

Wolfgang Schön • Caroline Heber (Hrsg.)

Grundfragen des Europäischen Steuerrechts

 Springer
2015

Ist die Rechtsprechung des EuGH zu den finalen Verlusten am Ende?

Michael Lang

1 Das Urteil Marks & Spencer als Ausgangspunkt der EuGH-Rechtsprechung zu den finalen Verlusten

Fast zehn Jahre ist es her, dass der EuGH sein Urteil in der Rechtssache *Marks & Spencer* gefällt hat.¹ Die Entscheidung kam damals überraschend: Bis dahin hatte der EuGH fast immer entschieden, dass Begünstigungen, deren Anwendungsbereich auf interne Sachverhalte beschränkt war, im Verhältnis zu anderen EU-Staaten grenzüberschreitend gewährt werden müssen. Nur so können sie den Anforderungen der Grundfreiheiten entsprechen.² Dementsprechend wäre zu erwarten gewesen, dass der EuGH vom britischen Gesetzgeber verlangt, den bis dahin nur in Hinblick auf britische Konzerngesellschaften gewährten „loss relief“ auch jenen britischen Muttergesellschaften zuzuerkennen, die in einem anderen EU-Staat über eine Tochtergesellschaft verfügen. Die in der ausländischen Tochtergesellschaft erlittenen Verluste wären dann von den Gewinnen der britischen Muttergesellschaft abzuziehen gewesen, und zwar unabhängig davon, ob sie im Ausland auch berücksichtigt werden könnten.

Stattdessen schlug der EuGH einen neuen Weg ein: Auslandsverluste brauchen nur im Ausnahmefall berücksichtigt werden. Die Muttergesellschaft muss sie nur dann abziehen können, „wenn die gebietsfremde Tochtergesellschaft die im Staat ihres Sitzes für den von dem Abzugsantrag erfassten Steuerzeitraum sowie frühere Steuerzeiträume vorgesehenen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlust-

¹ EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2011, I-9879.

² EuGH, Rs. C-264/96, *ICI*, Slg. 1998, I-4695; Rs. C-436/00, *X und Y*, Slg. 2000, I-10829; Rs. C-251/98, *Baars*, Slg. 2000, I-2787; Rs. C-168/01, *Bosal*, Slg. 2003, I-9409.

M. Lang (✉)
Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht, WU¹ (Wirtschaftsuniversität Wien),
Gebäude D3, 2. OG, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien, Österreich
E-Mail: michael.lang@wu.ac.at

ten ausgeschöpft hat, gegebenenfalls durch Übertragung dieser Verluste auf einen Dritten oder ihre Verrechnung mit Gewinnen, die die Tochtergesellschaft in früheren Zeiträumen erwirtschaftet hat, und wenn keine Möglichkeit besteht, dass die Verluste der ausländischen Tochtergesellschaft im Staat ihres Sitzes für künftige Zeiträume von ihr selbst oder von einem Dritten, insbesondere im Fall der Übertragung der Tochtergesellschaft auf ihn, berücksichtigt werden.“³

Die Begründung legte der EuGH folgendermaßen an: Er erachtete in einem ersten gedanklichen Schritt den Inlands- und den grenzüberschreitenden Fall als vergleichbar. In weiterer Folge führte er drei Rechtfertigungsgründe an, und zwar die Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse, die Gefahr der doppelten Verlustberücksichtigung und die Steuerfluchtgefahr. Der Gerichtshof sah die Kombination dieser Gründe als entscheidend an. Diese Gründe gemeinsam würden die unterschiedliche Behandlung von Inlands- und Auslandsverlusten rechtfertigen. Offenbar schien es dem EuGH aber dann doch zu restriktiv, Auslandsverluste gar nicht zu berücksichtigen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erlangte daher in der Begründung große Bedeutung: Der EuGH wollte die Einmalverwertung von Auslandsverlusten sichergestellt wissen, erachtete es aber als unionsrechtlich nicht gefordert, den im Ausland erlittenen Verlust sowohl dort als auch im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft abzuziehen. Der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft kann daher Maßnahmen setzen, um eine doppelte Verlustverwertung auszuschließen, muss aber auch ersatzweise für den Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft einspringen.

Die vom EuGH im Urteil *Marks & Spencer* aufgestellten Kriterien warfen von Anfang an eine Reihe von praktischen Fragen auf⁴: So war unklar, unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass keine Möglichkeit besteht, die Verluste im Sitzstaat der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen. Das Unternehmen *Marks & Spencer* hatte in einigen der in Betracht kommenden Staaten die gewerbliche Tätigkeit eingestellt. Das Urteil ließ offen, ob die bloße Einstellung der Tätigkeit ausreicht, um die Möglichkeit der Verlustberücksichtigung auszuschließen. Immerhin kann eine rechtlich noch immer existente Gesellschaft ihre Tätigkeit später wieder aufnehmen und – nach Maßgabe der steuerrechtlichen Vorschriften ihres Ansässigkeitsstaates – dann ihre früheren Verluste mit Gewinnen – wenn sie solche überhaupt jemals erzielt – verrechnen. Im Falle der Veräußerung einer Tochtergesellschaft an Dritte stellt sich nicht nur die Frage, ob die Tochtergesellschaft nach der Veräußerung überhaupt Gewinne erwirtschaften wird, sondern ob der Verlustabzug dann überhaupt möglich ist und ob nicht beispielsweise Regelungen über den Mantelkauf dies ausschließen. Damit stehen beweisrechtliche Fragen in engem Zusammenhang: Im Falle eines Verkaufs der Tochtergesellschaft hat der frühere Gesellschafter nicht nur keinen Einfluss auf die weitere unternehmerische Führung seiner bisherigen Tochtergesellschaft und damit auch darauf, ob sie eine Tätigkeit ausüben wird, die unter einen Mantelkaufatbestand fällt. Ihm fehlt oft überhaupt das Wissen über die späteren Geschehensabläufe nach erfolgter Veräußerung.

³ EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2011, I-9879 (Rn. 55).

⁴ Vgl. Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 54 (61 ff.); siehe auch Lang, SWI 2006, 3 (3 ff.).

Offen geblieben ist auch, wann die Verluste zu berücksichtigen sind.⁵ In Betracht kommt die Periode, in denen sie entstanden sind. Genauso ist aber denkbar, sie in jener Veranlagungsperiode abzuziehen, in der klar wird, dass ihre Verwertung im anderen Mitgliedstaat nicht möglich ist.

Die vom EuGH aufgeworfenen Kriterien waren aber auch rechtspolitischer Kritik ausgesetzt⁶: Trifft den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Auslandsverlustes, wenn der Verlust im Ausland nicht verwertet werden kann, ist das Fiskalopfer des Ansässigkeitsstaates der Muttergesellschaft umso größer, je restriktiver die Verlustverwertung im anderen Staat geregelt sind. Einzelne EU-Staaten könnten sich sogar ermuntert sehen, ihre Möglichkeiten zur Verlustberücksichtigung weiter einzuschränken, um auf diese Weise andere Staaten in die Pflicht zu nehmen, die dann ihren Konzernabzug oder vergleichbare Regelungen anwenden müssen.

2 Die weitere Entwicklung der Marks & Spencer-Rechtsprechung

2.1 Die Übertragung der Marks & Spencer-Rechtsprechung auf Auslandsbetriebsstätten

Die bereits unmittelbar nach der Veröffentlichung des Urteils *Marks & Spencer* laut gewordene Kritik hat den EuGH aber nicht davon abgehalten, die in *Marks & Spencer* entwickelten Kriterien auch zur Lösung anderer grenzüberschreitender Verlustkonstellationen heranzuziehen. In einem ersten Schritt hat der Gerichtshof mit dem Urteil *Lidl Belgium* seine Rechtsprechung auch auf die einer abkommensrechtlichen Freistellung unterliegenden ausländischen Betriebsstätten übertragen.⁷ Der EuGH hat dabei die in *Marks & Spencer* kreierte Kriterien wie Tatbestände einer Ausnahmevorschrift behandelt, die es anzuwenden gilt⁸: „Dazu hat der Gerichtshof in Randnr. 55 des Urteils *Marks & Spencer* ausgeführt, dass eine Maßnahme, die die Niederlassungsfreiheit beschränkt, über das zur Erreichung der verfolgten Ziele Erforderliche hinausgeht, wenn eine gebietsfremde Tochtergesellschaft die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten in dem Mitgliedstaat ihres Sitzes für den betreffenden Steuerzeitraum ausgeschöpft hat und wenn keine Möglichkeit besteht, dass die Verluste dieser Tochtergesellschaft in diesem Staat für künftige Steuerzeiträume berücksichtigt werden können.“ Diese Voraussetzungen waren im konkreten

⁵ Siehe bereits Lang, SWI 2006, 3 (9).

⁶ Vgl. Lang, 46 European Taxation, 2006, 421 (427); vgl. auch Wathelet, 51 British Tax Review, 2006, 128 (131).

⁷ EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601.

⁸ EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601 (Rn. 47).

Fall nicht erfüllt⁹: „Für das Ausgangsverfahren ist festzustellen, dass das luxemburgische Steuerrecht die Möglichkeit vorsieht, für die Berechnung der Steuerbemessungsgrundlage Verluste eines Steuerpflichtigen in künftigen Zeiträumen geltend zu machen. [...] Wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigt wurde, ist Lidl Belgium tatsächlich eine solche Verrechnung der 1999 erlittenen Verluste ihrer Betriebsstätte mit einem späteren Steuerjahr, nämlich 2003, in dem die Betriebsstätte Gewinne erwirtschaftete, zugutegekommen.“ Der EuGH lieferte somit für die seines Erachtens nicht bestehende Notwendigkeit, den Auslandsverlust im Stammhausstaat abzuziehen, eine zweifache Begründung. Das Urteil *Lidl Belgium* machte deutlich, dass es nach den in *Marks & Spencer* entwickelten Kriterien offen bleibt, ob es auf die rechtliche oder die faktische Möglichkeit der Verlustberücksichtigung ankommt. In *Lidl Belgium* sah sich der EuGH nicht veranlasst, diese Frage zu entscheiden, denn sowohl rechtlich als auch faktisch konnte der im Betriebsstättenstaat erlittene Verlust dort auch verwertet werden.

Eine neue Wendung nahm die Rechtsprechung dann mit dem Urteil *Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee*¹⁰: Wieder ging es um eine ausländische Betriebsstätte. Die Regelungen des Ansässigkeitsstaates – Deutschlands – berücksichtigten den Auslandsverlust, sahen aber später wieder seine Hinzurechnung vor. Im Ergebnis konnten die Verluste somit im Ansässigkeitsstaat nicht abgezogen werden. Im Betriebsstättenstaat – Österreich – war der Verlustvortrag nicht möglich, sodass der Verlust im Ergebnis nirgendwo berücksichtigt werden konnte. Nach der bis dahin ergangenen *Marks & Spencer*-Rechtsprechung wäre zu erwarten gewesen, dass der Ansässigkeitsstaat in die Bresche springen muss und zur Berücksichtigung verpflichtet wäre und daher von der Hinzurechnung der Gewinne abzusehen hat. Überraschenderweise kam der EuGH aber zum gegenteiligen Ergebnis: Die Zuständigkeit zur Festlegung der Kriterien für die Besteuerung „beinhaltet auch, dass ein Staat für die Zwecke seines eigenen Steuerrechts nicht verpflichtet sein kann, die eventuell ungünstigen Auswirkungen der Besonderheiten einer Regelung eines anderen Staates zu berücksichtigen, die auf eine Betriebsstätte anwendbar ist, die in diesem Staat belegen ist und zu einer im ersten Staat ansässigen Gesellschaft gehört (vgl. in diesem Sinne Urteile *Columbus Container Services*, Randnr. 51, und vom 28. Februar 2008, *Deutsche Shell*, C-293/06, Slg. 2008, I-0000, Randnr. 42). [...] Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit nicht dahin verstanden werden kann, dass ein Mitgliedstaat verpflichtet ist, seine Steuervorschriften auf diejenigen eines anderen Mitgliedstaats abzustimmen, um in allen Situationen eine Besteuerung zu gewährleisten, die jede Ungleichheit, die sich aus den nationalen Steuerregelungen ergibt, beseitigt, da die Entscheidungen, die eine Gesellschaft in Bezug auf die Festlegung von Unternehmensstrukturen im Ausland trifft, je nach Fall Vor- oder Nachteile für sie haben können (vgl. Urteil *Deutsche Shell*, Randnr. 43). [...] Selbst wenn man unterstellt, dass das Zusammenwirken der Besteuerung im Ansässigkeitsstaat des Stammhauses der betreffenden Betriebsstätte mit der Besteuerung im Betriebsstättenstaat zu einer Beschränkung

⁹ EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601 (Rn. 49 f.).

¹⁰ EuGH, Rs. C-157/07, *Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, Slg. 2008, I-8061.

der Niederlassungsfreiheit führen kann, ist eine solche Beschränkung ausschließlich dem letztgenannten Staat zuzurechnen. [...] In einem solchen Fall ergäbe sich die Beschränkung nicht aus der im Ausgangsverfahren streitigen Steuerregelung, sondern aus der Aufteilung der Steuerhoheit durch das deutsch-österreichische Abkommen.“¹¹

Die Argumentation verwirrt: Soweit der EuGH mit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse argumentiert und aus diesem Grund für die fehlende Verlustberücksichtigung den Betriebsstättenstaat verantwortlich macht, ist ein Widerspruch zur bis dahin ergangenen *Marks & Spencer*-Rechtsprechung nicht zu leugnen: Hätte der EuGH bereits in *Lidl Belgium* so argumentiert, wäre es weder darauf angekommen, ob nach dem Steuerrecht des Betriebsstättenstaats die Möglichkeit zur Verlustverwertung bestanden hat, noch ob die Verluste tatsächlich dort berücksichtigt werden konnten. Vielmehr hätten die Verluste unter keinen Umständen im Staat des Stammhauses berücksichtigt werden brauchen. Eine Unmöglichkeit der Verlustberücksichtigung wäre ausschließlich dem Betriebsstättenstaat „zuzurechnen“ gewesen. Sinngemäß hätte sich der EuGH in *Marks & Spencer* nicht den Kopf darüber zerbrechen brauchen, ob die Verluste in den Ansässigkeitsstaaten der Tochtergesellschaften verwertet werden konnten, denn es wäre dann niemals Aufgabe Großbritanniens gewesen, die Verluste abzuziehen.

In der Begründung des EuGH schimmert aber auch die besondere Situation des Falles durch: Es ging um die Frage, ob eine Verpflichtung besteht, „die eventuell ungünstigen Auswirkungen der Besonderheiten einer Regelung eines anderen Staates zu berücksichtigen“.¹² Schon eine der Vorlagefragen hat den möglichen Verstoß der Regelungen des Betriebsstättenstaates gegen die Niederlassungsfreiheit offen angesprochen¹³: „Wirkt es sich auf den Ansässigkeitsstaat aus, wenn die Verlustabzugsbeschränkungen in dem anderen Mitgliedstaat (als dem Quellenstaat) ihrerseits gegen Art. 31 des EWR-Abkommens verstoßen, weil diese den dort mit seinen Betriebsstätteinkünften nur beschränkt Steuerpflichtigen gegenüber den dort unbeschränkt Steuerpflichtigen benachteiligen?“ Der EuGH hatte in dem Verfahren, in dem es um das Steuerrecht des Ansässigkeitsstaates – Deutschlands – ging, nicht die Möglichkeit, über die Unionsrechtskonformität des Steuerrechts des anderen Staates – Österreichs – zu entscheiden. Dazu hätte es eines Vorabentscheidungsersuchens eines österreichischen Gerichts in einem bei ihm anhängigen Verfahren oder einer Klage der Kommission gegen Österreich bedurft. Schon im Gefolge von *Marks & Spencer* und *Lidl Belgium* war der EuGH bekanntlich dafür kritisiert worden, dass seine Rechtsprechung bewirkt, dass eine restriktive Gesetzgebung bei der Verlustberücksichtigung im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft oder im Betriebsstättenstaat dazu führt, dass der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft oder der Stammhausstaat ein größeres Fiskalopfer erbringen muss. Dies gab zur Vermutung Anlass, dass der EuGH dann gerade in einer Konstellation, in der ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit im Betriebsstättenstaat in der Luft lag, nicht den

¹¹ EuGH, Rs. C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz Wannsee, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 49 ff.).

¹² EuGH, Rs. C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz Wannsee, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 49).

¹³ EuGH, Rs. C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz Wannsee, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 22).

Ansässigkeitsstaat verpflichten wollte, für den möglicherweise vertragswidrig handelnden Quellenstaat in die Bresche zu springen.

2.2 Die Übertragung der *Marks & Spencer*-Rechtsprechung auf grenzüberschreitende Fusionen

In der Rechtssache *A Oy* ging es um die grenzüberschreitende Fusion einer schwedischen Gesellschaft auf ihre finnische Muttergesellschaft.¹⁴ Der EuGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Niederlassungsfreiheit und die sie konkretisierende *Marks & Spencer*-Rechtsprechung Finnland verpflichte, die von der schwedischen Tochtergesellschaft vor der Fusion erlittenen Verluste bei der finnischen Muttergesellschaft in Finnland zu berücksichtigen. Die schwedische Tochtergesellschaft war mit der Fusion untergegangen, sodass eine Berücksichtigung der Verluste bei ihr selbst in Schweden nicht mehr in Betracht kam.

GA Kokott nahm die Vorlagefrage in ihren Schlussanträgen zum Anlass, die Aufgabe der EuGH-Rechtsprechung zu fordern.¹⁵ Auslandsverluste sollten nicht mehr unter den engen Voraussetzungen, die der EuGH in *Marks & Spencer* aufgestellt und in der Folgejudikatur bestätigt hatte, berücksichtigt werden, sondern – von wenigen Ausnahmen abgesehen – gar nicht mehr. Sie führte dafür ins Treffen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung, deren Ausfluss die geschilderten Kriterien waren, in *Marks & Spencer* auf dem Rechtfertigungsgrund der Vermeidung der doppelten Verlustberücksichtigung beruht. Dieser Rechtfertigungsgrund habe in der Folge Bedeutung verloren und an seine Stelle ist der Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsrechte getreten. Vor diesem Hintergrund wäre es aber auch nicht mehr notwendig, den Ansässigkeits- oder Stammhausstaat zu verpflichten, ausnahmsweise für den Quellenstaat in die Bresche zu springen. Ob und in welchem Umfang Verluste abgezogen werden, liegt dann ausschließlich in der Verantwortung des Betriebsstättenstaates oder des Ansässigkeitsstaates der Tochtergesellschaft. Darüber hinaus wies die Generalanwältin darauf hin, dass die Verlustberücksichtigung bereits im Urteil *X Holding* nicht mehr angeführt wurde, sodass angenommen werden könne, der EuGH habe die *Marks & Spencer*-Rechtsprechung bereits implizit aufgegeben.

Der EuGH selbst hielt aber an der *Marks & Spencer*-Rechtsprechung fest¹⁶: „Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich zum anderen, dass eine beschränkende Maßnahme wie die im Ausgangsverfahren fragliche über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die verfolgten Ziele im Wesentlichen zu erreichen, wenn die gebietsfremde Tochtergesellschaft die im Staat ihres Sitzes vorgesehenen Möglichkeiten der Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat (vgl. in diesem Sinne Urteil *Marks & Spencer*, Randnr. 55). Es obliegt der Muttergesellschaft, nachzu-

¹⁴ EuGH, Rs. C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:84.

¹⁵ Schlussantrag der GAKokott, Rs. C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:84.

¹⁶ EuGH, Rs. C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:84 (Rn. 49).

weisen, dass das der Fall ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Marks & Spencer, Randnr. 56).“ Auf die Argumente seiner Generalanwältin ging der EuGH überhaupt nicht ein.

Interessant sind die Ausführungen des EuGH zur Frage, ob es allgemein auf die Rechtsvorschriften oder auf die konkrete Situation ankommt, ob eine Möglichkeit zur Berücksichtigung von Verlusten besteht. Zunächst erwähnt der EuGH die Rechtsvorschriften generell¹⁷: „Für das Ausgangsverfahren ist festzustellen, dass zwar aus den dem Gerichtshof übermittelten Akten hervorgeht, dass das schwedische Steuerrecht die Möglichkeit vorsieht, für die Berechnung der Bemessungsgrundlage Verluste eines Steuerpflichtigen in künftigen Veranlagungszeiträumen geltend zu machen.“ Dann setzte der Gerichtshof fort¹⁸: „A hat jedoch vorgetragen, dass B nach Durchführung der Fusion abgewickelt werde und dass A nicht mehr über eine Tochtergesellschaft oder Betriebsstätte in Schweden verfügen werde. Somit scheint keine der beiden Gesellschaften die Möglichkeit zu haben, nach der Fusion die von B in Schweden vor der Fusion erlittenen Verluste in diesem Mitgliedstaat geltend zu machen. [...] Durch diese konkreten Umstände allein kann aber nicht nachgewiesen werden, dass es keine Möglichkeit gibt, die Verluste im Sitzstaat der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen. [...] So sind mehrere der am Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten der Ansicht, dass die Verluste von B in Schweden weiterhin berücksichtigt werden können. Die deutsche Regierung trägt vor, dass diese Verluste von den – wenn auch minimalen – Einnahmen abgezogen werden könnten, die B weiterhin in Schweden erziele. Außerdem habe sie noch laufende Mietverträge, die übertragen werden könnten. Auch die französische Regierung führt aus, dass das schwedische Recht den Gesellschaften erlaube, Verluste für frühere Veranlagungszeiträume oder anlässlich der Besteuerung des Wertzuwachses des Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft geltend zu machen. Die italienische Regierung trägt vor, dass Schweden das Recht habe, das übertragene Vermögen zu bewerten und den sich so ergebenden Gewinn bei der übertragenden Gesellschaft zu besteuern. [...] Es ist daher Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob A tatsächlich nachgewiesen hat, dass B alle in Schweden vorgesehenen Möglichkeiten der Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat.“ Der EuGH beschäftigt sich einerseits weniger mit den schwedischen Rechtsvorschriften als mit der tatsächlichen Situation des Steuerpflichtigen. Andererseits weist er auch darauf hin, dass es auf die „konkreten Umstände allein“ nicht ankommt. Er erwähnt auch erhoffte künftige in Schweden steuerpflichtige Einnahmen, gegen die dann die Verluste verrechnet werden können. Ob aber beispielsweise die ausdrücklich genannten Mietverträge in kommenden Jahren zu Einnahmen führen werden, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit der Vertragspartner in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Wie der Steuerpflichtige den von ihm geforderten Nachweis erbringen soll, dass er „alle Möglichkeiten der Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft“ hat, bleibt unklar.

¹⁷ EuGH, Rs. C-123/11, A Oy, EU:C:2013:84 (Rn. 50).

¹⁸ EuGH, Rs. C-123/11, A Oy, EU:C:2013:84 (Rn. 51–54).

Zur Frage, ob der Verlust nach dem Recht des Ansässigkeitsstaates der Muttergesellschaft oder jener der Tochtergesellschaft zu berechnen sind, hat GA Kokott eindeutig Stellung genommen¹⁹: Sie sprach sich dafür aus, dass „die zu berücksichtigenden Verluste grundsätzlich nach dem Steuerrecht des Sitzstaats der übernehmenden Gesellschaft zu berechnen sind. Denn nur eine solche Berechnung führte [...] zu einer Gleichbehandlung von inländischem und grenzüberschreitendem Sachverhalt, also der steuerlichen Gleichbehandlung einer Fusion mit einer inländischen Tochtergesellschaft und einer Fusion mit einer ausländischen Tochtergesellschaft. Durch diese Gleichbehandlung würde die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit beseitigt, die wie gesehen gerade auf der unterschiedlichen Behandlung der beiden Sachverhalte beruht.“ Die Antwort des EuGH lässt aber alles offen²⁰: Zwar geht auch er zunächst davon aus, dass „diese Berechnung grundsätzlich nicht zu einer Ungleichbehandlung im Vergleich zu der Berechnung führen darf, die im entsprechenden Fall bei der Übernahme der Verluste einer gebietsansässigen Tochtergesellschaft vorgenommen worden wäre.“ Dies spricht also dafür, das Recht des Ansässigkeitsstaates der aufnehmenden Gesellschaft als für die Verlustermittlung relevant anzusehen. Unmittelbar im Anschluss wird dies aber wieder relativiert: „Eine solche Frage kann aber nicht abstrakt und hypothetisch behandelt werden, sondern ist gegebenenfalls im Einzelfall zu prüfen.“²¹ Wenn der EuGH von dem von seiner Generalanwältin vorgeschlagenen diskriminierungsrechtlichen Ansatz völlig überzeugt wäre, bliebe für eine weitere „Einzelfallprüfung“ kein Raum. Die hier erwähnte Relativierung wurde allerdings in den Tenor der Entscheidung nicht aufgenommen.

2.3 Die Übertragung der Marks & Spencer-Rechtsprechung auf außerbetriebliche Auslandseinkünfte

Weiter zur Verwirrung hat die Entscheidung in der Rechtssache *K* beigetragen²²: Ein finnischer Steuerpflichtiger veräußerte eine im Privatvermögen gehaltene französische Immobilie mit Verlust und hatte nach französischem Steuerrecht keine Möglichkeit, diesen Verlust dort zu berücksichtigen. Zum einen sieht das französische Steuerrecht nämlich überhaupt keine Möglichkeit vor, solche Verluste aus privaten Immobilienveräußerungen abzuziehen. Zum anderen hatte der Steuerpflichtige auch kein Vermögen in Frankreich mehr und keine anderen Einkunftsquellen, mit denen er diese Verluste verrechnen hätte können.

GA Mengozzi hat in seinen Schlussanträgen Kritik an der *Marks & Spencer*-Rechtsprechung geübt.²³ Der Umstand, dass der EuGH die zuvor geäußerte Kritik von

¹⁹ Schlussantrag GAKokott, Rs. C-123/11, A Oy, EU:C:2013:84 (Rn. 73).

²⁰ EuGH, Rs. C-123/11, A Oy, EU:C:2013:84 (Rn. 59).

²¹ EuGH, Rs. C-123/11, A Oy, EU:C:2013:84 (Rn. 60).

²² EuGH, Rs. C-322/11, K, EU:C:2013:716.

²³ Schlussantrag GAmengozzi, Rs. C-322/11, K, EU:C:2013:183 (Rn. 61 ff.).

GA Kokott ignoriert hat, hat GA Mengozzi nicht davon abgehalten, sich im Wesentlichen der Auffassung seiner Kollegin anzuschließen. Er forderte die Aufgabe der *Marks & Spencer*-Rechtsprechung des EuGH und als ersten Schritt dazu die Einschränkung ihres Anwendungsbereichs auf Fälle, in denen unilaterale Vorschriften der Berücksichtigung von Auslandsverlusten im Ansässigkeitsstaat entgegenstehen.

Der EuGH ließ sich davon nicht beeindrucken: Er hat einerseits die Gelegenheit genutzt, den Anwendungsbereich seiner *Marks & Spencer*-Rechtsprechung zu erweitern: Waren bis dahin im Betriebsvermögen gehaltene Beteiligungen an Tochtergesellschaften und Betriebsstätten erfasst, geht es hier um Privatvermögen. Dementsprechend ist nicht die Niederlassungsfreiheit, sondern die Freiheit des Kapitalverkehrs angesprochen. Für den EuGH macht dies keinen Unterschied.

Andererseits bringt die vom EuGH gewählte Begründung möglicherweise eine erhebliche Einschränkung der *Marks & Spencer*-Rechtsprechung insgesamt mit sich²⁴: Der EuGH weist zunächst auf seine bisherige Judikatur hin, aus der hervorgeht, dass zwar „eine Maßnahme, die es einer gebietsansässigen Muttergesellschaft verwehrt, von ihrem steuerpflichtigen Gewinn Verluste abzuziehen, die einer Tochtergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat dort entstanden sind, während sie einen solchen Abzug für Verluste einer gebietsansässigen Tochtergesellschaft zulässt, oder die im Rahmen einer Fusion die Möglichkeit der in einem Mitgliedstaat ansässigen Muttergesellschaft ausschließt, die Verluste der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen übertragenden Tochtergesellschaft von ihren steuerpflichtigen Einkünften abzuziehen, aufgrund der Notwendigkeit gerechtfertigt sein kann, die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren und den Gefahren der doppelten Berücksichtigung von Verlusten sowie der Steuerflucht zu begegnen [...], aber über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die verfolgten Ziele im Wesentlichen zu erreichen, wenn die gebietsfremde Tochtergesellschaft die in ihrem Sitzmitgliedstaat bestehenden Möglichkeiten der Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat (vgl. in diesem Sinne Urteile *Marks & Spencer*, Randnr. 55, und *A*, Randnr. 49).“ Dann behauptet der EuGH aber überraschenderweise, dass nicht angenommen werden könne, dass im Ausgangsverfahren „ein Steuerpflichtiger wie *K* die Möglichkeiten der Berücksichtigung von Verlusten in dem Mitgliedstaat, in dem sich die Immobilie befindet, ausgeschöpft hat“.²⁵ Warum der Steuerpflichtige diese Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung „nicht ausgeschöpft hat“, ist aber jedenfalls auf den ersten Blick nicht einleuchtend: „Da der Mitgliedstaat, in dem die Immobilie belegen ist, nämlich keine Möglichkeit der Berücksichtigung von Verlusten aus der Veräußerung der Immobilie vorsieht, hat eine solche Möglichkeit nie bestanden.“²⁶ Eine nicht vorhandene Möglichkeit könne somit auch nicht „ausgeschöpft“ werden. Dies führt zu paradoxen Ergebnissen: Da Frankreich keinen Ausgleich der Immobilienverluste mit anderen Einkünften zulässt, braucht Finnland als Ansässigkeitsstaat die französischen Verluste nicht zu berücksichtigen. Dass der Steuerpflichtige über gar keine anderen französischen

²⁴ EuGH, Rs. C-322/11, K. EU:C:2013:716 (Rn. 75).

²⁵ EuGH, Rs. C-322/11, K. EU:C:2013:716 (Rn. 76).

²⁶ EuGH, Rs. C-322/11, K. EU:C:2013:716 (Rn. 77).

Einkünfte verfügt, spielt keine Rolle. Sähe das französische Steuerrecht aber so eine Möglichkeit zur Verlustberücksichtigung vor, würde der in derselben Situation befindliche Steuerpflichtige zum Verlustabzug in seinem Ansässigkeitsstaat Finnland berechtigt. In diesem Fall hätte er nämlich die Möglichkeiten zur Verlustverwertung in Frankreich ausgeschöpft, sodass Finnland einspringen muss.

Die dann folgende Begründung zeigt, dass den EuGH nach wie vor der Einwand beschäftigt, dass seine mit dem Urteil *Marks & Spencer* begründete Rechtsprechung dazu führe, dass ein Mitgliedsstaat durch restriktive Gestaltung seiner Steuergesetze in Hinblick auf Verlustverwertung indirekt das Fiskalopfer, das das Gebot der Einmalberücksichtigung von Verlusten verlangt dem anderen Mitgliedsstaat auferlegen kann²⁷: „Würde man unter diesen Umständen den Wohnsitzmitgliedstaat des Steuerpflichtigen verpflichten, gleichwohl den Abzug der mit der Immobilie verbundenen Verluste von den in diesem Mitgliedstaat steuerpflichtigen Gewinnen zu gestatten, hätte er die nachteiligen Folgen zu tragen, die sich aus der Anwendung der Steuervorschriften des Mitgliedstaats ergeben, in dem sich die Immobilie befindet.“ Der darauf folgende Satz spricht aber – wie schon in *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* – von den „Besonderheiten“ des Steuerrechts des Quellenstaates²⁸: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann ein Mitgliedstaat aber nicht verpflichtet sein, bei der Anwendung seiner eigenen Steuervorschriften den möglicherweise nachteiligen Folgen der Besonderheiten einer Regelung eines anderen Mitgliedstaats Rechnung zu tragen, die für eine im Hoheitsgebiet des letztgenannten Staates belegene Immobilie gilt, deren Eigentümer ein im erstgenannten Staat wohnender Steuerpflichtiger ist [...]“. In *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* hat die „Besonderheit“ der Regelung aber darin bestanden, dass der Quellenstaat Gebietsfremde restriktiver als Gebietsansässige behandelt, während der Quellenstaat hier Verluste aus der Veräußerung privater Immobilien gar nicht berücksichtigt. Wenn aber Regelungen einer Steuerrechtsordnung, die den Verlustabzug für bestimmte Arten von Einkünften generell ausschließen, als „Besonderheit“ zu qualifizieren sind, bleibt offen, welche Formen des Verlustabzugsverbots nicht als „Besonderheit“, sondern als allgemeine Regelung zu werten sind.

2.4 Die Grenzen des Anwendungsbereichs der Marks & Spencer-Rechtsprechung

Mindestens so interessant wie die Urteile, in denen der EuGH seine Entscheidung unter Berufung auf die *Marks & Spencer*-Rechtsprechung getroffen hat, sind jene Urteile, in denen es zwar auch um Verluste ging, in denen der EuGH aber nicht einmal erwogen hat, den Fall anhand der in *Marks & Spencer* entwickelten Grundsätze

²⁷ EuGH, Rs. C-322/11, K, EU:C:2013:716 (Rn. 78).

²⁸ EuGH, Rs. C-322/11, K, EU:C:2013:716 (Rn. 79).

zu entscheiden. Ein frühes Beispiel dafür ist das Urteil *Deutsche Shell*.²⁹ In diesem Fall ist es um Wechselkursverluste bei der Umrechnung von italienischen Betriebsstättengewinnen von Lira in DM für Zwecke des deutschen Stammhauses gegangen. Hier erachtete der EuGH die Berücksichtigung der Verluste in Deutschland für geboten, obwohl solche Verluste aus Wechselkursänderungen bei inländischen Betriebsstätten gar nicht entstehen konnten. In Wahrheit ging es somit nicht um die Gleichbehandlung vergleichbarer Situationen, sondern die ebenfalls gebotene Ungleichbehandlung unterschiedlicher Situationen.³⁰ Der EuGH hat sich nicht mit möglichen Begrenzungen der Verlustberücksichtigung aufgehalten. Die Gefahr der Doppelverwertung des Verlustes stellte sich nicht. Die Einmalberücksichtigung war durch die vom EuGH geforderte Abzugsfähigkeit der Verluste gesichert.

Der EuGH hatte auch Fälle wie *Papillon* zu entscheiden, in denen es um die Verrechnung von Verlusten der Enkelgesellschaft mit im selben Staat erzielten Gewinnen der Großmuttergesellschaft gegangen ist.³¹ Der französische Gesetzgeber hatte die Verlustberücksichtigung nicht zugelassen, weil die Muttergesellschaft in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig war. Wären alle Rechtsträger im selben Staat ansässig gewesen, wäre der Verlustabzug nicht gescheitert. Der EuGH forderte, dass die Verrechnung von Verlusten und Gewinnen aus demselben Staat zulässig ist. Er erachtete es dabei als legitim, dass der nationale Gesetzgeber sicherstellt, dass derselbe Verlust im selben Staat dann nicht doppelt berücksichtigt wird, etwa im Wege der Abschreibung der von der Großmuttergesellschaft gehaltenen Beteiligung an der Muttergesellschaft, die durch anhaltende Verluste der Enkelgesellschaft erforderlich werden kann. Interessanterweise hat sich der EuGH aber an der Möglichkeit der nochmaligen Verwertung dieses Verlustes im anderen Mitgliedsstaat – beispielsweise im Wege der Abschreibung der verlustbringenden Beteiligung an der Enkelgesellschaft bei der Muttergesellschaft – nicht gestoßen. Der Gerichtshof hatte offenbar mit der möglichen doppelten Verwertung des Verlustes der Enkelgesellschaft in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten kein Problem.

Umgekehrt gibt es Fälle, in denen Verluste im Ansässigkeitsstaat nicht abgezogen werden können, obwohl keineswegs gesichert oder sogar ausgeschlossen ist, dass sie im anderen Staat berücksichtigt werden können. Der EuGH nimmt in solchen Fällen die völlige Nichtberücksichtigung der Verluste in Kauf und erachtet dies als unionsrechtlich zulässig. Dazu gehören die bereits geschilderten Urteile *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* und *K*, in denen der EuGH zwar die in *Marks & Spencer* entwickelten Kriterien anwendet, aber zum Ergebnis gelangt, dass berücksichtigungswürdige finale Verluste nicht vorliegen.³² In anderen Fällen tritt der EuGH erst gar nicht in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, weil er den generellen Ausschluss der Berücksichtigung von Auslandsverlusten als gerechtfertigt erachtet: So hatte der EuGH in *Oy AA* die Beschränkung der Anwendung der finnischen Kon-

²⁹ EuGH, Rs. C-293/06, *Deutsche Shell*, Slg. 2008, I-1129.

³⁰ Dazu Lang, 18 EC Tax Review, 2009, 98 ff.

³¹ EuGH, Rs. C-418/07, *Papillon*, Slg. 2008, I-8947.

³² Vgl. EuGH, Rs. C-157/07, *Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 55) und Rs. C-322/11, *K*, EU:C:2013:716 (Rn. 83).

zernbeitragsregelung auf inländische Sachverhalte akzeptiert, um zu vermeiden, dass „Unternehmensgruppen nach Belieben den Mitgliedstaat wählen könnten, in dem die Gewinne der Tochtergesellschaft besteuert würden“.³³ Dieses Argument hat den EuGH auch in *X Holding* bewogen, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausländische Tochtergesellschaften und Betriebsstätten einander gegenüberzustellen und ihre Vergleichbarkeit letztlich zu verwerfen, sonst aber gar nicht näher die Verhältnismäßigkeit der Regelungen zu untersuchen.³⁴ In beiden Fällen wäre es aber durchaus konsequent gewesen, zumindest dann die Verlustübernahme im Ansässigkeitsstaat als geboten zu erachten, wenn die Verlustverwertung im Ansässigkeitsstaat der anderen Konzerngesellschaft ausgeschlossen ist und es sich somit um finale Verluste handelt. Auch der Anwendungsbereich der in *Oy AA* auf dem Prüfstand des EuGH gewesenen finnischen Regelung abzugsfähiger Konzernbeiträge hätte auf jene Konstellationen erweitert werden können, in denen eine ausländische untergeordnete Konzerngesellschaft Verluste erlitten hat. Der vom EuGH geltend gemachte Einwand, wonach er keine Situation schaffen wolle, in der „Muttergesellschaften frei entscheiden könnten, in welchem Mitgliedstaat sie die Verluste ihrer gebietsfremden Tochtergesellschaft geltend machen“³⁵, könnte in diesen Fällen nicht greifen. Berechtigt – wenngleich rückblickend betrachtet zu Unrecht – hat GA Kokott daher aus dem Urteil *X Holding* geschlossen, dass der Gerichtshof die *Marks & Spencer*-Rechtsprechung implizit bereits aufgegeben hätte.³⁶

3 Die dogmatischen Schwächen der Marks & Spencer-Rechtsprechung

3.1 Die für die Ermittlung des Verlustes maßgebende Steuerrechtsordnung

Alleine die eben vorgenommene Beschreibung der Entwicklung der Rechtsprechung seit *Marks & Spencer* macht schon ihre Schwächen deutlich: Bereits das Urteil *Marks & Spencer* hat einige kaum zu lösende Fragen aufgeworfen. Seitdem hat der EuGH die in *Marks & Spencer* entwickelten Kriterien zusehends verengt, dabei aber den Eindruck erweckt, dass seine Judikatur nach wie vor auf der seinerzeitigen Leitentscheidung beruht. Die Widersprüche sind aber mittlerweile mit Händen zu greifen. Dazu kommt, dass der EuGH in anderen zu Auslandsverlusten ergangenen Entscheidungen die *Marks & Spencer*-Kriterien gar nicht in Erwägung zieht, ohne dafür eine Begründung anzugeben. In einigen dieser Urteile nimmt er

³³ EuGH, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373 (Rn. 56).

³⁴ EuGH, Rs. C-337/08, *X Holding*, Slg. 2010, I-1215 (Rn. 40).

³⁵ EuGH, Rs. C-337/08, *X Holding*, Slg. 2010, I-1215 (Rn. 41).

³⁶ Schlussantrag GA Kokott, Rs. C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:84 (Rn. 53).

stillschweigend oder ausdrücklich die doppelte Berücksichtigung von Verlusten aber auch den Ausschluss jeder Verlustverwertung in Kauf.

Einige der erwähnten Schwierigkeiten beruhen auf Schwächen dieser Rechtsprechung, die von Anfang an bestanden haben und die in der Folge grundlegender angesprochen werden sollen: Der EuGH spricht regelmäßig von den durch die ausländische Gesellschaft oder ausländische Betriebsstätte erlittenen „Verlusten“ schlechthin, die es unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen gilt. Der EuGH tut daher so, als ob es sich um eine klar vorgegebene Größe handelt. Die Höhe eines Verlustes ist aber – ebenso wie jene eines Gewinnes – letztlich bloß das Ergebnis einer Rechenoperation. Dieses Ergebnis hängt von den jeweils maßgebenden Vorschriften ab, die vorgeben, was überhaupt steuerbar ist und wie bei der Bewertung vorzugehen ist und in welcher Periode welche Abzugsposten zu berücksichtigen sind. Die für Zwecke des Steuerrechts ermittelten Gewinne und Verluste können daher von denen, die beispielsweise nach unternehmensrechtlichen, sozialrechtlichen oder Vorgaben anderer Rechtsgebiete ermittelt werden, erheblich abweichen. Ein Verlust ist niemals eine faktische Größe, sondern er hängt von den maßgebenden Vorschriften des positiven Rechts ab. Da innerhalb der EU die steuerlichen Bemessungsgrundlagen nicht harmonisiert sind, kann daher die Höhe eines Verlustes derselben wirtschaftlichen Aktivität völlig unterschiedlich sein, je nachdem welche Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Was sich nach einer Rechtsordnung als Verlust darstellt, kann nach einer anderen Rechtsordnung sogar als Gewinn auszuweisen sein.

Die vom EuGH gewählte Begründung für seine Rechtsprechung zu den finalen Verlusten macht es auch keineswegs leicht, die Frage zu beantworten, ob es auf das Steuerrecht des Ansässigkeits- oder jenes des Quellenstaates ankommt: Stellt man auf den Charakter der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote ab, liegt es nahe, das Steuerrecht des Ansässigkeits- oder Stammhausstaates als maßgebend zu erachten: Der Auslandssachverhalt soll gegenüber dem Inlandssachverhalt nicht schlechter behandelt werden. Daher wäre die Berücksichtigung des Ergebnisses der im anderen Staat durchgeführten wirtschaftlichen Aktivität dann und nur dann und insoweit zu berücksichtigen, als die Anwendung der Steuerrechtsvorschriften des Ansässigkeitsstaates einen Verlust ergeben.

Rückt man allerdings den vom EuGH offenbar ebenfalls als tragend erachteten Gedanken der Einmalberücksichtigung von Verlusten in den Vordergrund, spricht dies dafür, auf das Recht des Quellenstaates abzustellen. Der nach dessen Vorschriften ermittelte Verlust müsste im Ansässigkeitsstaat abgezogen werden, wenn seine Verwertung im Quellenstaat nicht erfolgen kann. Nur dann ist dieser Verlust zumindest in einem Staat berücksichtigt.

Ähnliche Überlegungen lassen sich auch in Hinblick auf die maßgebende Veranlagungsperiode anstellen, in der die Verluste zu berücksichtigen sind. Wer die Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage der *Marks & Spencer*-Rechtsprechung und deren Charakter als Diskriminierungsverbote ernst nimmt, wird den Abzug der Verluste in der Periode verlangen, in der sie entstanden sind. Wer aber – wie offenbar beispielsweise der deutsche BFH – sicherstellen will, dass nur – wie auch immer definierte – finale Verluste verwertet werden können, wird das Veranlagungsjahr

als zutreffend erachten, in dem die Voraussetzungen eintreten, die die Qualifikation dieser Verluste als final erlauben.³⁷

Im Fall *A Oy* ist zumindest die Frage nach der für die Ermittlung der Verluste maßgebenden Steuerrechtsordnung vom vorlegenden Gericht ausdrücklich angesprochen worden. GA *Kokott* hat sich hier eindeutig für eine diskriminierungsrechtliche Betrachtung ausgesprochen.³⁸ Auch der EuGH hat eine Präferenz dafür erkennen lassen, die Steuerrechtsordnung des Ansässigkeitsstaates der Muttergesellschaft heranzuziehen, dies aber dann wieder völlig relativiert, indem er eine Prüfung im Einzelfall gefordert hat und damit offen gelassen hat, in welchen Situationen er eine andere Betrachtung anstellen würde.³⁹ Offenbar ist dem EuGH bewusst geworden, dass sich der – nach den Grundfreiheiten gebotene – diskriminierungsrechtliche Ansatz nicht mit der Vorstellung verbinden lässt, die Einmalverwertung von Verlusten sicherzustellen und den Mitgliedstaaten eine Handhabe zu geben, deren Doppelverwertung auszuschließen. Dieser Zielkonflikt würde nur dann nicht entstehen, wenn die Vorschriften über die Bemessungsgrundlagen bei den direkten Steuern harmonisiert wären. Davon sind wir aber noch weit entfernt. Nicht einmal eine unionsweit umgesetzte CCCTB würde die Unterschiede zwischen den Steuerrechtsordnungen beseitigen, sondern nur eine weitere steuerliche Bemessungsgrundlage kreieren, die neben jene des nationalen Rechts der Mitgliedsstaaten tritt.⁴⁰ Die *Marks & Spencer*-Rechtsprechung krankt aber von Anfang an bereits daran, dass sie diesen offenkundigen Konflikt zwischen den verschiedenen ihr zugrunde liegenden Zielen ignoriert und so tut, als würde es *den* Verlust schlechthin geben.

3.2 Die Ausschöpfung der Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung

Ebenfalls für das *Marks & Spencer*-Urteil selbst gilt bereits, dass das Kriterium der Finalität des Verlustes eine Fülle von Fragen aufgeworfen hat. Die weitere Rechtsprechung hat diese Kriterien weiter verschärft, sodass heute kaum Situationen vorstellbar sind, in denen im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft oder im Betriebsstättenstaat alle Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung ausgeschöpft sind, sodass den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft oder den Stammhausstaat die Verpflichtung trifft, diese Auslandsverluste wie inländische Verluste zu behandeln und für den anderen Staat einzuspringen.

Seit *Lidl Belgium* hat der EuGH zwischen den rechtlichen und den faktischen Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung differenziert und zunächst offen gelas-

³⁷ BFHE 230, 35; BFHE 231, 554.

³⁸ Schlussantrag GA Kokott, Rs. C-231/05, Oy AA, Slg. 2007, I-6373 (Rn. 73 ff.).

³⁹ EuGH, Rs. C-231/05, Oy AA, Slg. 2007, I-6373 (Rn. 60).

⁴⁰ Vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB), KOM(2011) 121/4.

sen, welches dieser beiden Kriterien entscheidend ist.⁴¹ Die Rechtsprechung des deutschen BFH hat sich dafür entschieden, Verluste dann als final anzusehen, wenn Verlustnutzungsmöglichkeiten aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten wegfallen.⁴² Eine Analyse dieser Rechtsprechung zeigt aber, wie problematisch es ist, auf die faktischen Möglichkeiten abzustellen: Wenn im Betriebsstättenstaat Verluste fünf Jahre vorgetragen werden können und die Betriebsstätte im sechsten Jahr aufgegeben wird, können die Verluste nicht im Ansässigkeitsstaat berücksichtigt werden. Erfolgt die Betriebsstättenaufgabe aber vor Ablauf dieser Frist, ist diese tatsächliche Gegebenheit – mit den Worten des BFH selbst – in Art einer „überholenden Kausalität“ entscheidend und der Verlustabzug kommt in Betracht.⁴³ Betriebsstättenaufgaben im vierten und im sechsten Jahr nach der Verlustentstehung völlig unterschiedlich zu behandeln, obwohl der Verlust in keinem der beiden Fälle im Staat der Betriebsstätte berücksichtigt werden kann, ist aber nicht ohne Weiteres einsichtig. Der BFH selbst spricht davon, dass er auch nach seiner vordergründig alleine auf die tatsächlichen Gegebenheiten abstellenden Auffassung die „rechtlichen Rahmenbedingungen im Quellenstaat“ berücksichtigt. Der Umstand, dass die fünfjährige Verlustvortragsmöglichkeit nach dem Recht des Quellenstaates zur unterschiedlichen Behandlung führt, macht auch deutlich, dass die maßgebenden Rechtsvorschriften niemals ausgeblendet werden können.

Ob tatsächliche Gegebenheiten Verlustnutzungsmöglichkeiten ausschließen, hängt letztlich immer von den Rechtsvorschriften des Quellenstaates ab: Im Falle der Übertragung oder der Aufgabe einer Betriebsstätte kann der Verlust nur dann final sein, wenn dem Steuerpflichtigen, der die Betriebsstätte erwirbt, aufgrund der Steuergesetze des Quellenstaates nicht gestattet ist, die Verluste weiter zu nutzen, oder wenn diese Gesetze es nicht ermöglichen, dass er diese Verluste mit später bezogenen Einnahmen aus anderen Quellen oder Gewinnen einer später begründeten anderen Betriebsstätte verrechnen kann. Wenn eine Rechtsordnung die Verrechnung von im Rahmen eines Betriebes oder einer anderen Investition erlittenen Verlusten mit künftigen Gewinnen und anderen Einkünften zulässt, so lässt sich nicht seriös vorhersagen, ob und welche solcher Einkünfte der Steuerpflichtige einmal beziehen wird. Die theoretischen Möglichkeiten, zur Verlustverrechnung berechtigte Einkunftsquellen zu begründen, sind unbegrenzt. Niemand kann vorhersehen, welche dieser Möglichkeiten der Steuerpflichtige einmal nutzen wird. Selbst wenn der Steuerpflichtige konkrete Pläne verfolgt, ist keineswegs gesichert, welche sich davon verwirklichen lassen, und ob er nicht stattdessen doch – entgegen seiner eigenen ursprünglichen Einschätzung – andere Einkünfte beziehen wird, von denen er derzeit noch nichts ahnt. Noch weniger lässt sich in vielen Fällen etwas über

⁴¹ EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601 (Rn. 49 f); siehe auch Blum/Huisman, SWI 2014, 433 (441 ff.).

⁴² BFHE 203, 30; Musil, DB 2011, 2451 (2453 ff.); Perdelwitz, 51 *European Taxation*, 2011, 31 (31 ff.); Schwenke, IStR 2011, 368 (372); vgl. auch Hohenwarter, *Verlustverwertung im Konzern*, 518; Gosch, BFH/PR 2013, 403 (405 ff.); Hruschka, IStR 2013, 392 (397); Cohrs, 53 *European Taxation*, 2013, 345 (349).

⁴³ BFHE 230, 35.

die Höhe der Einkünfte sagen. Selbst in Konstellationen, wo sich Zahlungsströme planen lassen – wie bei Zinsen aus Wertpapieren oder Mieteinnahmen – kann der Vertragspartner säumig werden und die erwarteten Einkünfte nicht schlagend werden. Selbst Gebietskörperschaften sind bereits als Schuldner ausgefallen. Stellt man also im Rahmen der für die Verlustberücksichtigung „konkreten Umstände“ nur auf jene künftigen Einnahmen ab, die gesichert sind, müsste jeder Verluste sofort nach Ablauf des Entstehungsjahres als endgültig angesehen und im Ansässigkeitsstaat berücksichtigt werden: Völlig gesicherte künftige Einnahmen existieren nicht. Wenn aber ohnehin jeder Verlust im Ansässigkeitsstaat abgezogen werden muss, würde das Kriterium der „konkreten Umstände“ bedeutungslos werden. Es ist offenkundig, dass es nicht im Sinne der *Marks & Spencer*-Rechtsprechung des EuGH wäre, den Ansässigkeitsstaat zu einem generellen Abzug von Auslandsverlusten zu verpflichten.

Der BFH hat sich in seinem Urteil vom 5. 2. 2014 bemüht, dem Kriterium der „konkreten Umstände“ weiterhin Bedeutung beizumessen und stellt darauf ab, ob beispielsweise die Wiedereröffnung einer Betriebsstätte „wahrscheinlich“ ist.⁴⁴ Gleiches müsste dann wohl auch für alle anderen möglichen künftigen und nach dem Steuerrecht des Quellenstaates zur Verlustverrechnung berechtigenden Einnahmen gelten. Seriöse Aussagen darüber, wie sich das Leben des Steuerpflichtigen in künftigen Jahren „wahrscheinlich“ abspielen wird und welche Einnahmen er daher beziehen wird und der Bezug welcher Einnahmen „eher unwahrscheinlich“ ist, sind unmöglich. Eine Rechtsprechung, die das Finanzamt in die Rolle des Wahrsagers drängt, ist wenig überzeugend.

Zieht man hingegen alle Möglichkeiten in Betracht, die der Steuerpflichtige in Zukunft nutzen könnte, um Einnahmen zu generieren, mit denen er die erlittenen Verluste verrechnen kann, fallen die „konkreten Umstände“ offenbar mit den rechtlichen Möglichkeiten zusammen. Die Voraussetzung der faktischen Möglichkeiten verliert damit in diesen Fällen ihre eigenständige Bedeutung. Letztlich scheint es daher in solchen Konstellationen ausschließlich auf die rechtlichen Möglichkeiten anzukommen. Wenn also eine Steuerrechtsordnung einen fünfjährigen Verlustvortrag vorsieht, dann bestehen rechtlich Möglichkeiten zur Verlustverwertung. Wer sich die Einmalberücksichtigung des Verlusts zum Ziel gesetzt hat, muss dann aber nach Ablauf der fünfjährigen Vortragsperiode den Verlust als final anerkennen.

Dies zeigt allerdings auch, dass auch auf die rechtlichen Möglichkeiten alleine nicht abgestellt werden kann: Schon der Ablauf der fünfjährigen Frist ist der Sachverhaltsebene zuzurechnen. Wenn der Steuerpflichtige noch vor Ablauf der fünfjährigen Periode wieder Gewinne erwirtschaftet hat, kommt ein Verlustabzug insoweit nicht mehr in Betracht. Daher muss auch auf die „konkreten Umstände“ des Steuerpflichtigen abgestellt werden. Selbst jene, die den Verlustabzug im Ansässigkeitsstaat verwehren wollen, wenn im Quellenstaat überhaupt nur die Möglichkeit zum Verlustvortrag besteht, können vor der Notwendigkeit stehen, die „konkreten Umstände“ zu berücksichtigen. Folgendes simples und konstruiertes Beispiel soll dies veranschaulichen: Das Steuerrecht des Quellenstaates erlaubt Kapitalgesellschaften

⁴⁴ BFHE 244, 371 (376); siehe auch Mitschke, ISR 2014, 377 (381 ff.).

gar keinen Verlustvortrag, natürlichen Personen hingegen zeitlich unbegrenzt. Kann in einem solchen Fall dem Verlust einer Kapitalgesellschaft deshalb die Finalität abgesprochen werden, weil natürliche Personen einen Verlustvortrag in Anspruch nehmen könnten? Wer diese Frage verneint, muss sich dazu bekennen, dass es eben doch darauf ankommt, in welchen „konkreten Umständen“ sich ein bestimmter Steuerpflichtiger befindet. Dann stellt sich aber auch die Frage, *welche* „konkreten Umstände“ heranzuziehen sind: Ist es bei Regelungen, die zwischen unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht oder zwischen gemeinnützigen und nicht gemeinnützigen Körperschaften oder Jungunternehmern und anderen Unternehmern oder bestimmten Branchen differenzieren, ausschlaggebend, welcher Gruppe der Steuerpflichtige angehört? Wer diese Diskussion vermeiden möchte, indem er die Finalität der Verluste schon verneint, wenn es *überhaupt* Steuerpflichtige gibt, die Verluste verwerten können, wird mit dem unbefriedigenden Ergebnis konfrontiert sein, dass die durch das Steuerrecht des Quellenstaates erfolgte Zuerkennung des Verlustvortrages für einen einzigen Steuerpflichtigen – beispielsweise den Staat selbst mit seinen erwerbswirtschaftlichen Aktivitäten – allen anderen Steuerpflichtigen die Möglichkeit des Verlustabzugs abschneidet.

Die Rechtsvorschriften heranzuziehen ist aber auch aus einem anderen Grund problematisch: Sowohl in *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* als auch in *K* hat der EuGH zwischen den „Besonderheiten“ der Regelungen über die Verlustberücksichtigung und offenbar anderen, nicht näher bezeichneten Vorschriften unterschieden.⁴⁵ In *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* bestand die „Besonderheit“ der Rechtslage im Quellenstaat darin, dass die die Verlustberücksichtigung ausschließenden Regelungen verdächtig waren, selbst den Grundfreiheiten zu widersprechen. Dem EuGH, dem es aus verfahrensrechtlichen Gründen verwehrt war, in diesem im Stammhausstaat anhängig gewordenen Fall über den Grundfreiheitenverstoß im anderen Staat selbst abzusprechen, war es nicht zu verdenken, dass er hier zurückhaltend war und nicht den Stammhausstaat in die Pflicht nahm. In *K* wertete er es aber als „Besonderheit“, dass die französische Rechtslage überhaupt keine Berücksichtigung von Immobilienverlusten zuließ. Wie eine Regelung beschaffen sein muss, um nicht als „Besonderheit“ zu gelten, lässt sich aber weder aus dem Urteil *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* noch aus *K* ableiten. Wenn selbst eine allgemeine den Verlustausgleich ausschließende Regelung als „Besonderheit“ zu werten ist, scheint es wenige Regelungen zu geben, die nicht als „Besonderheit“ anzusehen sind. Wenn der EuGH aber mit der Differenzierung zwischen „Besonderheiten“ und anderen Regelungen einen gewissen Mindeststandard der Verlustberücksichtigung voraussetzt, lassen sich angesichts völlig unterschiedlicher Regelungen in den Mitgliedstaaten kaum Kriterien finden, anhand dieser bestimmt werden könnte.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Rs.C-157/07, *Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 49); Rs. C-322/11, *K*, EU:C:2013:716 (Rn. 79).

3.3 Die Verengung der Marks & Spencer-Kriterien im Lichte geänderter Rechtfertigungsgründe

Der EuGH hat sein Urteil *Marks & Spencer* in einer Periode gefällt, in der auch andere Rechtsprechungslinien auf dem Gebiet des Steuerrechts zumindest neu akzentuiert wurden⁴⁶: Bis dahin hatte der EuGH in Steuerfällen die Vergleichbarkeit von Inlands- und Auslandskonstellation fast immer bejaht und nur in Ausnahmefällen Rechtfertigungen für eine differenzierende Behandlung akzeptiert. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hatte daher kaum eine Rolle gespielt. In einigen anderen kurz vor und nach *Marks & Spencer* getroffenen Entscheidungen hat der EuGH nun damit begonnen, zurückhaltender bei der Annahme der Vergleichbarkeit und großzügiger bei der Akzeptanz von Rechtfertigungsgründen zu werden.⁴⁷ Das Urteil *Marks & Spencer* passt hier ins Bild⁴⁸: Der Gerichtshof hat zwar die Vergleichbarkeit von Inlands- und Auslandssachverhalt bejaht, diese Differenzierung dann aber als gerechtfertigt angesehen. Dazu hat er Rechtfertigungsgründe bemüht, die in seiner früheren Rechtsprechung keine Rolle gespielt hatten oder sogar von ihm verworfen wurden.⁴⁹ Die neue Judikaturlinie hat er damit begründet, dass nicht ein einziger dieser Rechtfertigungsgründe alleine ausgereicht hätte, diese Differenzierung zu tragen, sondern dass eine gemeinsame Betrachtung von drei Rechtfertigungsgründen – „taken together“ – entscheidend war. Damit hat er versucht, einen offenen Widerspruch zu seiner Vorjudikatur zu vermeiden.

Schon bald aber ist das Spannungsverhältnis zur Vorjudikatur offenbar geworden: In *Oy AA* und in *Lidl Belgium* hat der EuGH gemeint, dass es gar nicht zwingend dieser drei Rechtfertigungsgründe bedarf, um in Verlustfällen oder ähnlichen Konstellationen eine unterschiedliche Behandlung des Auslandssachverhalts zu rechtfertigen⁵⁰: Zwei dieser drei Gründe reichen bereits aus. In *Lidl Belgium* war das Schlüsselwort die Symmetrie, die durch die gleiche Behandlung von Gewinnen und Verlusten hergestellt wäre.⁵¹ Dieselbe Überlegung ist auch in *Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee* ausschlaggebend gewesen.⁵² Als Rechtfertigungsgrund zog der EuGH dort aber keinen der drei in *Marks & Spencer* als ausschlaggebend angesehenen Rechtfertigungsgründe heran, sondern die Kohärenz. Somit bedarf es auch nicht einer Kombination zweier Rechtfertigungsgründe, um eine Differenzierung zu rechtfertigen, sondern stattdessen reicht auch die Berufung auf einen Rechtfertigungsgrund – nämlich der Kohärenz – aus. Weniger als drei Jahre nach *Marks*

⁴⁶ Vgl. Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 421 (421 ff.); siehe auch Lang, in: FS Wacker, 365 ff.

⁴⁷ Eingehend dazu Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 421 (422); siehe auch Lang, in: FS Wacker, 365 ff.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2011, I-9879 (Rn. 33, 51).

⁴⁹ Kritisch dazu Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 54 (58 ff.).

⁵⁰ EuGH, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373 (Rn. 60); Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601 (Rn. 40 ff.).

⁵¹ EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601 (Rn. 33)

⁵² EuGH, Rs. C-157/07, *Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 43).

& *Spencer* war der EuGH daher wieder bei einem einzigen Rechtfertigungsgrund gelandet.

Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz hatte seinerzeit in *Bachmann* eine Rolle gespielt⁵³, war dann aber über Jahrzehnte jeweils so eng gefasst worden, dass er bedeutungslos wurde. Erst in *Manninen* wurde der Begriff wieder weiter gefasst und damit mit Leben erfüllt.⁵⁴ Insoweit ist es nicht überraschend, dass sich der EuGH auch danach wieder – und somit auch in *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*⁵⁵ – auf die Kohärenz berief. Allerdings hat der EuGH etliche Jahre zuvor – in *Wielockx*⁵⁶ – eine Differenzierung nicht hingenommen, weil sich der Mitgliedstaat durch Abschluss eines DBA gerade seiner Kohärenz begeben hat und sich daher nicht auf diesen Grund berufen durfte. Wäre der EuGH in *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* genauso vorgegangen, hätte er diesen Rechtfertigungsgrund verwerfen müssen, weil sich der Ansässigkeitsstaat durch Abschluss eines DBA der sonst gegebenen Kohärenz – nämlich steuerliche Erfassung von Auslandsgewinnen und Berücksichtigung von Auslandsverlusten – begeben hat. Die nunmehrige Rechtsprechung, die die Kohärenz gerade durch den Abschluss eines DBA hergestellt sieht, steht zu dieser früheren Judikatur in diametralem Gegensatz. Spätestens mit dem Urteil *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* ist deutlich geworden, dass der EuGH tatsächlich seine Rechtsprechung geändert hat und mit der in *Marks und Spencer* gewählten – auf den ersten Blick neuen – Begründungslinie diesen Schwenk nur überspielt hat.

Dieser Schwenk ist aber auch nicht abrupt erfolgt, sondern über einen längeren Zeitraum. Dies erklärt auch, warum Entscheidungen wie *Marks & Spencer* und *Lidl Belgium* auf der einen Seite und *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* auf der anderen Seite auch nicht ohne Weiteres miteinander in Einklang zu bringen sind: Der vom EuGH erstmals in *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* in voller Klarheit zum Ausdruck kommende Symmetriegedanke geht von einer Gleichbehandlung von Auslandsgewinnen und Auslandsverlusten aus: Wer Auslandsgewinne nicht besteuert, braucht Auslandsverluste auch nicht zum Abzug zuzulassen. Konsequenterweise müsste dies auch für – wie auch immer definierte – finale Verluste gelten. Eine zu Ende gedachte Rechtsprechung, die auf das Symmetrieargument abstellt, fängt mit der von *Marks & Spencer* noch geforderten Berücksichtigung finaler Verluste nichts an. Genau an diesem Widerspruch leidet letztlich die in *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* gegebene Begründung, wie auch jene in einer jüngeren Entscheidung wie *K*: Der EuGH versucht im Ergebnis dem Symmetriegedanken zum Durchbruch zu verhelfen, ohne aber formal mit *Marks & Spencer* völlig zu brechen. Daher sucht er nach Argumenten, warum gerade im konkreten Einzelfall die Verluste nicht final sind, und nimmt in Kauf, dass diese Argumente dann auch wenig oder gar nicht überzeugend sind.

⁵³ EuGH, Rs. C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, I-249 (Rn. 28); siehe auch Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 421 (424).

⁵⁴ EuGH, Rs. C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, I-7477; siehe auch Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 421 (425).

⁵⁵ EuGH, Rs. C-157/07, *Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 43).

⁵⁶ EuGH, Rs. C-80/94, *Wielockx*, Slg. 1995, I-2493 (Rn. 23 ff.).

3.4 Die Verhältnismäßigkeitsprüfung und das gelindeste Mittel

Die vom EuGH in *Marks & Spencer* entwickelten Kriterien werfen aber auch weitere grundlegende dogmatische Fragen auf: Sie sind das Ergebnis der Anwendung der Grundfreiheiten und im Besonderen von der Wahl des Vergleichspaares und der Rechtfertigungsgründe abhängig. Erst die Annahme vergleichbarer Situationen und die Differenzierung rechtfertigender Gründe hat den Weg frei für die Verhältnismäßigkeitsprüfung gemacht, in deren Rahmen der EuGH dann die Kriterien festgelegt hat, nach denen – zumindest noch der Leitentscheidung *Marks & Spencer* selbst zufolge – den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft die Verpflichtung trifft, die im Ausland von der Tochtergesellschaft erlittenen Verluste von seiner eigenen Bemessungsgrundlage abzuziehen.

Entscheidend war somit zunächst, dass der EuGH die Vergleichbarkeit britischer Muttergesellschaften mit inländischer Tochtergesellschaft einerseits und ausländischer Tochtergesellschaft andererseits bejaht hat. Dieses Vergleichspaar war nicht das einzig mögliche: *GA Maduro* hatte in seinen Schlussanträgen auch den Vergleich zwischen einer britischen Gesellschaft mit Auslandsbetriebsstätte und einer britischen Gesellschaft mit ausländischer Tochtergesellschaft erwogen, allerdings nach eingehender Prüfung wieder verworfen.⁵⁷ Der EuGH hatte dieses Vergleichspaar dann erst gar nicht angesprochen.

Der Vergleich zwischen Tochtergesellschaft und Betriebsstätte wäre aber durchaus überlegenswert gewesen, zumal der EuGH immer wieder – bis heute – deutlich macht, dass er auch gewillt ist, zwei grenzüberschreitende Konstellationen als vergleichbar anzusehen.⁵⁸ Zwar hat die horizontale Vergleichsbarkeitsprüfung in der Rechtsprechung bisher noch keine große praktische Bedeutung erlangt, da der EuGH entweder horizontale und vertikale Vergleichspaarprüfung kombiniert oder aber begründet, warum im konkreten Fall zwei grenzüberschreitende Konstellationen doch nicht vergleichbar sind. Gerade diese Prüfung im Einzelfall macht aber deutlich, dass der EuGH die horizontale Vergleichsbarkeitsprüfung keineswegs generell ausschließt.⁵⁹

Hätte der EuGH die horizontale Vergleichsbarkeitsprüfung weiter verfolgt, wäre vermutlich auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung anders ausgefallen: Denn gerade im Falle der – nach den britischen DBA durchaus üblichen – Anrechnungsmethode werden bei Auslandsbetriebsstätten Verluste zunächst berücksichtigt und somit von der inländischen Bemessungsgrundlage abgezogen. Die Einmalberücksichtigung wird sichergestellt und die Doppelberücksichtigung im Regelfall vermieden, indem der Verlust dann im Falle künftiger Gewinne der Auslandsbetriebsstätte im Ansässigkeitsstaat wieder nachversteuert wird. Dies liegt im Wesen der Anrechnungsmethode. Wäre die Auslandsbetriebsstätte als mit der Tochtergesellschaft vergleichbar

⁵⁷ Schlussantrag *GA Maduro*, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2011, I-9879 (Rn. 42 ff.); siehe auch Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 421 (422); Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 54 (55 ff.); Lang, SWI 2006, 3 (4).

⁵⁸ Vgl. Lang, SWI 2011, 154 (154 ff.).

⁵⁹ Vgl. Lang, SWI 2011, 154 (154 ff.).

angesehen worden, wäre es nahegelegen, dieselbe Methode bei Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften anzuwenden. In späteren Gewinnjahren würde es zur Nachversteuerung der Verluste kommen. Bleiben die Gewinne aus, kommt es auch nicht zur Nachversteuerung und der Verlustabzug bleibt erhalten.

Der EuGH hätte eine Reihe von Möglichkeiten gehabt, den Vergleich mit der in den Anwendungsbereich der Anrechnungsmethode fallenden Auslandsbetriebsstätte doch noch in Erwägung zu ziehen, hat diese aber nicht ergriffen: In *Lidl Belgium* oder in *Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee*, wo der EuGH Fälle zu entscheiden hatte, in denen es um DBA-rechtlich befreite Betriebsstätten ging⁶⁰, wäre diese Vergleichspaarbildung sogar noch näher gelegen als in *Marks & Spencer*: Immerhin hätte sich hier der Vergleich zwischen zwei Auslandsbetriebsstätten – einmal unter Anwendung der Befreiungs-, einmal unter Anwendung der Anrechnungsmethode – nahezu aufgedrängt. In *X Holding* hat der EuGH – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – noch erwogen, Auslandsbetriebsstätte und ausländische Tochtergesellschaft als vergleichbar anzusehen, dies dann allerdings letztlich ebenfalls wieder verworfen.⁶¹

Hätte der EuGH in *Marks & Spencer* diesen Weg gewählt und die Verlustberücksichtigung so vorgenommen, dass Auslandsverluste sofort abgezogen und im Falle späterer Gewinne nachversteuert werden, wären viele der hier angesprochenen Probleme gar nicht entstanden: Die Regelungen des ausländischen Steuerrechts wären keineswegs maßgebend gewesen, denn Auslandsverluste wären genauso wie Auslandsgewinne nach den Rechtsvorschriften des Ansässigkeitsstaates der Muttergesellschaft zu berechnen gewesen, so wie der Stammhausstaat einer ausländischen Betriebsstätte deren Verluste und Gewinne für Zwecke der Anrechnungsmethode nach seinem eigenen Steuerrecht ermittelt. Der Umstand, dass diese Regelung auch – vor dem Hintergrund der angestrebten Ziele der Einfachberücksichtigung und der Vermeidung der Doppelberücksichtigung von Verlusten – aus dem Blickwinkel der Steuerpflichtigen das gelindeste Mittel gewesen wäre, hat diesen Weg zumindest aus rechtspolitischer Sicht unmöglich gemacht: Das Urteil *Marks & Spencer* ist im Rahmen einer zwar nicht völlig dramatischen, aber doch unverkennbaren Trendwende des EuGH zu sehen, der um 2005 begonnen hat mehr Verständnis für die Fiskalinteressen der Mitgliedsstaaten zu entwickeln und in seinen Begründungslinien dafür Platz geschaffen hat.⁶² Dieser Trend hat sich weiter fortgesetzt, was sich insbesondere darin zeigt, dass der EuGH den von ihm selbst entwickelten Voraussetzungen, unter denen Auslandsverluste berücksichtigt werden müssen, den noch verbliebenen Anwendungsbereich fast völlig genommen hat.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601 (Rn. 11); EuGH, Rs. C-157/07, *Krankenhaus Ruhesitz Wannsee*, Slg. 2008, I-8061 (Rn. 22).

⁶¹ EuGH, Rs. C-337/08, *X Holding*, Slg. 2010, I-1215 (Rn. 40).

⁶² Vgl. Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 421 (430); siehe auch Herzig/Wagner, *Der Konzern* 2006, 180 (180 ff.); Hey, *GmbH Rundschau* 2006, 113 (113 ff.); Lang, *SWI* 2006, 3 (11 f.); Lang, 46 *European Taxation*, 2006, 54 (66 f.).

4 Schlussfolgerungen

Die *Marks & Spencer* Rechtsprechung ist noch nicht zu Ende, aber am Ende. Dies hat zumindest zwei verschiedene Ursachen: Der EuGH hat in den knapp zehn Jahren seit der namensgebenden Leitentscheidung die Kriterien, unter denen ein Verlustabzug zulässig ist, immer weiter verengt. Heute kann man sich zurecht fragen, ob diesen Kriterien überhaupt noch ein Anwendungsbereich verblieben ist. Diese Brüche in seiner Rechtsprechung hat der EuGH aber überspielt und nicht offen gelegt. Dass die Widersprüche im Laufe der Zeit und angesichts einer immer größeren Zahl von Entscheidungen auch immer offenkundiger sichtbar werden, liegt auf der Hand. Dazu kommt aber, dass eine Rechtsprechung, die von Vorneherein darauf abzielt, die Rechtslage im anderen Staat als relevant für die Besteuerung im Ansässigkeitsstaat anzusehen, dazu verurteilt ist, widersprüchlich zu sein. Die deutlich ältere *Schumacker*-Rechtsprechung, die in einer rechtsordnungsübergreifenden Betrachtung ebenso darauf abzielt, bestimmte Abzüge einmal zu berücksichtigen, aber ihre Doppelberücksichtigung auszuschließen, und die zu äußerst problematischen Entscheidungen und in sich widersprüchlichen Begründungen geführt hat, hätte dem EuGH eine Lehre sein sollen.⁶³ Wer die fehlende Harmonisierung der Steuerrechtsordnungen leugnet und so tut, als würde es sich um ein und denselben Verlust handeln, der entweder hier oder da berücksichtigt werden soll, kann nicht zu überzeugenden Lösungen gelangen. Harmonisierung kann nicht im Wege der Rechtsprechung erreicht werden.

Die *Marks & Spencer*-Rechtsprechung ist gescheitert. Will der EuGH an den von ihm entwickelten Vorgaben nichts oder möglichst wenig ändern, wäre es am Besten, dies einzugestehen und unter Berufung auf Symmetrieüberlegungen Auslandsverluste generell nicht zum Abzug zuzulassen. Dies wäre auch konsequent, da der EuGH zuletzt den von ihm seinerzeit entwickelten Kriterien ohnehin fast völlig die Bedeutung geraubt hat. Es wäre ehrlich, dies einzuräumen und die Rechtsprechung auch förmlich aufzugeben. Zur Rechtssicherheit würde das wesentlich beitragen. Verbleibende Zweifel, ob doch noch in ganz außergewöhnlichen Situationen Platz für den Abzug von Auslandsverlusten bleibt, wären dann endgültig ausgeräumt.

Rechtspolitisch unrealistisch, aber dennoch überlegenswert wäre es, zu den von GA *Maduro* in den Schlussanträgen zu *Marks & Spencer* angestoßenen Überlegungen zurückzukehren und den Vergleich der Auslandsgesellschaft und der DBA-befreiten Auslandsbetriebsstätte mit der im Anwendungsbereich der Anrechnungsmethode liegenden Auslandsbetriebsstätte ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Die Möglichkeit des Abzugs von Auslandsverlusten mit späterer Nachversteuerung im Gewinnfall wäre ein ausgewogenes Konzept, das allerdings nicht den Applaus der in Hinblick auf die Berücksichtigung ihrer Fiskalinteressen in den letzten Jahren durch den EuGH verwöhnten Regierungen der Mitgliedstaaten finden würde.

Noch politisch unrealistischer, aber meines Erachtens am Überzeugendsten wäre es, wenn der EuGH zu seiner Rechtsprechung vor 2005 zurückkehren würde und auch von den Symmetrieüberlegungen Abstand nehmen würde. Dogmatisch waren

⁶³ Vgl. Lang, RIW 2005, 336 (343 ff.).

diese Überlegungen nie überzeugend, weshalb ihnen der EuGH in seiner älteren Rechtsprechung auch nicht näher getreten ist: Derjenige, dessen *Auslandsverlust* nicht abgezogen werden kann, zahlt den Preis dafür, dass der *Auslandsgewinn eines anderen Steuerpflichtigen* unbesteuert bleibt. Nicht ohne Grund hat der EuGH den Kohärenzbegriff anfangs so eng verstanden, dass sich die kohärente Behandlung auch in derselben Person niederschlagen muss, um rechtlich relevant zu sein. Auf den ersten Blick wäre eine Rechtsprechung, die die Mitgliedsstaaten zwingt, in den Konstellationen, in denen Inlandsverluste abgezogen werden, jedenfalls Auslandsverluste zu berücksichtigen und die Doppelverwertung der Verluste im In- und Ausland hinzunehmen, nicht nur fiskalisch provokant, sondern würde einen schwerwiegenden Eingriff in die Gesetzgebungszuständigkeit des nationalen Gesetzgebers bedeuten. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass das Gegenteil richtig ist: Schon der Umstand, dass der EuGH Doppelbesteuerung nicht per se als grundfreiheitenwidrig erachtet, sollte für ihn Anlass sein, die Möglichkeit der Doppelverwertung von Verlusten ebenfalls entspannt zu sehen. Vor allem aber bewirkt die derzeitige Rechtsprechung, dass der EuGH erheblichen Einfluss auf die Gesetzgebungszuständigkeit der Mitgliedsstaaten nimmt: Letztlich hat er das System der Verlustberücksichtigung selbst entwickelt und lässt den Staaten nur wenig Spielräume davon abzuweichen. Faktisch geriert sich der EuGH heute somit als Gesetzgeber. Ermöglicht der EuGH hingegen den Doppelabzug von Verlusten, bedeutet dies aber nichts anderes, als dass er die Mitgliedsstaaten zum Handeln veranlasst. Kurzfristige fiskalische Einbußen der Mitgliedsstaaten könnte der EuGH verhindern, indem er seine Zuständigkeit zur Festlegung der zeitlichen Wirkungen der eigenen Urteile in Anspruch nimmt und den Verlustabzug zumindest für bereits in der Vergangenheit liegende Sachverhalte ausschließt.⁶⁴ Mittel- und langfristig würden die nationalen Regierungen aber die mit einem möglichen Doppelabzug verbundenen Steuerausfälle nicht hinnehmen. Die im Rahmen des Rats handelnden Mitgliedsstaaten wären dann unter Druck: Sie müssten sich dann auf von ihnen selbst gemeinsam zu entwickelnde Regelungen über eine Bemessungsgrundlage verständigen und diese im Rahmen des Sekundärrechts umsetzen. Angesichts der budgetären Notwendigkeiten würde dies auch gelingen. Die im Rahmen der CCCTB-Arbeiten angestellten und unter Einbeziehung von Experten der Regierungen aller Mitgliedstaaten entwickelten Überlegungen können sich dabei als hilfreich erweisen.⁶⁵ So wie auch aus dem nationalen Kontext bekannt ist, dass die vorderhand einschneidendere Maßnahme eines Verfassungsgerichts in Wahrheit dem Gewaltenteilungsgrundsatz oft besser entspricht, weil sie den eigentlich zur Normsetzung berufenen Gesetzgeber zum Handeln zwingt⁶⁶, kann auch eine auf den ersten Blick weitreichende Entscheidung des EuGH der letztlich behutsamere Weg sein, um der Gewaltentrennung Rechnung zu tragen.

⁶⁴ Vgl. Lang, IStR 2007, 235 (235 ff.).

⁶⁵ Vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB), KOM(2011) 121/4; siehe auch Gonzalez/Diaz-Palacios, in: Lang/Pistone/Schuch/Staringer, Common Consolidated Tax Base, 441 (441 ff.); Schön, in: Schön/Schreiber/Spengel, A common consolidated corporate tax base for Europe, 49 (57 ff.).

⁶⁶ Vgl. Lang, in: Holoubek/Lang, Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen, 269 (295).

Literatur

- Blum D, Huisman E (2014) Die Rechtssache K: Neues zum Finalitätskriterium in der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung. SWI 24:433–445
- Cohrs E (2013) Unresolved issues in the ECJ's Case Law on Cross-Border Intra-Group Loss Relief in the Light of A Oy. Eur Tax 53:345–350
- Gonzalez S, Diaz-Palacios J (2008) The common consolidated corporate tax base: treatment of losses. In: Lang M, Pistone P, Schuch J, Staringer C (Hrsg) Common consolidated corporate tax base. Linde Verlag, Wien, S 441–464
- Gosch D (2013) Zur Abzugsfähigkeit finaler Verluste von EU-Tochtergesellschaften bei der inländischen Muttergesellschaft. BFH/PR 18:403–406
- Herzig N, Wagner F (2006) EuGH-Urteil Marks & Spencer – Grenzüberschreitende Verlustverrechnung in der Gruppe. Der Konzern 4:176–186
- Hey J (2006) Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Marks & Spencer und die Zukunft der deutschen Organschaft. GmbH Rundschau 97:113–123
- Hohenwarter D (2009) Verlustverwertung im Konzern. LexisNexis, Wien
- Hruschka F (2013) Was kann der Betriebsprüfer alles verlangen? Oder Passive Einkünfte von UK-Kapitalgesellschaften. IStR 22:389–392
- Lang M (2005) Ist die Schumacker Rechtsprechung am Ende? RIW 51:336–344
- Lang M (2006) Direct taxation: is the ECJ heading in a new direction? Eur Tax 46:421–430
- Lang M (2006) Eine Wende in der Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern? In: Hebig M, Kaiser K, Koschmieder K-D, Oblau M (Hrsg) Aktuelle Entwicklungsaspekte der Unternehmensbesteuerung. Festschrift für Wilhelm H. Wacker zum 75. Geburtstag. Schmidt, Berlin S 365–380
- Lang M (2006) Marks & Spencer – A first analysis of the judgement of the ECJ. SWI 15:3–12
- Lang M (2006) The Marks & Spencer case – the open issues following the ECJ's final word. Eur Tax 46:54–67
- Lang M (2007) Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Urteilen im Lichte des Urteils Meilicke. IStR 17:235–244
- Lang M (2009) Recent case law of the ECJ in direct taxation: trends, tensions and contradictions. EC Tax Review 18:98–113
- Lang M (2010) Der Sitz der Rechtswidrigkeit. In: Holoubek M, Lang M (Hrsg) Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen. Linde Verlag, Wien, S 269–296
- Lang M (2011) Jüngste Tendenzen zur „horizontalen“ Vergleichsbarkeitsprüfung in der steuerlichen Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten. SWI 21:154–163
- Mitschke W (2014) Ausnahmsweiser Abzug „finaler“ ausländischer Betriebsstättenverluste. IStR 23:377–383
- Musil A (2011) Was sind finale Verluste? DB 64:2451–2455
- Perdelwitz A (2011) Recent developments on the deductibility of foreign establishment losses in Germany. Eur Tax 51:31–33
- Schön W, Schreiber U, Spengel C (2008) Perspektiven der Konzernbesteuerung. In: Schön W (Hrsg) A common consolidated corporate tax base for Europe. Springer, Heidelberg, S 49–84
- Schwenke M (2011) Kann ein Transfer ausländischer Verluste trotz „Finalität“ scheitern? Folgeüberlegungen zum BFH-Urteil I R 107/09. IStR 20:368–373
- Wathelet M (2006) Marks & Spencer plc v Halsey: lessons to be drawn. Br Tax Rev 51:128–134

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Lang ist Vorstand des Instituts für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU (Wirtschaftsuniversität Wien), Wissenschaftlicher Leiter des LL.M-Studiums International Tax Law und Sprecher des Doktorandenkollegs „Doctoral Program in International Business Taxation“ (DIBT) an dieser Universität. – Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 6. 10. 2014 am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München hielt. Das Manuskript wurde am 8. 10. 2014 abgeschlossen. – Den wissenschaftlichen Mitarbeiter/innen Dr. Daniel Blum, Eline Huisman, Lukas Mechtler, Erik Pinetz, Dr. Karoline Spies, Michael Wenzl und Stephanie Zolles danke ich für die kritische Diskussion, wertvolle Anregungen und die Unterstützung bei der Literaturrecherche und der Fahnenkorrektur.