteueterter 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: Kable, 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.

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/Lathrop/Hellwig*, Partnership Taxation (2017), S. 67; *Kable*, 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 *Bitker/McMahon/Zelenak*, Federal Income Taxation of Individuals (2002), ¶ 19.05[1].

2090 *Bankman*, Stanford Law Review 1989, 15, 24.

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.

schafterebene geltend zu machen.²⁰⁹⁶ Eine Verlustverrechnungsbeschränkung für diesen Fall wäre mithin kontraktorisch. Bezuglich der *SARL de famille* wurde einem möglichen Missbrauch durch das Erfordernis der Familienmitglieder als ausschließliche Gesellschafter sowie einer gewerbllichen 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 limitée* 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.

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.

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 Gesellschaftsebene 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.

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.

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, 1º 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, 1º 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.

D. Detailvergleich: USA – Renaissance eines einstigen Vorbilds?

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.

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.

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.

kung.²¹⁴⁹ Diese erfasst grundsätzlich das Ausüben eines Handels und Gewerbes, wobei dieses auch die freiberufliche und nichtselbständige Tätigkeit umfasst, die Vermietung²¹⁵⁰ 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.

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 Literatur²¹⁵⁸ 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.

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.

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 Schedulensteuerung 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 Definitiveeffekt, sondern lediglich einen zeitlichen Aufschub der Verlustverrechnung vorsehen, führt gerade ein zeitnäher 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.

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.

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) vergemäß 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.

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 müsste die ursprüngliche Verlustverrechnung korrigiert werden.²¹⁸⁰

Mit der expliziten Beschränkung des erweiterten Verlustausgleichs auf Fälle der überschließenden 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.

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.

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.

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.

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 *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*

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.

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.

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.

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 Ausschließlichkeiterfordernis: 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*.

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 Gesetzesgeschichte 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.

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 Missbrauchsbe- kämpfung.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.

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 jurisdiktions- 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*.

II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte

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 zeitnäher, 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.

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.

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 überschließenden 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.

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 substanzialer 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 überschließenden 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, 126f., zum Vorteil der beschränkten Haftung bei Kapitalgesellschaften.

II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte

(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 überschließenden 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.

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 Auferachtlassung 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.

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 Einlagerverpflichtung ebenfalls das Verlustverrechnungsvolumen erhöht werden kann. Hier kann zumindest die Frage aufgeworfen werden, 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 das US-Konzept die sogenannte *bottom dollar payment obligation* erworben 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 *Sabermann*, DStR 2012, 1109, 1110; *Lüdemann*, Verluste bei beschränkter Haftung (1998), S. 284.

2264 *Sabermann*, DStR 2012, 1109, 1110.

2265 S.o. D.II.2.b.ii Einbeziehung der Haftung.

2266 § 5 Abs. 2a EStG.

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.

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.

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 Einkünftezielungsabsicht: *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.

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 KGaA²²⁷⁸ 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.

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.

II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte

gesellschaften²²⁸¹ – 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, so weit 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 zu steht, 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 Anspruchsnahme 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.

3. Tätigkeits- oder beteiligungsbezogene Betrachtung des Verlustausgleichs

Wie oben²²⁸² 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.

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 Partner* 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 Gesamtaktivität 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*.

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.

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 Gewinnzurechnung 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.

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.

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.

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; *Egg siecker/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.

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.

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 kontradiktitorische 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.

II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte

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 *Sabrmann*, 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.

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 Insolvenzstatbestand 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.; Grob, DB 1990, 13, 17; Lempenau, StuW 1981, 235, 244; Eggelsiecker/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.

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).

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).

II. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungsinhalte

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.

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.

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.

D. Detailvergleich: USA – Renaissance eines einstigen Vorbilds?

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 inkonsistent. 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 *Sabrmann*, DStR 2012, 1109, 1112.

2354 BFH, Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 81/02, BStBl. II 2004, 118 (Tz. 15).

2355 § 130 HGB.

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,

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.

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.

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.

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).

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.

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.

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 leben.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 Einkunftszielung 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.

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.

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.

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/Negrin/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.

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 liegenden 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-*

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 Einkünfteerziehungsabsicht 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.

D. Detailvergleich: USA – Renaissance eines einstigen Vorbilds?

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.