

Michael Lang*)

Marks & Spencer – Eine erste Analyse des EuGH-Urteils

MARKS & SPENCER – A FIRST ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE ECJ

The ECJ published its *Marks & Spencer* judgment on 13 December 2005. The position taken by the Court will cause a number of problems. The ECJ seems to be driven by the revenue needs of the Member States. However, the Court does not make this motive explicit. Therefore the reasoning of the ECJ is not convincing. Several contradictions can be found. *Michael Lang* analyzes the decision.

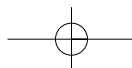
I. Der Tenor des Urteils

Das am 13. 12. 2005 veröffentlichte Urteil des EuGH in der Rechtssache *Marks & Spencer* unterscheidet sich im Tenor von den Schlussanträgen des Generalanwalts *M. Poiares Maduro* vom 7. 4. 2005¹⁾: Der Generalanwalt hatte die Auffassung vertreten, dass „die Artikel 43 EG und 48 EG ... einer Steuerregelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegen (stehen), die einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem Mitgliedstaat das Recht auf einen Konzernabzug mit der Begründung versagt, dass ihre Tochtergesellschaften ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten haben, während dieser Abzug gewährt würde, wenn diese Tochtergesellschaften ihren Sitz im selben Mitgliedstaat hätten.“ Gleichzeitig ging der Generalanwalt aber davon aus, dass „die erwähnten Bestimmungen einer nationalen Regelung nicht entgegen (stehen), die das Recht auf einen Konzernabzug, wie er im Ausgangsverfahren von dem Mitgliedstaat vorgesehen ist, von der Voraussetzung abhängig macht, dass nachgewiesen ist, dass die Verluste der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Tochtergesellschaften in diesen Mitgliedstaaten keine gleichwertige steuerliche Behandlung erfahren.“ Eine gleichwertige Behandlung „kann die Form entweder einer Übertragung von Verlusten auf einen Dritten oder eines Verlustvortrags bei ein und demselben Steuerpflichtigen auf ein anderes Steuerjahr annehmen“.

Das nunmehr vorliegende Urteil hat diese Aussage umgekehrt und dadurch die Gewichte verschoben: Der EuGH geht davon aus, „dass die Artikel 43 EG und 48 EG beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, die es einer gebietsansässigen Muttergesellschaft allgemein verwehrt, von ihrem steuerpflichtigen Gewinn Verluste abzuziehen, die einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft dort entstanden sind, während sie einen solchen Abzug für Verluste einer gebietsansässigen Tochtergesellschaft zulässt. Es verstößt jedoch gegen die Artikel 43 EG und 48 EG, der gebietsansässigen Muttergesellschaft eine solche Möglichkeit dann zu verwehren, wenn die gebietsfremde Tochtergesellschaft die im Staat ihres Sitzes für den von dem Abzugsantrag erfassten Steuerzeitraum sowie frühere Steuerzeiträume vorgesehenen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten 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

*) Univ.-Prof. Dr. Michael Lang ist Vorstand des Instituts für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität (WU) Wien und Wissenschaftlicher Leiter des LL.M.-Studiiums International Tax Law der WU. – MMag. Matthias Hofstätter, Mag. Daniela Hohenwarter, Mag. Michael Schilcher und Mag. Patrick Plansky danke ich für die kritische Diskussion dieses Manuskripts, Herrn Mag. Michael Schilcher auch für die Unterstützung bei der Literaturrecherche und der Fahnenkorrektur.

¹⁾ C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes).



Marks & Spencer – A First Analysis of the Judgment of the ECJ

ihr selbst oder von einem Dritten, insbesondere im Fall der Übertragung der Tochtergesellschaft auf ihn, berücksichtigt werden.“

II. Vergleichbarkeitsprüfung

Der EuGH hat sich darauf beschränkt, britische Gesellschaften mit in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Tochtergesellschaften den britischen Gesellschaften mit inländischen Tochtergesellschaften gegenüberzustellen. Der EuGH hat die maßgebenden rechtlichen Vorschriften als vergleichbar angesehen²⁾: „Ein Konzernabzug wie der im Ausgangsverfahren streitige stellt für die betreffenden Gesellschaften eine Steuervergünstigung dar. Er beschleunigt den Ausgleich der Verluste der defizitären Gesellschaften durch ihre unmittelbare Verrechnung mit den Gewinnen anderer Konzerngesellschaften und verschafft dem Konzern dadurch einen Liquiditätsvorteil. ... Ist eine solche Vergünstigung im Hinblick auf Verluste einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft, die im Mitgliedstaat der Muttergesellschaft nicht wirtschaftlich tätig ist, ausgeschlossen, so ist dies geeignet, die Muttergesellschaft in der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit zu behindern, da sie dadurch von der Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten abgehalten wird. ... Ein solcher Ausschluss beschränkt damit die Niederlassungsfreiheit im Sinne der Artikel 43 EG und 48 EG, da er zu einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung von Verlusten einer gebietsansässigen und solchen einer gebietsfremden Tochtergesellschaft führt.“

Der Generalanwalt hat hingegen auch die Regelungen für *ausländische* Tochtergesellschaften und ausländische Zweigniederlassungen miteinander verglichen, wobei er, um zu beurteilen, ob ein Unterschied besteht, der die beiden Niederlassungskategorien der Tochtergesellschaft und der Zweigniederlassung kennzeichnet, auch die für *inländische* Tochtergesellschaften maßgebenden Regelungen in seine Betrachtung einbezogen hat.³⁾ Die von ihm festgestellten Unterschiede zwischen den beiden Niederlassungskategorien haben den Generalanwalt bewogen, diesem Vergleichspaar in der Folge letztlich überhaupt keine Bedeutung beizumessen.⁴⁾ Der EuGH hat dieses Vergleichspaar hingegen gleich von vornherein gar nicht in Erwägung gezogen.

Betrachtet man die vom Generalanwalt als relevant erachteten Unterschiede zwischen Tochtergesellschaft und Zweigniederlassung näher, fällt auf, dass er z. B. die gesellschaftsrechtlichen Unterschiede der Haftungsbegrenzung überhaupt nicht heranzieht⁵⁾, die nicht näher beschriebenen „unterschiedlichen steuerlichen Pflichten“ eher beiläufig erwähnt und in den Vordergrund rückt, dass „Konzerne [...] keinen Anspruch auf die Regelung der steuerlichen Konsolidierung (haben), die für die Einkünfte der ständigen Betriebsstätten gilt.“⁶⁾ An anderer Stelle erläutert er diesen Begriff: „Eine Regelung der steuerlichen Konsolidierung bedeutet, dass alle Ergebnisse der Betriebe des Konzerns, sowohl die Verluste als auch die Gewinne, für die Zwecke der Besteuerung in die Ergebnisse der Muttergesellschaft einfließen.“⁷⁾ Wäre also die britische Regelung so ausgestaltet gewesen, dass im Falle der Option für den „group relief“ auch Gewinne der in-

²⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 32–34.

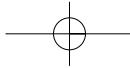
³⁾ Schlussanträge GA M. Poiares Maduro vom 7. 4. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 48, wo es um den – nur im Falle inländischer Tochtergesellschaften – gewährten Konzernabzug geht.

⁴⁾ Ausführlich *Lang*, *Marks & Spencer* und die Auswirkungen auf das Steuerrecht der Mitgliedstaaten, SWI 2005, 255 (257 ff.).

⁵⁾ Anders *Schön*, Besteuerung im Binnenmarkt – die Rechtsprechung des EuGH zu direkten Steuern, IStR 2004, 289 (300); *Lang*, Wohin geht das Internationale Steuerrecht?, IStR 2005, 289 (294).

⁶⁾ Schlussanträge GA M. Poiares Maduro vom 7. 4. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 48.

⁷⁾ Schlussanträge GA M. Poiares Maduro vom 7. 4. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 17.



Marks & Spencer – Eine erste Analyse des EuGH-Urteils

ländischen Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet werden, wären Tochtergesellschaft und Zweigniederlassung jedenfalls vergleichbarer gewesen; zumal die britischen DBA die Anrechnungsmethode vorsehen. Tochtergesellschaften würden dann – wenn überhaupt – in viel geringerem Ausmaß als „unabhängige rechtliche und steuerliche Einheiten behandelt werden“. Die Notwendigkeit der Gleichbehandlung von ausländischen Tochtergesellschaften und ausländischen Zweigniederlassungen läge dann näher.⁸⁾

Dies wirft die Frage auf, ob jeder Unterschied den nationalen Gesetzgeber in die Lage versetzt, *völlig unterschiedliche Rechtsfolgen* für Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen vorzusehen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz legt m. E. eher die Annahme nahe, dass sich Tochtergesellschaften und ausländische Zweigniederlassungen auch *nur insoweit* unterscheiden dürfen, als für sie unterschiedliche Regelungen gelten.⁹⁾ Dieser Überlegung, die den Weg in Richtung einer unbedingten Verlustberücksichtigung im Entstehungsjahr mit anschließender Nachversteuerung in Gewinnjahren gewiesen hätte¹⁰⁾, hat sich der EuGH aber verschlossen, indem er dieses Vergleichs-paar überhaupt nicht in Betracht gezogen hat.

III. Rechtfertigungsgründe

Im Zentrum der vom EuGH angestellten Überlegungen stehen die Rechtfertigungsgründe. Dies ist bemerkenswert, da der Gerichtshof zuletzt wiederholt bereits die Vergleichbarkeit von Situationen verneint hat, wenn er die Gemeinschaftsrechtskonformität einer nationalen Regelung bestätigt hat.¹¹⁾ Der EuGH referierte zunächst die von Großbritannien und anderen Mitgliedstaaten vorgebrachten Rechtfertigungsgründe¹²⁾: „Erstens handle es sich bei Gewinnen und Verlusten steuerrechtlich gesehen um die zwei Seiten derselben Medaille, die im Rahmen eines Steuersystems spiegelbildlich zu behandeln seien, um eine ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren. Zweitens bestehe, wenn die Verluste im Mitgliedstaat der Muttergesellschaft berücksichtigt würden, die Gefahr einer doppelten Verlustberücksichtigung. Drittens bestehe, wenn die Verluste nicht im Mitgliedstaat der Niederlassung der Tochtergesellschaft berücksichtigt würden, eine Steuerfluchtgefahr.“

Mit dem erstgenannten Argument hatte sich der EuGH bereits auf Ebene der Vergleichbarkeitsprüfung auseinandergesetzt¹³⁾: „In einer Situation wie der des Ausgangsrechtsstreits steht es zwar mit dem – im internationalen Steuerrecht geltenden und vom Gemeinschaftsrecht anerkannten – Territorialitätsprinzip im Einklang, wenn der Mitgliedstaat des Sitzes der Muttergesellschaft die gebietsansässigen Gesellschaften für ihren weltweit erwirtschafteten Gewinn und die gebietsfremden Gesellschaften ausschließlich für den Gewinn aus ihrer inländischen Tätigkeit besteuert (vgl. insbesondere das Urteil *Futura Participations und Singer*, Randnr. 22). ... Der Umstand allein, dass dieser Mitgliedstaat den Gewinn gebietsfremder Tochtergesellschaften einer in seinem Gebiet ansässigen Muttergesellschaft nicht besteuert, rechtfertigt jedoch noch keine Beschränkung des Konzernabzugs auf Verluste der gebietsansässigen Tochtergesellschaften.“

Der EuGH beruft sich an dieser Stelle auf das bereits in seinem Urteil v. 15. 5. 1997, C-250/95, *Futura Participation*, Rn. 22 angeführte Territorialitätsprinzip. Während der

⁸⁾ Lang, SWI 2005, 258.

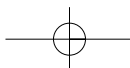
⁹⁾ Lang, *Marks and Spencer* – more questions than answers: an analysis of the Opinion delivered by Advocate General Maduro, EC Tax Review 2005, 95 (96).

¹⁰⁾ Ausführlich Lang, SWI 2005, 258 f.

¹¹⁾ Vgl. die Nachweise bei Lang, Das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Schempp* – Wächst der steuerpolitische Spielraum der Mitgliedstaaten?, SWI 2005, 411 (413 FN 11).

¹²⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 43.

¹³⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 39 f.



Marks & Spencer – A First Analysis of the Judgment of the ECJ

EuGH in *Futura Participation* aber bloß auf inländische Einkünfte beschränkte Regelungen des nationalen Steuerrechts als gemeinschaftsrechtskonform akzeptiert hatte, erweckt er nun den Eindruck, dass er damals bereits davon ausgegangen wäre, dass dieses Territorialitätsprinzip im „internationalen Steuerrecht“ gelten würde. Mit dieser Frage hatte sich der EuGH in der von ihm angegebenen Fundstelle aber nicht beschäftigt. Es wäre auch völlig unklar, worin die „Geltung“ dieses Prinzips im Internationalen Steuerrecht – in der englischen Fassung wird die Formulierung „the principle of territoriality enshrined in international tax law“ verwendet – bestehen soll. Weder DBA noch andere Völkerrechtsnormen zwingen die Staaten, Auslandsverluste nicht zu berücksichtigen, wenn Auslandsgewinne freigestellt werden. Vielfach sehen Staaten diese „Asymmetrie“ in manchen Konstellationen geradezu bewusst vor. Die Diskussion um die DBA-Konformität von CFC-Regelungen zeigt, dass sogar der Durchgriff durch Auslandsgesellschaften mit ausschließlich ausländischen Einkünften abkommensrechtlich als zulässig angesehen wird.¹⁴⁾ Diese Aussage des EuGH erinnert an Begründungsteile anderer Urteile, in denen der EuGH ebenfalls zu Unrecht die Existenz international-steuerrechtlicher Normen behauptet, um aus dieser unzutreffenden Behauptung dann gemeinschaftsrechtliche Schlussfolgerungen zu ziehen.¹⁵⁾

Zurecht hat der EuGH allerdings dem Umstand, dass Gewinne ausländischer Körperschaften nicht berücksichtigt werden, jedenfalls in diesem Teil der Begründung seines Urteils keine weitere Bedeutung beigemessen. Hinter der Überlegung stünde letztlich das Argument des Vorteilsausgleichs, das vom EuGH bereits in seinem Urteil in der Rs. *Avoir Fiscal* abgelehnt wurde¹⁶⁾: Einer Gesellschaft, die – wie *Marks & Spencer* – im Ausland Verluste erleidet, wird es kaum ein Trost sein, dass andere britische Gesellschaften, die im Ausland wirtschaftlich erfolgreicher sind, ihre Auslandsgewinne nicht in Großbritannien besteuern brauchen.

Umso überraschender ist, dass der EuGH dann auf Rechtfertigungsebene doch geneigt ist, diesem Argument im Ergebnis Bedeutung beizumessen¹⁷⁾: „Es kann jedoch, wie das Vereinigte Königreich zu Recht ausführt, zur Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten erforderlich sein, auf die wirtschaftliche Tätigkeit der in einem dieser Staaten niedergelassenen Gesellschaften sowohl im Bezug auf Gewinne als auch auf Verluste nur dessen Steuerrecht anzuwenden. ... Würde nämlich den Gesellschaften die Möglichkeit eingeräumt, für die Berücksichtigung ihrer Verluste im Mitgliedstaat ihrer Niederlassung oder aber in einem anderen Mitgliedstaat zu optieren, so würde dadurch die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigt, da die Besteuerungsgrundlage im ersten Staat um die übertragenen Verluste erweitert und im zweiten Staat entsprechend verringert würde.“

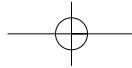
Der EuGH führt zur Rechtfertigung der Diskriminierung keine besonders überzeugende Argumentation an: Großbritannien hätte im Verhältnis zu einem anderen Mitgliedstaat gar keine Möglichkeit durchzusetzen, dass die Verluste nur in Großbritannien, nicht aber – auch – im anderen Staat berücksichtigt werden können. Das nationale Steuerrecht der anderen Mitgliedstaaten bleibt von jeder britischen Regelung unberührt. Die

¹⁴⁾ *Lang*, CFC and Double Taxation Treaties, Bulletin for International Fiscal Documentation 2003, 51 (57); *derselbe*, CFC und Doppelbesteuerungsabkommen, IStR 2002, 717 (722); *derselbe*, Die Besteuerung von Einkünften bei unterschiedlichen Personen aus dem Blickwinkel des DBA-Rechts, SWI 2000, 527 (533); vgl. auch *Scheunemann*, Europaweite Verlustberücksichtigung im Konzern, IStR 2005, 303 (306), der allerdings bloß auf die Existenz der in den Mitgliedstaaten bestehenden CFC-Regelungen hinweist.

¹⁵⁾ Vgl. kritisch zu den Prämissen, auf denen die *Schumacker*-Rechtsprechung aufbaut: *Lang*, Ist die *Schumacker*-Rechtsprechung am Ende?, RIW 2005, 336, (339); *Avery Jones*, Further thoughts on non-discrimination in Europe following Asscher, British Tax Review 1997, 75 (78 FN 22).

¹⁶⁾ EuGH 28. 1. 1986, 270/83, *Kommission gegen Frankreich*, Rn. 21.

¹⁷⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 45 f.



Marks & Spencer – Eine erste Analyse des EuGH-Urteils

anderen Mitgliedstaaten können durch den britischen Konzernabzug nicht davon abgehalten werden, nach Maßgabe ihres eigenen Rechts Gewinne zu besteuern und gegebenenfalls Verluste abzuziehen. Von einer Option, die Verluste entweder im einen oder im anderen Staat zu berücksichtigen, kann daher gar keine Rede sein. Daher geht es auch nicht um die „Aufteilung der *Besteuerungsbefugnis*“, deren „Ausgewogenheit“ beeinträchtigt sein könnte.¹⁸⁾ Ginge man davon aus, dass Großbritannien gemeinschaftsrechtlich verpflichtet wäre, den Konzernabzug auch im Falle von Auslandstochtergesellschaften zu gewähren, würde diese Verpflichtung sofort wegfallen, wenn der Konzernabzug auch für inländische Beteiligungen beseitigt wird.

Von besonderer Bedeutung dürfte für den EuGH die Gefahr der doppelten Verlustberücksichtigung gewesen sein. *Rechtspolitisch* ist dieser Überlegung viel abzugewinnen. Ob das Argument allerdings auch *rechtsdogmatisch* überzeugend ist, ist eine andere Frage: Der EuGH selbst betont oft genug, dass eine Harmonisierung der direkten Steuern noch aussteht. Solange allerdings in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Steuersysteme nebeneinander bestehen, ist es nahezu unausweichlich, dass manche Einkünfte in zwei oder mehreren Staaten, andere Einkünfte aber nirgends steuerlich erfasst werden. Sind aber „weiße“ Einkünfte hinzunehmen, sollte auch im Falle der doppelten Verlustberücksichtigung nichts anderes gelten. In der jüngeren Rechtsprechung des EuGH ist aber – meist unter Berufung auf den äußerst diffusen Rechtfertigungsgrund der Kohärenz – eine Tendenz auszumachen, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu lassen, die Einfachbesteuerung im grenzüberschreitenden Verhältnis sicher zu stellen und als Preis dafür auch die durch die Schlechterbehandlung des Auslandssachverhalts denkbare Beeinträchtigung des Binnenmarkts in Kauf zu nehmen.¹⁹⁾

Schließlich kommt der EuGH noch auf den dritten Rechtfertigungsgrund – Steuerfluchtgefahr – zu sprechen.²⁰⁾ Der EuGH erkennt an, „dass die Möglichkeit der Übertragung von Verlusten einer gebietsfremden Tochtergesellschaft auf eine gebietsansässige Gesellschaft die Gefahr birgt, dass die Verlustübertragungen innerhalb eines Gesellschaftskonzerns in Richtung der Gesellschaften geleitet werden, die in den Mitgliedstaaten ansässig sind, in denen die höchsten Steuersätze gelten und folglich der steuerliche Wert der Verluste am höchsten ist. [...] Ein Ausschluss des Konzernabzugs für Verluste von gebietsfremden Tochtergesellschaften verhindert solche Praktiken, die durch das Bestehen deutlicher Unterschiede in den Steuersätzen der verschiedenen Mitgliedstaaten veranlasst sein könnten.“ Die Sympathie des EuGH für dieses Argument überrascht, da es eben im Wesen nicht harmonisierter Steuerrechtsordnungen der Mitgliedstaaten liegt, dass auch die Steuersätze unterschiedlich sein können. Der EuGH hat die Gefahr der Steuerflucht bisher niemals zum Anlass genommen, die Diskriminierung des grenzüberschreitenden Sachverhalts an sich zuzulassen.

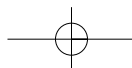
Verwirrend ist, dass der EuGH dieses Argument auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung nochmals bemüht, wobei er sich dabei wiederum in nahezu konventionellen Bahnen bewegt²¹⁾: „In diesem Kontext ist noch hinzuzufügen, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, nationale Maßnahmen beizubehalten oder zu erlassen, die speziell bezwecken, nur zur Umgehung des nationalen Steuerrechts oder zur Steuerflucht geschaffene Sachverhalte von einem Steuervorteil auszuschließen (vgl. in diesem Sinne Urteile *ICI*, Randnr. 26, und *De Lasteyrie du Saillant*, Randnr. 50).“ In der englischen Fassung des Urteils, der angesichts des Umstands, dass diesmal Englisch die Ver-

¹⁸⁾ Hervorhebung nicht im Original.

¹⁹⁾ EuGH 7. 9. 2004, C-319/02, *Manninen*; EuGH 12. 7. 2005, C-403/03, *Schempp*.

²⁰⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 49 f.

²¹⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 57.



Marks & Spencer – A First Analysis of the Judgment of the ECJ

handlungssprache war, möglicherweise besondere Bedeutung zukommt, ist von „wholly artificial arrangements“ die Rede. Dieser Begriff ist noch in der Rs. *ICI* mit „rein künstlichen Konstruktionen“ übersetzt worden, in der Rs. *De Lasteyrie du Saillant* dann – ähnlich wie hier – mit nur zur Umgehung des französischen Steuerrechts „geschaffenen Sachverhalte[n]“. Interessant ist, dass nun auch von „zur Steuerflucht“ geschaffenen Sachverhalten und – wiederum in der englischen Fassung – von „wholly artificial arrangements whose purpose is to circumvent or escape national tax law“ die Rede ist.²²⁾ Dies könnte darauf hindeuten, dass die Bedeutung des Begriffs der „wholly artificial arrangements“ über den des Scheingeschäfts hinausgeht.²³⁾ Allerdings hat sich der EuGH auch in der Vergangenheit keiner einheitlichen Terminologie bedient, sodass die unterschiedlichen Formulierungen nicht überbewertet werden dürfen.

Bedauerlich ist vor allem, dass der EuGH dann die verschiedenen Begründungsstränge überraschend zusammengefasst hat²⁴⁾: „Insgesamt ergibt sich aus diesen drei Rechtfertigungsgründen, dass eine beschränkende Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige zum einen ein berechtigtes und mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt und zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht und dass sie zum anderen zur Erreichung dieser Ziele geeignet ist.“ Die Auseinandersetzung mit jedem einzelnen der drei Rechtfertigungsgründe hat gezeigt, dass sie entweder auf unzutreffenden oder zumindest fragwürdigen Prämissen beruhen oder aber auch schon in der bisherigen Rechtsprechung als Rechtfertigungsgründe verworfen wurden. Offenbar kann die Summe der Gründe das leisten, was jeder einzelne Rechtfertigungsgrund nicht vermag. Darunter leidet die Nachvollziehbarkeit der Begründung erheblich. Die künftige Rechtsprechung des EuGH wird dadurch noch viel weniger voraussehbar: Wer kann ausschließen, dass zwei oder drei in der bisherigen ständigen Rechtsprechung – jeweils für sich betrachtet – verworfene Rechtfertigungsgründe auch in anderen Konstellationen nunmehr in Summe als geeignet angesehen werden, die Diskriminierung von Auslandssachverhalten zu tragen?

IV. Verhältnismäßigkeit

An die Auseinandersetzung mit den Rechtfertigungsgründen knüpfte der EuGH dann noch die Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁵⁾: „Der Gerichtshof ist insoweit der Auffassung, dass die im Ausgangsverfahren streitige beschränkende Maßnahme dann über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die verfolgten Ziele im Wesentlichen zu erreichen, wenn

- die gebietsfremde Tochtergesellschaft die im Staat ihres Sitzes für den von dem Abzugsantrag erfassten Steuerzeitraum sowie frühere Steuerzeiträume vorgesehenen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat, gegebenenfalls durch Übertragung dieser Verluste auf einen Dritten oder ihre Verrechnung mit Gewinnen, die die Tochtergesellschaft in früheren Zeiträumen erwirtschaftet hat, und
- 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.“

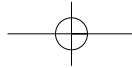
Weist die Muttergesellschaft nach, „dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, verstößt es gegen die Artikel 43 EG und 48 EG, wenn es ihr verwehrt wird, von ihrem steuerpflich-

²²⁾ Hervorhebung nicht im Original.

²³⁾ Zum Scheingeschäft aus nationaler Sicht jüngst instruktiv *Tanzer*, Rechtsmissbrauch und Scheingeschäft – Zur Abgrenzung der §§ 22 und 23 (1) BAO, in: *Tanzer* (Hrsg.) *Die BAO im 21. Jahrhundert* (2005) 39 (39 ff.).

²⁴⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 51 f.

²⁵⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 55.



Marks & Spencer – Eine erste Analyse des EuGH-Urteils

tigen Gewinn die Verluste ihrer gebietsfremden Tochtergesellschaft abzuziehen“.²⁶⁾ Offen ist, ob die für den Konzernabzug maßgebenden Verluste nach britischem Recht oder dem Recht des Ansässigkeitsstaates der Tochtergesellschaft zu ermitteln sind. Die Überlegung des EuGH, dass die rechtliche Situation britischer Muttergesellschaften mit in- und ausländischer Tochtergesellschaft vergleichbar sind, lässt es nahe liegend erscheinen, den für den Konzernabzug maßgebenden Verlust nach britischem Recht zu ermitteln. Der EuGH wies darauf hin, dass sich die Parteien auch darüber einig waren. Der nach *britischem Recht* ermittelte Verlust ist dann daraufhin zu prüfen, inwieweit er *im Staat der Tochtergesellschaft berücksichtigt* werden kann.

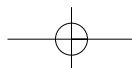
Der Konzernabzug in Großbritannien ist jedenfalls nur dann geboten, wenn eine Verlustverwertung im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft – sei es im Wege des Verlustausgleichs, des Verlustvortrags oder des Verlustrücktrags – ausgeschlossen ist. Anders als nach den Schlussanträgen gelegentlich vermutet, reicht „der Nachweis der abstrakten Verlustverrechnungsmöglichkeiten“, also das „bloße Bestehen der Regelungen“ im Staat der Tochtergesellschaft nicht aus, damit Großbritannien den Konzernabzug auf Ebene der Muttergesellschaft versagen kann.²⁷⁾ Sonst bedürfte es wohl nicht des Nachweises durch den Steuerpflichtigen, da die in den Mitgliedstaaten geltenden Regelungen über Verlustvor- und -rücktrag wohl auch von den Abgabenbehörden selbst ohne Schwierigkeiten erhoben werden können.²⁸⁾ Für die Periode, in der der Konzernabzug geltend gemacht werden soll und für Vorperioden müssen aber alle Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung ausgeschöpft werden. Ein freiwilliger Verzicht auf den Verlustausgleich oder den Verlustrücktrag im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft berechtigt daher nicht zum Konzernabzug in Großbritannien. Weiters darf auch für künftige Zeiträume „keine Möglichkeit“ zur Verlustberücksichtigung – also zum Verlustvortrag – bestehen. Fraglich ist aber, zu *welchem Zeitpunkt die Beurteilung*, ob noch eine Möglichkeit der Verlustberücksichtigung besteht, getroffen werden muss: Wird die Verluste erleidende Tochtergesellschaft sogleich liquidiert, besteht jedenfalls keine Möglichkeit zur Verlustberücksichtigung im Staat der Tochtergesellschaft. Wird die Tochtergesellschaft aber noch einige Jahre fortgeführt und erst später liquidiert, besteht zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Konzernabzugs, möglicherweise auch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Steuerverfahrens im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft, noch eine Möglichkeit zur Verlustberücksichtigung. Wenn sich später dann – nach der Liquidation oder nach Fristablauf bei zeitlich befristeten Verlustvorträgen – heraus stellt, dass keine Möglichkeit mehr zur Verlustberücksichtigung besteht, ist fraglich, ob dies im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft zu einer Aufrollung des Steuerverfahrens führt oder – um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen – sogar führen muss oder ob der Konzernabzug zumindest dann berücksichtigt werden muss, wenn es der Muttergesellschaft aus anderen Gründen gelingt, das Steuerverfahren in ihrem Ansässigkeitsstaat wieder aufzurollen. Weder Tenor noch Begründung des Urteils lassen eindeutige Schlussfolgerungen zu.

Der EuGH sieht offenbar kein Problem darin, von der Muttergesellschaft zu verlangen, die Erfüllung der Voraussetzungen für den Konzernabzug nachzuweisen. Diese Forderung scheint er unabhängig von dem Verhältnis zwischen Amtswegigkeitsgrundsatz und Mitwirkungspflichten in den betroffenen Staaten aufzustellen. Eine durch diese Anforderung mögliche Diskriminierung des grenzüberschreitenden Sachverhalts scheint

²⁶⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 56.

²⁷⁾ So die Formulierung der Fragestellung bei *Eicker*, Verlustberücksichtigung über die Grenze – Erste Analyse der Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* zu der Rs. *Marks & Spencer*, IWB Aktuell 2005, 322 (323); ausführlich dazu *Lang*, SWI 2005, 256.

²⁸⁾ Vgl. z. B. bloß die Übersicht bei *Scheunemann*, IStR 2005, 309.



Marks & Spencer – A First Analysis of the Judgment of the ECJ

der EuGH in Kauf zu nehmen. GA *M. Poiares Maduro* war deutlich abwägender²⁹⁾: „In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten über Instrumente einer verstärkten Zusammenarbeit aufgrund der Richtlinie /EWG des Rates vom 19. 12. 1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern [...] verfügen. Nach dieser Richtlinie haben die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats die Möglichkeit, die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats darum zu ersuchen, ihnen alle Angaben zu liefern, die ihnen die Feststellung des richtigen Betrages der Gesellschaftsteuer ermöglichen. Damit bietet dieses Instrument der Verwaltungszusammenarbeit ‚Möglichkeiten der Erlangung notwendiger Auskünfte, die mit den für die inländischen Steuerverwaltungen im Verhältnis zueinander bestehenden Möglichkeiten vergleichbar sind‘ [...]. Ich halte es ferner nicht für ausgeschlossen, dass der betreffende Mitgliedstaat einer Gesellschaft, die einen Antrag auf Konzernabzug stellt, eine Pflicht zur Information über die steuerliche Situation des Konzerns, dem sie angehört, und insbesondere über die Möglichkeit auferlegen könnte, die Verluste der Tochtergesellschaften im Staat ihrer Niederlassung zu behandeln. In diesem Fall hat er sich jedoch zu vergewissern, dass diese Anforderungen nicht über das für die Erreichung des angestrebten Informationszwecks Erforderliche hinausgehen [...].“

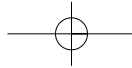
Die Frage der Beweislast ist insbesondere auch deshalb von Bedeutung, da die Muttergesellschaft auch nachweisen muss, dass die an einen Dritten veräußerte Tochtergesellschaft keine Möglichkeit der Verlustberücksichtigung hat. Nach der österreichischen Rechtslage würde es auf Grundlage des Mantelkaufatbestands des § 8 Abs. 4 Z 2 KStG davon abhängen, ob neben der Änderung der Gesellschafterstruktur auch eine „Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur“ erfolgt. Die frühere Muttergesellschaft wird oft keine Informationen verfügen, wie der neue Gesellschafter mit den erworbenen Gesellschaftsanteilen disponiert, und hat in aller Regel auch kein Recht, vom neuen Gesellschafter oder ihrer früheren Tochtergesellschaft derartige Informationen zu erlangen.³⁰⁾ Dazu kommt aber noch, dass die Geltendmachung des Konzernabzugs in Großbritannien den Nachweis voraussetzt, dass die Verluste auch nicht auf einen Dritten übertragen wurden. Wenn daher z. B. der neue Gesellschafter die erworbene Tochtergesellschaft auf sich umwandelt, hängt der Konzernabzug bei der britischen Muttergesellschaft davon ab, ob es dem neuen Gesellschafter gelingt, im Zuge der Umwandlung die Anwendung des Mantelkaufatbestandes und anderer umgründungssteuerrechtlicher Schranken zu vermeiden.³¹⁾ Angesichts der mit diesen Tatbeständen verbundenen Unschärfen kann sich dies endgültig oft erst Jahre später im Zuge einer Betriebsprüfung und anschließenden langwierigen Rechtsmittelverfahren herausstellen. Wie in derartigen Konstellationen die britische Muttergesellschaft den Nachweis über die Nichtberücksichtigung des Verlustes in Österreich erbringen könnte, bleibt rätselhaft.³²⁾ Weder Urteilsbegründung noch Tenor sprechen jene Konstellation an, in der die Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft umgewandelt wird und die bisherige Tochtergesellschaft zur Betriebsstätte der Muttergesellschaft wird. Können die von der Tochtergesellschaft erlittenen Verluste im nunmehrigen Betriebsstättenstaat berücksichtigt werden, ist es weder die – gar nicht mehr existente – Tochtergesellschaft selbst noch ein Dritter, der die Verluste berücksichtigt, sondern die *Muttergesellschaft*. Dem Wortlaut des Urteilstenors nach braucht aber nicht der Nachweis erbracht werden, dass die *Muttergesellschaft* selbst die Verluste im Ansässigkeitsstaat der früheren Tochtergesellschaft nicht berücksichtigen kann. Dies überrascht auf den ersten Blick, wirkt aber

²⁹⁾Schlussanträge GA *M. Poiares Maduro* 7. 4. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 81.

³⁰⁾Ausführlich *Lang*, SWI 2005, 257.

³¹⁾So *Scheunemann*, IStR 2005, 308.

³²⁾Dazu *Lang*, EC Tax Review 2005, 98 f.



Marks & Spencer – Eine erste Analyse des EuGH-Urteils

verständlicher, wenn man daran denkt, dass Betriebsstättenverluste häufig sowohl im Ansässigkeitsstaat als auch im Betriebsstättenstaat verwertet werden können und – zumindest im Anwendungsbereich der Anrechnungsmethode – Betriebsstättengewinne auch die Bemessungsgrundlage im Ansässigkeitsstaat erhöhen.

Interessant ist eine am Ende der Urteilsbegründung anzufindende Aussage des EuGH³³): „Im Übrigen bedürfen, soweit es andere, weniger belastende Maßnahmen geben sollte, solche Maßnahmen jedenfalls einer vom Gemeinschaftsgesetzgeber zu erlassenden Harmonisierungsregelung.“ Diese Formulierung schließt nicht aus, dass sich Mitgliedstaaten dafür entscheiden, weniger restriktiv vorzugehen als vom EuGH zugelassen. Die Mitgliedstaaten sind aber solange frei, die in diesem Urteil angesprochenen engen Voraussetzungen für den grenzüberschreitenden Verlustabzug vorzusehen, als der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten im Wege einer Harmonisierungsvorschrift nicht verpflichtet, großzügiger vorzugehen. Umgekehrt kann wohl aber auch der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten nicht im Wege von Richtlinien ermächtigen, noch restriktiver vorzugehen: Eine Richtlinienregelung, die den Konzernabzug nicht zumindest unter den vom EuGH genannten Voraussetzungen zulässt, würde die Grundfreiheiten wohl genauso verletzen wie die im Ausgangsverfahren anwendbare britische Regelung.

V. Zusammenfassende Würdigung

Die Rs. *Marks & Spencer* betrifft das britische Steuerrecht. Der Tenor des Urteils enthält zwar – anders als dies in den Schlussanträgen vorgeschlagen war – keine ausdrückliche Bezugnahme auf die „im Ausgangsverfahren in Rede stehenden“ Regelungen. Dennoch hat der EuGH seine Argumentation daraus bezogen, dass er die rechtliche Situation von britischen Gesellschaften mit inländischen und ausländischen Beteiligungen als vergleichbar angesehen hat. Dies bedurfte, wie dies – wenn man von der *Schumacker*-Rechtsprechung absieht³⁴) – auch sonst der ständigen Judikatur des EuGH entspricht, einer Analyse der konkreten britischen Regelungen. Aus diesem Grund ist Zurückhaltung geboten, wenn es um die Frage geht, welche Auswirkungen dieses Urteil für die Beurteilung anderer europäischer Gruppenbesteuerungsregime hat: Bleibt der EuGH seinem auch sonst verwendeten Prüfungsschema treu, könnte er – je nach der konkret zu prüfenden Rechtsordnung – im Einzelfall auch die rechtliche Situation von Auslandsbetriebsstätten und Auslandstochergesellschaften als vergleichbar erachten. Dies könnte nach manchen Rechtsordnungen auch dazu führen, dass die sofortige Abzugsmöglichkeit der Auslandsverluste mit späterer Nachversteuerung nicht nur zulässig ist – über die gemeinschaftsrechtlichen Mindestanforderungen hinaus können die Mitgliedstaaten immer gehen –, sondern sogar geboten ist.

Das nunmehr vorliegende EuGH-Urteil ist vor dem Hintergrund anderer in letzter Zeit ergangener Urteile zu verstehen: Der EuGH hat in einigen Urteilen – wie z. B. in den Rs. *D.*, *Schempp* und *Blanckaert* – seine bisherige Rechtsprechung zurück genommen und den Spielraum der Mitgliedstaaten dadurch erweitert.³⁵) Dies ist weniger problematisch als der Umstand, dass er diese Rechtsprechungsänderung weder explizit gemacht noch begründet hat.

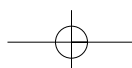
Das Urteil in der Rs. *Marks & Spencer* passt in dieses Bild: Schon die Schlussanträge von GA *M. Poiares Maduro* haben Überraschung ausgelöst.³⁶) Das Urteil hat nun – so

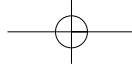
³³) EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 58.

³⁴) Kritisch *Lang*, RIW 2005, 336 ff.

³⁵) Dazu *Lang*, SWI 2005, 365 ff.; *Lang/Jettmar*, Steuerrecht und Sozial(versicherungs)recht – Anmerkungen zum Schlussantrag in der Rs. *Blanckaert*, IWB 2005, Gruppe 2, 695 (695 ff.); *Lang*, SWI 2005, 411 ff.; *Gammie*, The Impact of the *Marks & Spencer* Case on US-European Planning, Intertax 2005, 485 (489).

³⁶) Vgl. dazu *Lang*, EC Tax Review 2005, 95 ff.; *Petriz/Schilcher*, *Marks & Spencer* – Erste Erkenntnisse aus dem Schlussanträge von Generalanwalt M. Poires *Maduro*, SWI 2005, 233 (233 ff.); *Balmes/Brück*





Marks & Spencer – A First Analysis of the Judgment of the ECJ

gar im Vergleich zu den Schlussanträgen – das Gewicht weiter zugunsten der Mitgliedstaaten verschoben. Die Diskussion in den Tagesmedien nach diesem Urteil hat ausschließlich die nun ausgeräumte Sorge der Mitgliedstaaten um das Steueraufkommen in den Vordergrund gerückt. Der EuGH selbst hat zwar ausdrücklich ausgeschlossen, dass der „Rückgang von Steuereinnahmen“ einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten rechtfertigen kann.³⁷⁾ Die aufgezeigten Brüche in der Argumentation lassen aber wenig Raum für andere Motive. Das kleinere Übel wäre gewesen, wenn der EuGH explizit gemacht hätte, dass für ihn die Sorge um das Steueraufkommen doch relevant ist: Die Änderung der Rechtsprechung wäre zwar offen zutage getreten. Dies hätte aber die Chance eröffnet, diesen neuen Rechtfertigungsgrund näher auszuloten und zu versuchen, ihn auf rechtsdogmatischer Ebene zu bewältigen. Die vom EuGH gewählte Vorgangsweise lässt die wahren Gründe der Rechtsprechungsänderung im Dunkeln. Eine Voraussage, unter welchen Voraussetzungen die Sorge um das Steueraufkommen der Mitgliedstaaten künftig eine Rolle spielen wird, ist weniger denn je möglich.

Ribbrock, Der EuGH-Fall *Marks & Spencer*. Rückschlüsse für die deutsche Organschaftsbesteuerung, BB 2005, 966 (966 ff.); *Craig/Hurk/Lyons/Rainer/Roels/Thömmes/Tomsett*, Advocate General Backs *Marks & Spencer's Claim for Loss Relief*, TNI 2005, 195 (195 ff.); *Eicker*, IWB Aktuell 2005, 322 f.; *Scheunemann*, IStR 2005, 303 ff.; *Thömmes*, Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften, IWB 2005, Fach 11 a, 847 (847 ff.); *Herzig/Englisch/Wagner*, Steuerliche Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Konzerntöchter, Der Konzern 2005, 298 (299); *Tumpel/Tissot*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung in Unternehmensgruppen und Niederlassungsfreiheit, taxlex 2005, 230 (233); *CFE Task Force on ECJ Cases*, Opinion Statement of the CFE Task Force on ECJ Cases on the Opinion of Advocate general Maduro in the Case of *Marks & Spencer plc v. Halsey* (Case C-466/03), ET 2005, 507 (507 ff.).

³⁷⁾ EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer plc* gegen *David Halsey* (HM Inspector of Taxes), Rn. 44.

