

Abkommensrecht, Außensteuerrecht, EU-Recht

Redaktion: MR Dr. Heinz Jirousek, BMF

■ ÖStZ 2006/87, 48

Marks & Spencer: Bedingte Verpflichtung zur Hereinnahme von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften

Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegen, 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 ihr selbst oder von einem Dritten, insbesondere im Fall der Übertragung der Tochtergesellschaft auf ihn, berücksichtigt werden.

EuGH, Urteil vom 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer plc/David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*

Univ.-Ass. DDr. Georg Kofler,
LL.M. (NYU)
Universität Linz

1. Rechtlicher Hintergrund und Ausgangssachverhalt

Der *Marks & Spencer*-Fall zur grenzüberschreitenden Berücksichtigungsverpflichtung von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften ist aufgrund seiner potentiellen Bedeutung für mitgliedstaatliche Gruppenbesteuerungs- und Organschaftssysteme und der damit verbundenen Budgetauswirkungen sicherlich einer der spektakulärsten Fälle der vergangenen Jahre. Dementsprechend war bereits die literarische Diskussion im Vorfeld kaum mehr zu überblicken¹⁾. Konkret geht es um die

Frage, ob die Niederlassungsfreiheit nach Art 43 und 48 EG der britischen Steuerregelung des „Konzernabzugs“ (*group relief*) entgegensteht, wonach die Verrechnbarkeit von Verlusten innerhalb eines Konzerns von der Voraussetzung abhängig ist, dass die Konzerngesellschaften ihren Sitz im Vereinigten Königreich haben oder sich dort wirtschaftlich betätigen²⁾. Auslöser dieses Falles war die britische Einzelhandelsgesellschaft *Marks & Spencer*, die Tochtergesellschaften im Vereinigten Königreich und mehreren Mitgliedstaaten hatte. Im Jahr 2001 stellte sie jedoch ihre Tätigkeit in Kontinentaleuropa wegen der

1) Siehe etwa *Hinneken*, *The Marks and Spencer Case*: UK Special Commissioners Find UK Group Relief Rules Compatible with Freedom of Establishment, ET 2003, 175 ff; *Dörr*, *Der Fall Marks and Spencer – europaweite Verlustberücksichtigung im Konzern?!*, *Der Konzern* 2003, 604 ff; *Lang*, *Abkommens- und gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die Organschaft*, ÖStZ 2003/498; *Lyons*, *Tax in a single market – Bosal and Marks and Spencer plc*, BTR 2003, 443 ff; *Evans*, *European Court of Justice to Consider Cross-Border Loss Compensation*, DFI 2003, 195 ff; *Vanistendael, F.*, *The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States*, EC Tax Rev. 2003, 136 ff; *Meussen*, *The Marks & Spencer case: reaching the boundaries of the EC Treaty*, EC Tax Rev. 2003, 144 ff; *Pistone*, *Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice*, EC Tax Rev. 2003, 149 ff; *Gutmann*, *The Marks & Spencer case: proposals for an alternative way of reasoning*, EC Tax Rev. 2003, 154 ff; *Wattel*, *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, EC Tax Rev. 2003, 194 (201); *Dörr*, *Vorlage an den EuGH im Fall Marks and Spencer*

– der europaweiten Verlustberücksichtigung im Konzern einen Schritt näher?! *Der Konzern* 2004, 15 ff; *Dörr*, *Abschaffung oder Erweiterung der Organschaft?! Zu den möglichen Konsequenzen der Rechtssache „Marks and Spencer plc“*, ISTR 2004, 265 ff; *Cordewener/Dahlberg/Pistone/Reimer/Romano*, *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead*, ET 2004, 135 ff und 218 ff; *Herzig/Wagner*, *Zukunft der Organschaft im Binnenmarkt*, DB 2005, 1 ff; *Martin*, *The Marks & Spencer EU group relief case – a rebuttal of the „taxing jurisdiction“ argument*, EC Tax Rev. 2005, 61 ff; *Ghosh*, *The Marks & Spencer Case: A Prediction of the ECJ's Holding*, 38 *Tax Notes Int'l* 33 ff (Apr. 4, 2005); *Terra/Wattel*, *European Tax Law*⁴ (2005) 155 f; siehe auch *Gammie*, *The Impact of the Marks & Spencer Case on US-European Planning*, *Intertax* 2005, 485 ff.

2) Siehe zu einem ähnlichen Problem im Bereich der *group contributions* die Analyse von *Helminen*, *The Esab Case (C-231/05) and the Future of Group Taxation Regimes in the EU*, *Intertax* 2005, 595 ff; zu den analogen Fragestellungen unter der EWR-Grundfreiheiten vgl. jüngst *Heniel/Passalacqua*, *The Norwegian Group Contribution System in Cross-border Situations*, *Intertax* 2006, 37 ff.

Verluste, die sie seit Mitte der neunziger Jahre verzeichnete, ein und beantragte bei der britischen Steuerverwaltung erfolglos den Konzernabzug für die Verluste ihrer in Belgien, in Deutschland und in Frankreich ansässigen Tochtergesellschaften. Nachdem die *UK Special Commissioners* trotz der gegen die „Inlandsorientiertheit“ des britischen Konzernabzugssystems bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Bedenken in einer umfangreich begründeten Entscheidung zugunsten des Fiskus von einer Vorlage an den EuGH abgesehen hatten³⁾, hat der *High Court* letztlich doch entsprechende Vorlagefragen an den EuGH gerichtet⁴⁾.

2. Schlussanträge des Generalanwaltes

a. Nach Durchführung der mündlichen Verhandlung am 1. 2. 2005⁵⁾ unter Beteiligung von nicht weniger als acht Regierungen hat GA *Poires Maduro* schließlich am 7. 4. 2005⁶⁾ seine lang erwarteten Schlussanträge erstattet: Er gelangte hier zwar in einem ersten Schritt zum Ergebnis, dass die Inlandsorientierung des britischen Gruppenbesteuerungssystem die Niederlassungsfreiheit beschränke. Auf der Rechtfertigungsebene reaktivierte der GA allerdings – unter Rückgriff auf die Schlussanträge in der *Rs Manninen*⁷⁾ – den bereits nahezu todgeglaubten Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz, stellte auf eine konzernumfassende Betrachtung ab und nahm eine Verlustberücksichtigungspflicht im Ansässigkeitsstaat nur für jene Fälle an, in denen der Sitzstaat der Tochtergesellschaft keine „gleichwertige steuerliche Behandlung“ der Verluste (zB Vor- oder Rücktrag) anbietet.

b. Die Schlussanträge in der *Rs Marks & Spencer* warfen allerdings mehr Fragen auf, als sie Antworten gaben⁸⁾. Erwartungsgemäß ist der Generalanwalt zwar in einem ersten Schritt zum Ergebnis gekommen, dass die Inlandsorientierung des britischen Gruppenbesteuerungssystems die Niederlassungsfreiheit beschränkt. Auf der Rechtfertigungsebene stellte er aber unter dem Gesichtspunkt der steuerlichen Kohärenz auf eine konzernumfassende Betrachtung und die Verhinderung des Verluste-Shoppings ab. Resümierend gelangte er dabei zu der Ansicht, dass die Niederlassungsfreiheit einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, „die das Recht auf einen solchen Abzug von der Voraussetzung abhängig macht, dass nachgewiesen ist, dass Verluste der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Tochtergesellschaften in diesen anderen Mitgliedstaaten keine gleichwertige steuerliche Behandlung erfahren“. Diese gleichwertige Behandlung, so der GA weiter, „kann die Form entweder einer Übertragung von Verlusten auf einen Dritten oder eines Verlustvortrags bei ein und demselben Steuerpflichtigen auf ein anderes Steuerjahr annehmen“. Abgesehen von den Komplexitäten eines Verlustübertrags auf Dritte⁹⁾ stieß insbesondere die Erwähnung des Verlustvortrags im Sitzstaat der Tochtergesellschaft als „gleichwertige steuerliche Behandlung“ auf Unbehagen: Selbst bei einem weiten, dynamischen Verständnis dieser Rechtsansicht wurde eine Gleichstellung der Möglichkeit des Verlustvortrags auf in ungewisser Zukunft liegende Gewinnjahre im Auslandsfall mit der Möglichkeit der sofortigen Verlustverwertung im Inlandsfall vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, wonach auch bloße Liquiditätsnachteile gemeinschaftsrechtlich bedenklich sein können¹⁰⁾, kritisch gesehen¹¹⁾. Da überdies das Instrument des (zeitlich unbeschränkten) Verlustvortrags geradezu selbstverständlicher Bestandteil der meisten mitgliedstaatlichen Steuerrechtsordnungen ist¹²⁾, wäre solcherart eine Verlustberücksichtigung bei der Muttergesellschaft oftmals auf den Liquidationsfall der ausländischen Tochtergesellschaft beschränkt¹³⁾, obwohl ein befürchteter *Double Dip* auch – weniger restriktiv – etwa durch eine allfällige Nachversteuerung vermieden werden könnte (so zB in § 2 Abs 8 EStG und in § 9 Abs 6 Z 6 KStG)¹⁴⁾. Im Schrifttum wurde daher den Schlussanträgen insofern die argumentative Überzeugungskraft abgesprochen

3) *Marks & Spencer plc v David Halsey* (HM Inspector of Taxes) SPC00352, EuLR 2003, 46; dazu *Craig/Rainer/Roels/Thoemmes/Tomsett*, U.K. Tribunal Rejects Loss Offset for European Subsidiaries, 29 Tax Notes Int'l 125 ff (Jan. 13, 2003); Hinnekens, The Marks and Spencer Case: UK Special Commissioners Find UK Group Relief Rules Compatible with Freedom of Establishment, ET 2003, 175 ff.

4) *Marks & Spencer plc v David Halsey* (HM Inspector of Taxes) [2003] EWHC 1945 (Ch).

5) Siehe dazu *Meussen*, The Marks & Spencer Case: The Final Countdown Has Begun, ET 2005, 160 (160 ff).

6) Schlussanträge GA *Poires Maduro* 7. 4. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*; siehe zu den Schlussanträgen etwa *Craig/van den Hurk/Lyons/Rainer/Roels/Thoemmes/Tomsett*, Advocate General Backs Marks & Spencer's Claim for Loss Relief, 38 Tax Notes Int'l 195 ff (Apr. 18, 2005); *G. Kofler*, Schlussanträge in der *Rs Marks & Spencer*: Bedingte Verpflichtung zur grenzüberschreitenden Verlustberücksichtigung, taxlex-EC 2005/25; *Lang*, Marks & Spencer – More Questions than Answers, EC Tax Rev. 2005, 95 ff; *Petriz/Schilcher*, Marks & Spencer – Erste Erkenntnisse aus dem Schlussantrag von Generalanwalt M. Poires Maduro, SWI 2005, 233 ff; *Lang*, Marks & Spencer und die Auswirkungen auf das Steuerrecht der Mitgliedstaaten, SWI 2005, 255 ff; *Scheunemann*, Europaweite Verlustberücksichtigung im Konzern: Steine statt Brot durch die Schlussanträge des Generalanwalts Maduro vom 7. 4. 2005 im Fall Marks & Spencer?, IStR 2005, 303 ff; *Tomsett*, Advocate General Gives Qualified Support for Cross-Border Loss Claims in Marks and Spencer Case, Intertax 2005, 303 f; *Lyons*, Marks & Spencer: Striking a Balance, BTR 2005, 251 ff; *Persoff*, Marks & Spencer: More Questions than Answers, BTR 2005, 260 ff; *Herzig/Englisch/Wagner*, Steuerliche Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Konzerntöchter – Überlegungen zu den Schlussanträgen in der Rechtsache Marks & Spencer, Der Konzern 2005, 298 ff; *Tumpell/Tissot*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung in Unternehmensgruppen und Niederlassungsfreiheit, taxlex 2005, 230 ff; *CFE*, 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-446/03), ET 2005, 507 f; *Balmes/Brück/Ribbrock*, Der EuGH-Fall Marks & Spencer: Rückschlüsse für die deutsche Organschaftbesteuerung, BB 2005, 966 ff; *Gammie* in *Lang/Schuch/Starlinger* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 323 (344 ff).

7) Schlussanträge GA *Kokott* 18. 3. 2004, C-319/02, Slg 2004, I-7477, *Manninen* – Tz 49 ff; dazu auf *G. Kofler*, Einige Überlegungen zur steuerlichen Kohärenz nach dem Urteil des EuGH in der *Rs Manninen*, ÖStZ 2005/59, 26 (26 ff).

8) Dazu ausführlich der treffend betitelt Beitrag von *Lang*, Marks and Spencer – More Questions than Answers, EC Tax Rev. 2005, 95 ff; ebenso auch *Persoff*, Marks & Spencer: More Questions than Answers, BTR 2005, 260 ff.

9) Dazu *Lang*, EC Tax Rev. 2005, 95 (99); *Petriz/Schilcher*, SWI 2005, 233 (239 f); weiters auch *Persoff*, BTR 2005, 260 (264 f), mit Überlegungen zum „Kaufpreis“ von Verlusten.

10) Siehe nur EuGH 8. 3. 2001, C-397/98, C-410/98, Slg 2001, I-1727, *Metalgesellschaft und Hoechst* – Tz 44, sowie EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, *X und Y* – Tz 38.

11) Vgl nur *Lang*, EC Tax Rev. 2005, 95 (98 f); *Petriz/Schilcher*, SWI 2005, 233 (238 f); *Lang*, SWI 2005, 255 (256); siehe auch *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 (311).

12) Siehe dazu die tabellarische Übersicht zu den einzelnen Mitgliedstaaten bei *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (309); *Scheunemann*, Intertax 2006, 54 (56).

13) Was zudem einen Anreiz zur Liquidation anstatt zur Sanierung bieten könnte; zu dieser Befürchtung *Thömmes*, IWB 24/2005, Fach 11a, 933 (940).

14) Vgl auch *Dörr*, Der Konzern 2004, 15 (18 f), zur ehemaligen deutschen Betriebsstätten-Nachversteuerungsnorm des § 2a Abs 3 dEStG; in diese Richtung auch *Craig/van den Hurk/Lyons/Rainer/Roels/Thoemmes/Tomsett*, 38 Tax Notes Int'l 195 (197) (Apr. 18, 2005); *G. Kofler*, taxlex-EC 2005/25; *Petriz/Schilcher*, SWI 2005, 233 (240); *Persoff*, BTR 2005, 260 (263); so nachfolgend auch *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 4.1.]; siehe zu den verschiedenen Varianten der möglichen Nacherfassung etwa *Cordewener/Dahlberg/Pistone/Reimer/Romano*, ET 2004, 135 (138 f).

und umso gespannter der Entscheidung des EuGH entgegen-gesehen¹⁵⁾.

3. Die Entscheidung des EuGH

Die Große Kammer des EuGH bespricht in ihrem Urteil vom 13. 12. 2005¹⁶⁾ zwar einen anderen Weg als der Generalanwalt, gelangte aber – wenngleich mit verschobenen Gewichtungen – zu einem ähnlichen Ergebnis: Nach Ansicht des EuGH verstößt es nämlich bei Bestehen einer inländischen Verlustverwertungsmöglichkeit gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art 43 iVm 48 EG, der gebietsansässigen Muttergesellschaft die Möglichkeit, von ihrem steuerpflichtigen Gewinn Verluste von gebietsfremden Tochtergesellschaften abzuziehen, zu wehren, wenn sie nachweist, dass diese Verluste im Sitzstaat der jeweiligen Tochtergesellschaft *nicht berücksichtigt worden sind* und *nicht berücksichtigt werden können*. Die Begründung dieses Ergebnisses und die Argumentation des EuGH lassen sich in drei Schritte aufschlüsseln:

a. Auf der *Tatbestandsebene* begnügte sich der EuGH mit der Feststellung, dass der Ausschluss ausländischer Tochtergesellschaften von der Vergünstigung der Verlustverrechnung geeignet ist, „die Muttergesellschaft in der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit zu behindern, da sie dadurch von der Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten abgehalten wird“; dies beschränkt die Niederlassungsfreiheit iSd Art 43 und 48 EG, „da er zu einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung von Verlusten einer gebietsansässigen und solchen einer gebietsfremden Tochtergesellschaft führt“¹⁷⁾. Bereits diese tatbestandliche Frage der Vergleichspaarbildung war im Vorfeld heftig umstritten:

– Dem vom EuGH offensichtlich aktivierten *Diskriminierungsverbot* der Niederlassungsfreiheit ist nämlich die Feststellung einer Ungleichbehandlung und damit die Vergleichspaarbildung und die Identifikation des einschlägigen Vergleichskriteriums, des *tertium comparationis*, inhärent. Offen war aber, ob die korrekte Vergleichspaarbildung *vertikal* oder *horizontal* zu erfolgen habe¹⁸⁾: Während bei der *vertikalen* Vergleichspaarbildung der inländische mit dem grenzüberschreitenden Sach-

verhalt verglichen wird – konkret: die Behandlung einer inländischen Muttergesellschaft mit einer inländischen Tochtergesellschaft im Vergleich zu einer inländischen Muttergesellschaft mit einer ausländischen Tochtergesellschaft –, wird bei einer *horizontalen* Vergleichspaarbildung das relevante *tertium comparationis* statt mit einem rein inländischen mit einem *anderen grenzüberschreitenden Sachverhalt* gebildet – konkret: die Behandlung einer inländischen Muttergesellschaft mit einer ausländischen Tochtergesellschaft im Vergleich zu einer inländischen Muttergesellschaft mit einer ausländischen Betriebsstätte. Ob ein solch horizontaler Vergleich gemeinschaftsrechtlich zulässig ist, wird im Schrifttum primär bei Art 43 EG im Hinblick auf die „Rechtsformneutralität“ aus der Sicht des *Herkunftsstaates* unter dem Schlagwort der „*neutrality of legal form in the state of origin*“ bei der Behandlung grenzüberschreitend errichteter Sekundärniederlassungen (Betriebsstätten und Tochtergesellschaften) diskutiert¹⁹⁾. Bei einer derartigen Vergleichspaarbildung wäre aufgrund der britischen Anrechnungsmethode und der darauf basierenden sofortigen Verlustherinnahme im Betriebsstättenfall die Diskriminierung in *Marks & Spencer* offensichtlich gewesen. Der EuGH hat eine solch horizontale Vergleichspaarbildung zwar wohl im Ergebnis abgelehnt²⁰⁾, ist aber im Sinne der „*export-neutrality of establishment*“ über eine *vertikale* Vergleichspaarbildung ebenfalls zum Ergebnis einer Diskriminierung gelangt und bewegt sich damit auf einer Linie mit seinen Entscheidungen in *ICI, XAB und YAB, Baars, AMID* und vor allem *Bosal*²¹⁾.

– Im Rahmen der *vertikalen* Vergleichspaarbildung wurde in der literarischen Diskussion sowohl auf der Tatbestands- wie auch auf der Rechtfertigungsebene immer wieder auch die „Symmetriethese“ ins Treffen geführt: Der Sitzstaat der Muttergesellschaft könne die Gewinne gebietsfremder Tochtergesellschaften nicht berücksichtigen und brauche daher auch

2005, 303 (304 f); *Gammie in Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 323 (345).

15) Vgl nur *G. Kofler*, taxlex-EC 2005/25; *Tumpel/Tissot in Quantschnigg/Achatz/Haidenthaler/Trenkwalder/Tumpel* (Hrsg), Gruppenbesteuerung (2005) 435 (470 ff); *Persoff*, BTR 2005, 260 (266 f).

16) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*; dazu bereits *van den Hurk/Rainer/Roels/Thoemmes/Tomsett/Weening*, ECJ Allows Limited Group Relief in *Marks & Spencer*, 40 Tax Notes Int'l 1023 (Dec. 19, 2005); *Thömmes*, Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften, IWB 24/2005, Fach 11a, 933 (938 ff); *Sheppard*, Dowdy Retailer Prevails, European Corporate Tax Lives Another Day, 40 Tax Notes Int'l 1119 ff (Dec. 26, 2005); *Lang, Marks & Spencer* – Eine erste Analyse des EuGH-Urteils, SWI 2006, 3 ff; *Haunold/Tumpel/Widhalm*, EuGH: Konzerninterner grenzüberschreitender Verlustabzug nur bei fehlender Verlustverwertungsmöglichkeit der Tochtergesellschaft, SWI 2006, 44 ff; *Englisch*, Marks & Spencer: Grenzüberschreitender Verlustabzug im Mutter-Tochter-Verhältnis, IStR 2006, 19 (22 ff); *Herzig/Wagner*, EuGH-Urteil „Marks & Spencer“ – Begrenzter Zugang zur Öffnung nationaler Gruppenbesteuerungssysteme für grenzüberschreitende Sachverhalte, DStR 2006, 1 ff; *Scheunemann*, Decision in the Marks & Spencer Case: a Step Forward, but No Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe, Intertax 2006, 54 ff; *Lang*, The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word, ET 2/2006 [in Druck]; *Wiesner/Mayr*, Gruppenbesteuerung: Beteiligungsgemeinschaft, Umgründungen und Marks & Spencer, RWZ 1/2006 [in Druck]; *Stefaner*, Grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung: Traum und Wirklichkeit, GeS 2006 [in Druck]; *Petriz/Schilcher*, Marks & Spencer: EuGH zur grenzüberschreitenden Verlustverwertung im Konzern, ecoloX 3/2006 [in Druck].

17) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 32 bis 34.

18) Siehe nur *Dörr*, Der Konzern 2003, 604 (611); *Cordewener/Dahlberg/Pistone/Reimer/Romano*, ET 2004, 218 (227); *Petriz/Schilcher*, SWI 2005, 233 (234 f und 237 f); *Lang*, SWI 2005, 255 (257 ff); *Scheunemann*, IStR

19) Ablehnend zu einem solchen horizontalen Vergleich im Hinblick auf die Frage der Gleichbehandlung von ausländischen Betriebsstätten und ausländischen Tochtergesellschaften im Rahmen des britischen *group relief* im *Marks & Spencer*-Fall allerdings die UK Special Commissioners of 25. and 26. 11. 2002 *Marks and Spencer Plc v. David Hasley (HM Inspector of Taxes)* SPC00352, EuLR 2003, 46 – Tz 57 ff, und auch die Schlussanträge *GA Poiadres Maduro* 7. 4. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 47 ff; weiters *Cordewener/Dahlberg/Pistone/Reimer/Romano*, ET 2004, 218 (230 f). Aus dem Schrifttum zu Recht zweifelnd bis ablehnend etwa *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung⁵ (2002) 236 f; *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 831 ff mwN; *Englisch*, Zur Dogmatik der Grundfreiheiten des EGV und ihren ertragsteuerlichen Implikationen, StuW 2003, 88 (89 f); *Wattel*, EC Tax Rev. 2003, 194 (197 f); *Cordewener*, Deutsche Unternehmensbesteuerung und europäische Grundfreiheiten – Grundzüge des materiellen und formellen Rechtsschutzsystems der EG, DStR 2004, 6 (8); *Englisch*, The European Treaties' Implications for Direct Taxes, Intertax 2005, 310 (322 f); *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 (304 f mwN). Eine solche horizontale Vergleichspaarbildung hingegen befürwortend nunmehr *Lang*, SWI 2006, 3 (4 f); *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 2.2.]; weiters zB auch *Herzig in Schön* (Hrsg), GedS Knobbe-Keuk (1997) 627 (633 f); *Evans*, DFI 2003, 195 (197); *Gutmann*, EC Tax Rev. 2003, 154 (155); *Terral/Wattel*, European Tax Law⁴ (2005) 151.

20) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 52; ebenso auch die Einschätzung von *Englisch*, IStR 2006, 19 (22); aA *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 2.2.].

21) EuGH 16. 7. 1998, C-264/96, Slg 1998, I-4695, *ICI*; EuGH 18. 11. 1999, C-200/98, Slg 1999, I-8261, *X AB und Y AB*; EuGH 13. 4. 2000, C-251/98, Slg 2000, I-2787, *Baars*; EuGH 14. 12. 2000, C-141/99, Slg 2000, I-11619, *AMID*; EuGH 18. 9. 2003, C-168/01, Slg 2003, I-9409, *Bosal* (dazu auch *G. Kofler*, *Bosal*: Abzugsverbot für Beteiligungsaufwendungen verstößt gegen die im Lichte der Niederlassungsfreiheit ausgelegte Mutter-Tochter-RL, ÖStZ 2003/1175, 554 ff); siehe aus dem Schrifttum etwa *Martin*, EC Tax Rev. 2005, 61 (62 f); speziell zur Übertragbarkeit von *Bosal* auf den *Marks & Spencer*-Fall *Terral/Wattel*, European Tax Law⁴ (2005) 155 f.

deren Verluste nicht zur Verwertung zuzulassen²²⁾. Dieser Gedanke läuft somit darauf hinaus, dass die inländische Nichtverfassung von ausländischen Gewinnen zu einer Nichtvergleichbarkeit der Situation mit einem rein inländischen Sachverhalt führe und daher das Gemeinschaftsrecht der „symmetrischen“ Nichtberücksichtigung von Verlusten nicht entgegenstehe. Die gemeinschaftsrechtliche Relevanz dieser These wurde freilich für den Fall abkommensrechtlich „befreiter“ Betriebsstättenverluste sowohl von der Rechtsprechung²³⁾ als auch im Schrifttum²⁴⁾ zu Recht abgelehnt. In diesem Sinne machte auch der EuGH im *Marks & Spencer*-Fall für den Fall ausländischer Tochtergesellschaften deutlich, dass es zwar „mit dem – im internationalen Steuerrecht geltenden und vom Gemeinschaftsrecht anerkannten – Territorialitätsprinzip im Einklang [steht], 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“²⁵⁾, der „Umstand allein, dass dieser Mitgliedstaat den Gewinn gebietsfremder Tochtergesellschaften einer in seinem Gebiet ansässigen Muttergesellschaft nicht besteuert, [...] jedoch noch keine Beschränkung des Konzernabzugs auf Verluste der gebietsansässigen Tochtergesellschaften“ rechtfertigt²⁶⁾. Wenngleich völlig unklar ist, worin das vom EuGH behauptete „Territorialitätsprinzip“ letztlich genau bestehen und aus welchem Rechtsgrund es im „internationalen Steuerrecht“ gelten soll²⁷⁾, scheint nunmehr zumindest geklärt, dass das Streben nach einer symmetrischen Besteuerung von Gewinnen und Verlusten nicht das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot zu verhindern vermag, zumal Gewinne ohnehin von einem anderen Mitgliedstaat und damit in der Gemeinschaft erfasst werden²⁸⁾.

b. Besonderes Augenmerk legte der EuGH sodann auf die *Rechtfertigungsebene*²⁹⁾. Hier fragte der Gerichtshof explizit danach, „welche Folgen es hätte, eine Vergünstigung wie die im Ausgabungsverfahren streitige uneingeschränkt auszudehnen“, widmete sich sodann drei von den beteiligten Regierungen vorgebrachten Rechtfertigungsargumenten und legte dabei einen vergleichsweise lockeren Maßstab an³⁰⁾:

– 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. Diesbezüglich wies der EuGH darauf hin, dass der Rückgang von Steuereinnahmen zwar nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses betrachtet werden kann, anerkannte aber, dass es „zur Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten erforderlich sein [kann], auf die wirtschaftliche Tätigkeit der in einem dieser Staaten niedergelassenen Gesellschaften sowohl in Bezug auf Gewinne als auch auf Verluste nur dessen Steuerrecht anzuwenden“³¹⁾. Der EuGH bringt damit zum Ausdruck, dass das Gemeinschaftsrecht kein „free movement“ von Verlusten zu erzwingen vermag: „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“³²⁾.

– Zweitens bestehe, wenn die Verluste im Mitgliedstaat der Muttergesellschaft berücksichtigt würden, die Gefahr einer doppelten Verlustberücksichtigung. Dieses Argument war bereits im Vorfeld heftig umstritten, zumal zwei Ebenen stringent unterschieden wurden: Die Frage der sofortigen Verlustereinnahme und damit einer auch liquiditätsmäßigen Gleichbehandlung von In- und Auslandsverlusten einerseits und die Frage einer allfälligen Nachversteuerung zur Verhinderung einer Verlustdoppelverwertung andererseits. Insofern ging die hA davon aus, dass die Nichtereinnahme ausländischer Verluste als erster Schritt nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden könne, es solle lediglich eine aus einem möglichen Verlustvortrag oder -rücktrag im Sitzstaat der Tochtergesellschaft resultierende doppelte Verlustausnutzung durch den unbeschränkt Steuerpflichtigen vermieden werden³³⁾; selbst wenn nämlich die Gefahr eines solchen *Double Dip* tatsächlich bestünde, sei eine Rechtfertigung schon deshalb abzulehnen, weil die Verhinderung steuerlicher Mindereinnahmen nicht als zwingender Grund des Allgemein-

22) Siehe zu dieser Diskussion nur *Cordewener/Dahlberg/Pistone/Reimer/Romano*, ET 2004, 218 (228 f mwN); *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (305 f). Zur analogen Überlegung für abkommensrechtlich „befreite“ Betriebsstättengewinne vgl. BFH 28. 3. 1973, I R 59/71, BFHE 109, 127, BStBl 1973 II 531; BFH 6. 10. 1993, I R 32/93, BFHE 172, 385, BStBl 1994 II 113; BFH 13. 11. 2002, I R 13/02, BFHE 201, 73, BStBl 2003 II 795; dazu ausführlich *Wassermeyer in Debatin/Wassermeyer*, DBA, Art 23A MA, Rz 57 mwN; *Schuch in Lehner* (Hrsg), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht (2004) 63 (74 ff); *Kessler in Lehner* (Hrsg), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht (2004) 83 (85 ff); *Cordewener*, DBA-Freistellung von Auslandsverlusten und EG-Grundfreiheiten: Klärung aufgeschoben, aber (hoffentlich) nicht aufgehoben! DStR 2004, 1634 (1635 ff); *Cordewener in von Groll* (Hrsg), Verluste im Steuerrecht, DStJG 28 (2005) 255 (282 ff).

23) BFH 13. 11. 2002, I R 13/02, BFHE 201, 73, BStBl 2003 II 795; zuletzt FG Berlin 11. 4. 2005, 8 K 8101/00, IStR 2005, 571 m Anm Schönfeld.

24) Siehe zB *Kessler/Schmitt/Janson*, Berücksichtigungsverbot abkommensrechtlich „befreiter“ Betriebsstättenverluste? IStR 2001, 729 (734 ff); *Kessler/Schmitt/Janson*, Nochmals: Berücksichtigungsverbot abkommensrechtlich „befreiter“ Betriebsstättenverluste, IStR 2003, 307 (308 f); *Schön*, Besteuerung im Binnenmarkt – die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, IStR 2004, 289 (294); *Cordewener*, Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: A New German Case before the ECJ, ET 2003, 294 (300); *Cordewener*, Auslandsverluste und EG-Grundfreiheiten: Kurskorrektur am falschen Fall? – Kritische Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BFH 13. 11. 2002 –, IStR 2003, 413 (414 ff); *Cordewener*, DBA-Freistellung von Auslandsverlusten und EG-Grundfreiheiten: Klärung aufgeschoben, aber (hoffentlich) nicht aufgehoben! DStR 2004, 1634 (1635 ff); *Schuch in Lehner* (Hrsg), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht (2004) 63 (65 ff); ausführlich *Cordewener in von Groll* (Hrsg), Verluste im Steuerrecht, DStJG 28 (2005) 255 (288 f).

25) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 39, unter Hinweis auf EuGH 15. 5. 1997, C-250/95, *Slg* 1997, I-2471, *Futura Participations und Singer* – Tz 22.

26) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 40.

27) Siehe kritisch auch *Lang*, SWI 2006, 3 (5 f).

28) Siehe auch *Gammie in Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECI – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 323 (348). Es bedarf hier also gemeinschaftsrechtlich nicht der weiteren Überlegung, dass die ausländischen Gewinne ohnehin regelmäßig über Ausschüttungen ihren Weg zur Muttergesellschaft finden (dazu *Dörr*, Der Konzern 2003, 604

[612 ff]), weshalb man sich auch die in komplexe Gefilde führenden Überlegungen erspart (ebenso EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 52), inwieweit hier die Aspekte der Zeitverzögerung oder gar der Entlastungsverpflichtung nach Art 4 der Mutter-Tochter-RL eine Rolle spielen.

29) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 41 bis Tz 51.

30) Siehe auch die Kritik bei *Lang*, SWI 2006, 3 (5 ff).

31) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 45; aA zB noch *Persoff*, BTR 2005, 260 (262 f).

32) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 46; kritisch dazu *Lang*, SWI 2006, 3 (6 f); *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 3.1.].

33) So zum Betriebsstättenfall *Kessler/Schmitt/Janson*, IStR 2001, 729 (731 f); *Kessler in Lehner* (Hrsg), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht (2004) 83 (89 ff); *Cordewener in von Groll* (Hrsg), Verluste im Steuerrecht, DStJG 28 (2005) 255 (288 mwN); aus der deutschen Rechtsprechung BFH 13. 11. 2002, I R 13/02, BFHE 201, 73, BStBl 2003 II 795; FG Berlin 11. 4. 2005, 8 K 8101/00.

interesses anzusehen³⁴⁾ und auch allfälligen administrativen Schwierigkeiten bei der Überprüfung, ob eine doppelte Verlustberücksichtigung vorliege, über das Instrument der AmtshilfeRL beizukommen sei³⁵⁾. Allerdings demonstriert nunmehr das *Marks & Spencer*-Urteil eindringlich, dass die Mitgliedstaaten eine „doppelte Verlustberücksichtigung [...] verhindern können müssen“ und die Vermeidung der doppelten Verlustberücksichtigung ein mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel ist und zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht³⁶⁾.

– Drittens bestehe, wenn die Verluste nicht im Mitgliedstaat der Niederlassung der Tochtergesellschaft berücksichtigt würden, eine *Steuerfluchtgefahr*. Hier anerkannte der EuGH überraschenderweise³⁷⁾; 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“³⁸⁾. Ein Ausschluss des Konzernabzugs für Verluste von gebietsfremden Tochtergesellschaften verhindere solche Praktiken, die durch das Bestehen deutlicher Unterschiede in den Steuersätzen der verschiedenen Mitgliedstaaten veranlasst sein könnten. Dass der EuGH aber gerade die – im Wesen nicht harmonisierter Steuerrechtsordnungen liegenden – Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Steuersystemen als möglichen Rechtfertigungsgrund anerkennt, verblüfft: Zumindest für Gewinnsituationen hat nämlich der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung in der Nutzung der Steuergelände zwischen den Mitgliedstaaten gerade keine „Steuerflucht“ erblickt³⁹⁾.

c. Nach Anerkennung dieser Rechtfertigungsgründe und der Feststellung, dass die britische Regelung angesichts des *Zusammenspiels*⁴⁰⁾ dieser drei Rechtfertigungsargumente ein berechtigtes und mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht und auch zur Erreichung dieser Ziele geeignet ist, blieb dem EuGH allerdings noch zu prüfen, „ob die beschränkende Maßnahme nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die verfolgten Ziele zu erreichen“⁴¹⁾. Die eigentlich erwarteten Aussagen finden

sich somit erst auf der *Ebene der Verhältnismäßigkeit*⁴²⁾. Hier gelangte der EuGH zu der Ansicht, dass die beschränkende Maßnahme über das Erforderliche hinausgeht, wenn

- die gebietsfremde Tochtergesellschaft in ihrem Sitzstaat 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.

Allerdings steht es den Mitgliedstaaten frei, „nationale Maßnahmen beizubehalten oder zu erlassen, die speziell bezwecken, nur zur Umgehung des nationalen Steuerrechts oder zur Steuerflucht geschaffene Sachverhalte von einem Steuervorteil auszuschließen“⁴³⁾.

d. Zusammenfassend kam der EuGH also zu dem Ergebnis, dass es hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verlustberücksichtigung gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, „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 ihr selbst oder von einem Dritten, insbesondere im Fall der Übertragung der Tochtergesellschaft auf ihn, berücksichtigt werden“⁴⁴⁾.

4. Würdigung

a. Das *Marks & Spencer*-Urteil erscheint angesichts der immer höheren Sensibilität der mitgliedstaatlichen Fisci im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH als rechtspolitisch und juristisch vernünftige Lösung des komplexen Problems der grenzüberschreitenden Verlustverwertung: Beide Seiten haben keinen vollständigen Sieg errungen, zumal der EuGH zwar die unbedingte und sofortige Berücksichtigungsverpflichtung für den Regelfall einer Verwertbarkeit der Verluste im Ausland verweigerte, umgekehrt aber dem Sitzstaat der Muttergesellschaft dennoch eine finale Berücksichtigungspflicht auferlegte. Damit scheint das *Marks & Spencer*-Urteil nicht nur den berechtigten budgetären Interessen der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen, sondern auf vergleichsweise solider und transparenter dogmatischer Grundlage⁴⁵⁾ durch das Postulat der Verlusteinmal-

34) So ausdrücklich BFH 13. 11. 2002, I R 13/02, BFHE 201, 73, BStBl 2003 II 795;

35) Siehe zB FG Berlin 11. 4. 2005, 8 K 8101/00, IStR 2005, 571 m Anm Schönfeld.

36) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 47; damit scheint der EuGH – ähnlich wie in *Schempp* (EuGH 12. 7. 2005, C-403/03, *Schempp*; dazu nur G. Kofler, *Schempp*: Zulässigkeit eines grenz- und personenübergreifenden Korrespondenzprinzips bei Unterhaltszahlungen, ÖStZ 2005/1152, 538 [538 ff mwN]) – mitgliedstaatliche Regelungen zu akzeptieren, die entweder die einmalige Besteuerung und die Vermeidung der Doppelbesteuerung sichern oder der Vermeidung einer doppelten Berücksichtigung von Verlusten dienen; dazu auch *Englisch*, IStR 2006, 19 (22 mwN); *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 3.2.].

37) Angesichts der bisherigen Rechtsprechung zu Recht kritisch *Lang*, SWI 2006, 3 (7); *Englisch*, IStR 2006, 19 (23); *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 3.3.].

38) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 49.

39) Siehe zB EuGH 8. 3. 2001, C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft und Hoechst* – Tz 57; EuGH 16. 7. 1998, C-264/96, *Slg* 1998, I-4695, *ICI* – Tz 26.

40) Die englische Fassung des Urteils (Tz 51) lautet: „In the light of those three justifications, taken together, it must be observed that restrictive provisions such as those at issue in the main proceedings pursue legitimate objectives which are compatible with the Treaty and constitute overriding reasons in the public interest and that they are apt to ensure the attainment of those objectives.“ Dieses Abstellen auf die Kombination der Rechtfertigungsgründe („taken together“) kommt in der deutschen Fassung durch die Verwendung des Wortes „insgesamt“ nur unzureichend zum Ausdruck.

41) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 53 bis 58.

42) Ausführlich zum Erfordernis der Verhältnismäßigkeit *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 70 ff, 926 ff; vgl weiters zB *O’Leary/Fernández-Martin*, Judicially-created Exceptions to the Free Provision of Services, EBL Rev. 2000, 347 (347 ff)

43) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 57; kritisch dazu *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 4.7.].

44) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 59.

45) Ebenso *Thömmes*, IWB 24/2005, Fach 11a, 933 (938); allerdings hätte die offensichtliche Erweiterung der Rechtfertigungsebene gegenüber der Vorjudikatur als solche deklariert werden sollen; siehe die Kritik bei *Lang*, SWI 2006, 3 (8), sowie *Lang*, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel

berücksichtigung im Konzern auch einen weiteren Schritt in die Richtung einer Verwirklichung des steuerlichen Binnenmarktes zu gehen. Jedenfalls stößt das Ergebnis der EuGH auch auf erklärte Zustimmung von Seiten der Kommission⁴⁶⁾.

b. Wenngleich nunmehr geklärt erscheint, dass auch eine Verlustverwertung durch einen Dritten von der Berücksichtigungspflicht bei der Muttergesellschaft befreit⁴⁷⁾, wirft das *Marks & Spencer*-Urteil dennoch eine ganze Reihe von Folgefragen auf, von denen einige kurz mit einem Blick auf die österreichische Gruppenbesteuerung nach § 9 KStG zu untersuchen sind⁴⁸⁾:

– Zunächst fällt auf, dass der EuGH billigend darauf verwies, dass „sich die Parteien darüber einig [waren], dass die Verluste nach britischem Steuerrecht zu berechnen sind“⁴⁹⁾. Ein Mitgliedstaat kann also offensichtlich zulässigerweise verlangen, dass die hereinzunehmenden Verluste einer ausländischen Tochtergesellschaft nach inländischem Steuerrecht ermittelt werden. Der nach inländischem Recht ermittelte Verlust ist sodann daraufhin zu prüfen, ob bzw. inwieweit er im Staat der Tochtergesellschaft berücksichtigt werden kann⁵⁰⁾. Dies führt freilich zur vorgelagerten Frage, in welchen Fällen es sich um relevante „Verluste“ handelt, zumal in *Marks & Spencer* real erwirtschaftete Verluste zur Rede standen. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass sich aufgrund der nicht harmonisierten Steuersysteme der Mitgliedstaaten auch Fallkonstellationen ergeben können, bei denen im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft das Ergebnis einer Tochtergesellschaft – zB aufgrund vorgezogener Abschreibungsmöglichkeiten – als Verlust und im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft als Gewinn zu sehen ist⁵¹⁾: Die vorgezogene Abschreibungsmöglichkeit im Staat der Muttergesellschaft mag zu einer Verlustsituation der Tochtergesellschaft führen, denen später – vergleichsweise – höhere, aber nicht „hereinnehmbare“ Gewinne gegenüberstehen; im Staat der Tochtergesellschaft kommt es aufgrund der niedrigen Abschreibung hingegen zu gleichmäßigeren, niedrigeren Gewinnen. Offen ist damit, ob diesfalls der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft dennoch zur (sofortigen) Verlusthereinverrechnung gezwungen ist. Wenngleich dies der Ansatz der österreichischen Gruppenbesteuerung ist, sprechen wohl aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht gute Gründe gegen eine solche Verpflichtung⁵²⁾.

– Keine genaueren Hinweise gibt der EuGH allerdings für die Frage, wann denn konkret eine Situation vorliegt, in der „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“⁵³⁾. Bereits am Ausgangspunkt steht nämlich die Frage, ob diese Aussage des EuGH statisch oder dynamisch zu verstehen ist: Bei einer statischen Betrachtungsweise wäre bloß im Verlustentstehungsjahr zu fragen, ob die abstrakte Möglichkeit eines Verlustvor- oder -rücktrags im Sitzstaat der Tochtergesellschaft besteht; ist dies der Fall, könnte der Sitzstaat der Muttergesellschaft unabhängig von der tatsächlichen zukünftigen Verwertbarkeit von der Berücksichtigungspflicht endgültig entbunden sein. Dem EuGH scheint allerdings ein dynamisches Verständnis (arg „berücksichtigt werden“) vorzuschweben: Nur solange die potentielle Möglichkeit einer Verlustverwertung im Sitzstaat der Tochtergesellschaft besteht, tritt keine Berücksichtigungspflicht im Sitzstaat der Muttergesellschaft ein; fällt diese Möglichkeit aber weg – zB durch Auslaufen eines zeitlich beschränkten Verlustvortrages, wegen der Liquidation der Tochtergesellschaft, aufgrund eines umgründungsbedingten Verlustuntergangs etc –, geht die Berücksichtigungspflicht unmittelbar auf den Sitzstaat der Muttergesellschaft über⁵⁴⁾. Selbst bei dieser dynamischen Lösung offenbart sich aber der steuerbarwertindizierte Unterschied zwischen einem sofortigen Verlustausgleich im Rahmen eines inländischen Gruppenbesteuerungsregimes und einer möglicherweise um Jahre verzögerten Verlusthereinvernahme ausländischer Tochtergesellschaften auf Basis des *Marks & Spencer*-Urteils: Insofern macht der EuGH also einen Rückschritt im Vergleich zu seiner bisherigen Rechtsprechung⁵⁵⁾, wo er bereits zum Ausdruck gebracht hat, dass auch ein bloßer Liquiditätsnachteil – wie er auch im vorliegenden Fall eintritt – und daraus resultierende finanzielle Einbußen durch Zinsnachteile geeignet sind, einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit zu begründen⁵⁶⁾; *Marks & Spencer* erklärt freilich nicht jeglichen diskriminierenden Liquiditätsnachteil für unbeacht-

gesellschaft Verluste vorliegen; siehe zB EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 55. AA offenbar Lang, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 4.2.]

3.4.), der insbesondere den im Vergleich zur Vorjudikatur erweiterten Rechtfertigungsspielraum der Mitgliedstaaten kritisiert und dabei wohl zu Recht fragt: „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 Auslandsverhalten zu tragen?“

46) So begrüßte EU Steuer- und Zollkommissar László Kovács das *Marks & Spencer*-Urteil: „Today the Court took a position that is supported by the Commission regarding the application of the principle of freedom of establishment for cross-border loss relief“. Die Kommission plane zudem „to present a Communication on cross border loss relief to the European Parliament and EU Council next year that will take account of the Court's ruling“. Siehe dazu die Webpage des Kommissars unter http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kovacs.

47) Tatsächlich konnten die Verluste der französischen *Marks & Spencer*-Tochtergesellschaft offenbar vom Erwerber (*Galeries Lafayette*) übernommen und auch verwertet werden.

48) Ausführlich zu den gemeinschaftsrechtlichen Aspekten der österreichischen Gruppenbesteuerung *Tumpel/Tissot in Quantschnigg/Achatz/Haidenthaler/Trenkwalder/Tumpel* (Hrsg), Gruppenbesteuerung (2005) 435 ff mwN.

49) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 22.

50) Lang, SWI 2006, 3 (9).

51) Siehe dazu nur *Kirchmayr/Achatz*, taxlex 1/2006, 1.

52) Zumindest lässt sich aus dem Wortlaut des *Marks & Spencer*-Urteils argumentieren, dass der EuGH seine Sichtweise lediglich auf Situationen angewendet wissen will, in denen auch im Sitzstaat der Tochter-

53) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 55. Es verwundert allerdings, dass der EuGH zwar die Übertragung von Verlusten auf einen Dritten, nicht jedoch jene auf die Muttergesellschaft (zB aufgrund einer Verschmelzung) anspricht.

54) Demgegenüber wirft Lang, SWI 2006, 3 (9), und ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 4.2.], ausführlich die Frage der Wiedereröffnung bereits veranlagter Steuerjahre für die Zeiträume der ausländischen Verlustentstehungsperioden auf, während mE der EuGH dahin gehend zu verstehen ist, dass die Verluste in jenem Wirtschaftsjahr der Muttergesellschaft zu berücksichtigen sind, in dem die Nutzungsmöglichkeit im Sitzstaat der Tochtergesellschaft wegfällt. Siehe auch die Überlegungen im Vorfeld bei *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (308); *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 (310 f). Nach dieser Auslegung kommt es also nicht auf die Unterschiede zwischen den Steuerregimen, sondern nur auf das Ergebnis an: Wenn beispielsweise betriebliche Verluste im Sitzstaat der Tochtergesellschaft im Rahmen des Verlustvortrages nur mit bestimmten (zB aktiven) Gewinnen verrechnet werden dürfen, so tritt eine Verlustberücksichtigungspflicht des Sitzstaates der Muttergesellschaft wohl trotzdem nur dann ein, wenn diese Möglichkeit nicht mehr besteht, und zwar selbst dann, wenn solche Verlustverwertungsbeschränkungen im Sitzstaat der Muttergesellschaft nicht existieren und damit die „Vergleichbarkeit“ der Verlustnutzungsregime bezweifelt werden könnte; in dieser Hinsicht kritisch zum Ansatz des Generalanwaltes (oben 2.) etwa *Persoff*, BTR 2005, 260 (265).

55) So auch *Haunold/Tumpel/Widhalm*, SWI 2006, 44 (47 f); ebenso Lang, ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 4.1.].

56) Siehe nur EuGH 8. 3. 2001, C-397/98, C-410/98, Slg 2001, I-1727, *Metalgesellschaft und Hoechst* – Tz 44; EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, *X und Y* – Tz 38.

lich, führt aber in Richtung einer differenzierteren Abwägung zwischen internationalen Besteuerungsprinzipien und dem Ziel der Erreichung des Binnenmarktes⁵⁷⁾. Damit zeigt sich auch, dass die generelle Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung im Rahmen der österreichischen Gruppenbesteuerung (§ 9 Abs 6 Z 6 KStG) vor dem Hintergrund des *Marks & Spencer*-Urteils gemeinschaftsrechtlich zwar nicht zwingend erforderlich, standortpolitisch aber jedenfalls positiv zu beurteilen ist⁵⁸⁾. § 9 Abs 6 Z 6 KStG dürfte aber insofern zu eng sein, als eine Nachversteuerung auch in jenen Fällen vorgesehen ist, in denen noch keine Verlustverrechnung im Ausland erfolgt ist⁵⁹⁾: So wird nach *Marks & Spencer* in den Fällen, in denen die Verlustverwertung des ausländischen Gruppenmitglieds nach Ausscheiden nicht mehr möglich ist⁶⁰⁾, eine Nachversteuerung vollständig zu unterbleiben haben; auch im Liquidations- und Insolvenzfall erscheint die Kürzung des Nachversteuerungsbetrags mit den während der Gruppenzugehörigkeit nicht steuerwirksamen Teilwertabschreibungen (§ 9 Abs 6 Z 6 letzter Satz KStG) gemeinschaftsrechtlich dann unzureichend, wenn eine Verlustverwertung endgültig ausgeschlossen ist; hier hat die Nachversteuerung zur Gänze zu unterbleiben.

– Klar erscheint weiters, dass die Verlustereinnahmeverpflichtung unter Nichtdiskriminierungs Gesichtspunkten auch Enkel- und Urenkelgesellschaften etc erfasst, sofern diese im rein nationalen Bereich in eine Unternehmensgruppe bzw Organschaft einbezogen werden können. Während nämlich in diesem Sinne in *Marks & Spencer* die zwischen die verlustbringenden „Tochtergesellschaften“ und die britischen Mutter geschaltete holländische Zwischenholding gleichsam „ausgeblendet“ wurde⁶¹⁾, besteht beispielsweise im österreichischen Gruppenbesteuerungsregime eine gemeinschaftsrechtlich wohl nicht mehr haltbare Beschränkung der Verlustereinnahmemöglichkeit auf eine Auslandsebene (§ 9 Abs 2 iVm Abs 6 KStG)⁶²⁾. Weiters beschränkt das österreichische Gruppenbesteuerungsregime die Verlustereinnahme prozentuell auf jenes Ausmaß, in dem unmittelbare Beteiligungen inländischer beteiligter Körperschaften an der ausländischen Beteiligungskörperschaft bestehen, während im Inlandsfall eine vollständige Verlustverrechnung auch bei einer weniger als 100%igen Beteiligung möglich ist. Allerdings hatte sich der EuGH in *Marks & Spencer* nicht mit dieser Frage der weniger als 100%igen Beteiligungen zu befassen, weshalb über die Gemeinschaftskonformität der österreichischen Lösung weiterhin nur spekuliert werden kann⁶³⁾.

c. Die finale Verlustberücksichtigungsverpflichtung des Ansässigkeitsstaats der Muttergesellschaft für Verluste ausländischer Tochtergesellschaften beschränkt sich aber bei genauerer Betrachtung mE auf den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, von der aber *Drittstaatsverhalte* nicht erfasst sind:

– Obwohl zwar nach dem Wortlaut des Art 56 Abs 1 EG „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern“ verboten sind, ist in der Rechtsprechung des EuGH bisher noch ungeklärt, in welchem Umfang die der Freiheit des Kapitalverkehrs innewohnenden Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote im Bereich des direkten Steuerrechts tatsächlich auch bei Drittstaatsverhalten Anwendung finden⁶⁴⁾ 65). Teilweise wird vertreten, aufgrund der Historie und Teleologie der Vorschriften über den freien Kapitalverkehr sei die „Erga-Omes“-Wirkung zumindest für den Bereich des Steuerrechts auf den ungehinderten technischen Zugang und Abgang von Kapital – also den eigentlichen Kapitaltransfer – im Verhältnis zu Drittstaaten zu reduzieren, weshalb die Gleichbehandlung von Auslandskapital und Inlandskapital in allen übrigen rechtlichen Beziehungen nicht erforderlich sei⁶⁶⁾. Die hA geht allerdings bisher davon aus, dass die Rechtsprechung in *Sanz de Lera*⁶⁷⁾

64) Siehe zum Meinungsstand *Stahl*, Free movement of capital between Member States and third countries, EC Tax Rev. 2004, 47 (51 ff); *D. Aigner/G. Kofler*, Austria Clarifies Third-Country Impact of ECJ's *Lenz* Decision, 36 Tax Notes Int'l 477 (477 ff) (Nov. 1, 2004); *Schön* in *Gockel/Goschl/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (513 ff); *G. Kofler*, Lenz: Österreich darf ausländische Kapitalerträge nicht diskriminieren, ÖStZ 2004/757, 343 (349 ff); *G. Kofler/Toifl*, Austria's Differential Treatment of Domestic and Foreign Inter-Company Dividends Infringes the EU's Free Movement of Capital, ET 2005, 232 (239 ff); *Hohenwarter*, Vorlagebeschluss des VwGH zur Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, SWI 2005, 225 (225 ff); *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 (314 ff); *Peters/Gooijer*, The Free Movement of Capital and Third Countries: Some Observations, ET 2005, 475 (479 ff).

65) Zu diesem Themenkreis sind aber mittlerweile mehrere Fälle beim EuGH anhängig (siehe auch den Überblick bei *Peters/Gooijer*, ET 2005, 475 ff):

– *Rs van Hilten-van der Heijden* (C-513/03); siehe bereits die den Drittstaatsaspekt aber nicht näher behandelnden Schlussanträge GA Léger 30. 6. 2005, C-513/03, *van Hilten-van der Heijden* – Tz 69, und dazu *Hohenwarter/Plansky*, Besteuerung von Erbschaften nach Wegzug in einen Drittstaat im Gemeinschaftsrecht – Schlussanträge des GA Léger in der *Rs van Hilten-van der Heijden*, SWI 2005, 417 ff; *Schnitger*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten – Vorabentscheidungsersuchen in den *Rs van Hilten*, Fidium Finanz AG und Lasertec, IStR 2005, 493 (495 ff); *Weber* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 261 (263 ff).

– *Rs Fidium Finanz AG* (C-452/04); dazu *Schnitger*, IStR 2005, 493 (500 ff).

– *Rs Lasertec* (C-492/04); vorgelegt vom FG Baden-Württemberg 14. 10. 2004, 3 K 62/99, IStR 2005, 275; dazu bereits *Rehm/Nagler*, ISt § 8a KStG a. F. weltweit nicht mehr anwendbar? – Folgen des Lastertec-Beschlusses des FG Baden-Württemberg vom 14. 10. 2004, IStR 2005, 261 ff; *Schnitger/Papantonopoulos*, Deutsche Vorabentscheidungsersuchen zu den direkten Steuern des Jahres 2004, BB 2005, 407 (413); *Schnitger*, IStR 2005, 493 (502 ff); *Lüdicke* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 113 (143 ff).

– *Rs Thin Cap Group Group Litigation* (C-524/04); dazu *Gammie* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 323 (341 ff).

– *Rs A* (C-101/05) und *Rs A und B* (C-102/05); zu beiden *Wiman* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 297 (300 ff).

– *Rs Holböck* (C-157/05), vorgelegt vom VwGH 28. 1. 2005, 2004/15/0105, eclex 2005/253 m Anm *Plansky*; dazu *Hohenwarter*, Vorlagebeschluss des VwGH zur Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, SWI 2005, 225 ff; *Staringer* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 9 (11 ff).

66) So ausführlich *Schön* in *Gockel/Goschl/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (502 ff).

67) EuGH 15. 12. 1995, C-163/94, C-165/94 und C-250/94, Slg 1995, I-4821, *Sanz de Lera*; siehe auch *Flynn*, CML Rev. 2002, 773 (785 ff).

57) Siehe auch *Englisch*, IStR 2006, 19 (23).

58) Ebenso *Haunold/Tumpel/Widhalm*, SWI 2006, 44 (47 ff).

59) *Petriz/Schilcher*, eclex 2006 [in Druck]; krit auch bereits *Tumpel/Tissot* in *Quantschnigg/Achatz/Haidenthaler/Trenkwalder/Tumpel* (Hrsg), Kommentar zur Gruppenbesteuerung (2005) 435 (468 ff).

60) ZB wegen eines umgründungsbedingten Verlustuntergangs oder der Anwendung eines „Mantelkaufatbestandes“ im Sitzstaat der Tochtergesellschaft.

61) Siehe dazu nur UK Special Commissioners of 25. and 26. 11. 2002, *Marks and Spencer, Plc v. David Hasley (HM Inspector of Taxes)* SPC00352, EuLR 2003, 46 – Tz 3.

62) Siehe auch bereits *Tumpel/Tissot* in *Quantschnigg/Achatz/Haidenthaler/Trenkwalder/Tumpel* (Hrsg), Gruppenbesteuerung (2005) 435 (459 ff). Hier wirft sich freilich die Frage auf, wann zB die Einzelgesellschaft die „vorgesehenen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft“ hat (zu diesem Erfordernis EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 55); so ist zB vollkommen offen, ob auch eine allfällige Möglichkeit zur Gruppenbildung im Ausland ausgeschöpft werden müsste, und welche Wirkungen das *Marks & Spencer*-Urteil im Verhältnis zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft hinsichtlich der Berücksichtigungspflicht bei der Muttergesellschaft zeitigt.

63) Dazu *Tumpel/Tissot* in *Quantschnigg/Achatz/Haidenthaler/Trenkwalder/Tumpel* (Hrsg), Gruppenbesteuerung (2005) 435 (465 ff).

und *Ospelt*⁶⁸⁾ auch für das Steuerrecht in Richtung einer weitgehend einheitlichen Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit für Binnenmarkt- und Drittlandsfälle deute⁶⁹⁾. Allerdings ist hier weder die rechtspolitische Rechtfertigung eines solcherart unilateral ausgedehnten Anwendungsbereichs im Bereich des Steuerrechts ersichtlich⁷⁰⁾, noch ist geklärt, ob und inwieweit der Vergleichbarkeitstest verengt⁷¹⁾ oder der Rechtfertigungsspielraum der Mitgliedstaaten bei Beschränkungen des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten erweitert wird⁷²⁾.

– Geht man aber zunächst davon aus, dass die Kapitalverkehrsfreiheit – außerhalb der Stillstandsklausel nach Art 57 Abs 1 EG⁷³⁾ – auch in Drittstaatssachverhalten einen weitgehend ähnlichen Schutz wie innerhalb des Binnenmarktes offeriert, wäre zu bedenken, dass die inhaltsgleiche Ausdehnung einer grundsätzlich auf den Binnenmarkt ausgerichteten Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaaten *prima vista* ein breites „Einfallstor“ bieten würde, das nicht nur den „klassischen“ Kapitalverkehr, sondern zB auch die Niederlassungsvorgänge der Errichtung von Tochtergesellschaften und Betriebsstätten umfassen würde⁷⁴⁾. In diesem Sinne geht auch die hA davon aus, dass sich diesfalls die grundsätzlich parallele Anwendbarkeit von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit in Ermangelung der tatbestandlichen Eröffnung der Niederlassungsfreiheit im Fall von Drittstaatssachverhalten in eine ausschließliche Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit wandelt⁷⁵⁾.

– Wenngleich demnach die Errichtung einer Tochtergesellschaft gleichermaßen und parallel von der gemeinschaftsbeschränkten Niederlassungsfreiheit und der weltweit anwendbaren Kapitalverkehrsfreiheit erfasst wäre, zeigt sich doch wegen Art 58 Abs 2 EG, wonach die Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr „nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit diesem Vertrag vereinbar sind“, berühren, dass der territorial eingeschränkte Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit wohl nicht über die „Hintertür“ durch eine Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet werden kann⁷⁶⁾. Es könnte daher aus Art 58 Abs 2 EG gefolgert werden, dass die grundsätzlich weltweit anwendbare Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 EG nicht als Einfallstor dient, gestützt auf die Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr bestimmte, nach dem Gemeinschaftsrecht zulässige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zu unterwandern⁷⁷⁾. Da also beispielsweise die Errichtung von Betriebsstätten und Tochtergesellschaften sowohl einen Niederlassungs- wie auch einen Kapitalverkehrsvorgang darstellt, scheidet diesfalls womöglich wegen Art 58 Abs 2 EG eine Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit bei Drittstaatssachverhalten aus⁷⁸⁾. Es spricht somit Einiges dafür, dass die Einbeziehung von Drittstaaten-Tochtergesellschaften in das österreichische Gruppenbesteuerungsregime nach § 9 Abs 2 iVm Abs 6 KStG insofern über die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen hinausgeht.

68) EuGH 23. 9. 2003, C-452/01, Slg 2003, 9743, *Ospelt*.

69) In diesem Sinne wohl auch die hA; siehe jüngst auch zB VwGH 28. 1. 2005, 2004/15/0105, *ecolex* 2005/253 m Anm *Plansky*; dazu bereits *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 (225 ff); *Staringer* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 9 (11 ff); weiters etwa *Beiser*, GesRZ 2003, 187 (187 ff); *Schnitger*, IStR 2005, 493 (493); aus der deutschen Rechtsprechung etwa FG Baden-Württemberg 14. 10. 2004, 3 K 62/99, IStR 2005, 275. Nicht eindeutig aber die Schlussanträge GA *Léger* 30. 6. 2005, C-513/03, *van Hilten-van der Heijden* – Tz 61 ff.

70) Das Argument der Weiterentwicklung des weltweiten Kapitalverkehrs und der daraus entstehenden Wohlfahrtsgewinne (dazu *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit [2002] Art 56 Rz 4) kann für das Steuerrecht wohl nur bedingt gelten; siehe dazu auch die Nachweise bei *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 (226 m FN 11).

71) Dazu *Schön* in *Gockel/Goschl/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (503 ff); *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 (228); *Schnitger*, IStR 2005, 493 (493 ff); siehe auch Schlussanträge GA *Kokott* 18. 3. 2004, C-319/02, Slg 2004, I-7477, *Manninen* – Tz 79: „Der von Artikel 56 Absatz 1 EG umfasste Grundsatz des freien Kapitalverkehrs im Verhältnis zu Drittstaaten gebietet jedoch nicht zwingend, dass die in Drittstaaten errichtete Körperschaftsteuer in derselben Weise anzurechnen ist wie bei innergemeinschaftlichen Sachverhalten. Vielmehr gilt auch hier, dass eine Gleichbehandlung nur geboten ist, soweit die Situationen vergleichbar sind“.

72) Gerade dafür sprechen überzeugende Argumente; siehe *Stahl*, EC Tax Rev. 2004, 47 (51 ff); *D. Aigner/G. Kofler*, 36 Tax Notes Int'l 477 (477 ff) (Nov. 1, 2004); *Schön* in *Gockel/Goschl/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (513 ff); *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 (228 ff); *G. Kofler/Toifl*, ET 2005, 232 (239 ff mwN); *Schnitger*, IStR 2005, 493 (494 ff); *Staringer* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 9 (20 ff); siehe auch *Peters/Gooijer*, ET 2005, 475 (479 ff); *G. Kofler*, ÖStZ 2004/757, 343 (349 ff).

73) Dazu etwa *G. Kofler/Toifl*, ET 2005, 232 (239 ff mwN).

74) Siehe den Anhang I zur Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl L 178/1 ff (8. 7. 1988). Die hA geht hier davon aus, dass die in Anhang I der RL enthaltene Nomenklatur den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit indiziert (siehe zB EuGH 16. 3. 1999, C-222/97, Slg 1999, I-1661, *Trummer und Mayer* – Tz 21; EuGH 11. 1. 2001, C-464/98, Slg 2001, I-173, *Stefan* – Tz 5; weiters EFTA-Gerichtshof 14. 7. 2000, E-1/00, *Íslandsbanki* – Tz 14 ff); siehe zu dieser Problematik auch *Stahl*, EC Tax Rev. 2004, 47 (48 ff).

75) So zB aus dem jüngeren Schrifttum *Prinz/Cordewener*, *Unterkapitalisierungsregelung des § 8a Abs 1 Nr. 2 KStG verstößt gegen Europarecht*, GmbHR 2003, 80 (83); *Schön* in *Gockel/Goschl/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (500 ff); *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 (227 mwN in FN 17); *Schnitger*, IStR 2005, 493 (503); *Staringer* in *Lang/*

5. Ausblick

a. Die Argumentation des *Marks & Spencer*-Urteils scheint in weiten Teilen auch auf andere mitgliedstaatliche Gruppenbesteuerungs- und Organschaftssysteme übertragbar und wird zu entsprechenden Anpassungen führen müssen⁷⁹⁾, wenngleich der

Schuch/Staringer (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 9 (18).

76) AA FG Düsseldorf 14. 9. 2004, 6 K 3796/01 K,F, betreffend die Hereinnahme von US-Betriebsstättenverlusten; das FG hat eine tatbestandliche Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit aufgrund der mangelnden Verlusthereinrechnung bejaht, sodann aber die Stand-Still-Klausel des Art 57 Abs 1 EG als einschlägig betrachtet und eventualiter eine Rechtfertigung nach Art 58 Abs 1 lit a EG angenommen.

77) Ebenso Schlussanträge GA *Kokott* 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich* – Tz 71 m FN 58.

78) In diesem Sinne auch *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (2002) Art 56 Rz 130; aA aber für den Bereich des Steuerrechts, in dem der Gesetzgeber typischerweise keine spezifischen Regelungsziele gegenüber Drittstaaten durchsetzen will, etwa *Schön* in *Gockel/Goschl/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (501); siehe auch *Staringer* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 9 (18). Zuzugestehen ist freilich, dass das hier angedachte Verständnis des Art 58 Abs 2 EG eine teleologische Reduktion des Begriffs der „Direktinvestition“ in der Stillstandsklausel des Art 57 Abs 1 EG gegenüber jenem der KapitalverkehrsRL (Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl L 178/5 ff [8. 7. 1988]) erfordert: Nach der KapitalverkehrsRL ist nämlich „die Direktinvestition durch die Möglichkeit gekennzeichnet, sich tatsächlich an der Verwaltung einer Gesellschaft und an deren Kontrolle zu beteiligen“ (siehe zB EuGH 4. 6. 2002, C-367/98, Slg 2002, I-4731, *Kommission/Portugal* – Tz 38) und überlappt damit regelmäßig mit einem Niederlassungsvorgang; daraus würde freilich folgen, dass eine Übertragung dieses Begriffsinhaltes auf Art 57 Abs 1 EG zur Folge hätte, dass solche „Direktinvestitionen“ in und aus Drittstaaten von der *Grandfather Clause* erfasst und im Umkehrschluss rechtfertigungsbedürftig wären, sofern sie nicht bereits zum 31. 12. 1993 bestanden haben. Allerdings zieht zB *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (2002) Art 56 Rz 130, die Wertung des Art 57 Abs 1 EG sogar als zusätzliches Argument für die Aktivierung des Art 58 Abs 2 EG heran.

79) Zu den möglichen Auswirkungen auf die deutsche Organschaft die Überlegungen bei *Dörr*, IStR 2004, 265 ff; *Herzig/Wagner*, DB 2005, 1 ff; *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (310 ff); *Balmes/Brück/Ribbrock*, BB 2005, 966 ff; *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 (315 ff); *Thömmes*, IWB 24/2005, Fach 11a, 933 (940); *Englisch*, IStR 2006, 19

Verzicht des EuGH auf eine sofortige – und „rückwirkende“⁸⁰ – Verlustereinnahmeverpflichtung vermutlich auch deshalb ein Aufatmen der nationalen Fisci zur Folge hatte, weil den Steuerpflichtigen diesbezüglich eine weitreichende Nachweispflicht aufgetragen wurde⁸¹. Aus dem *Marks & Spencer*-Urteil wird man überdies auch wertvolle Auslegungshinweise zum parallel gelagerten Fall der „befreiten“ Betriebsstättenverluste und der diesbezüglichen Diskussion in Deutschland gewinnen können⁸².

b. Für Österreich ist mit *Marks & Spencer* allerdings die Situation eingetreten, dass im Rahmen des bei der Gruppenbesteuerung gewählten „österreichischen Mittelweges“ das Gemeinschaftsrecht sowohl über- wie auch untererfüllt wurde: So ist zwar einerseits die sofortige Verlustereinnahme (§ 9 Abs 6 Z 6 KStG) offensichtlich gemeinschaftsrechtlich nicht notwendig, doch stoßen andererseits nach *Marks & Spencer* sowohl die

Beschränkung auf eine Auslandsebene (§ 9 Abs 2 KStG) als auch die Nachversteuerung im Fall des Ausscheidens bzw der Liquidation oder Insolvenz der ausländischen Beteiligungskörperschaft (§ 9 Abs 6 Z 6 KStG) auf erhebliche grundfreiheitsrechtliche Bedenken, sofern im Ausland keine Verlustverwertungsmöglichkeit mehr besteht.

c. Aus integrationspolitischer Sicht bleibt schließlich zu bemerken, dass der Gerichtshof in jüngerer Zeit und vor allem auch im *Marks & Spencer*-Urteil zunehmend die Leistungsgrenzen der Grundfreiheiten aufzeigt: Wohl im Hinblick auf die im Vorfeld gegen die Gefahr einer doppelten Verlustverwertung geltend gemachten Argumente, dass eine solche auch weniger restriktiv durch eine sofortige Verlustberücksichtigung samt allfälliger Nachversteuerung vermieden werden könnte (so zB in § 9 Abs 6 Z 6 KStG), führt der EuGH in *Marks & Spencer* nämlich aus, dass „soweit es andere, weniger belastende Maßnahmen geben sollte, solche Maßnahmen jedenfalls einer vom Gemeinschaftsgesetzgeber zu erlassenden Harmonisierungsregelung“ bedürfen und damit nicht durch die Auslegung der Grundfreiheiten herbeigeführt werden können⁸³. Dieser Hinweis des Gerichtshofes ist wohl vor dem Hintergrund des gescheiterten Vorschlags einer Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verlustverwertung⁸⁴ zu sehen und gibt damit möglicherweise zugleich den Hinweis, dass dieser über die durch *Marks & Spencer* geschaffenen Anforderungen hinausgehende Richtlinienvorschlag ein weitgehend taugliches Instrument zur primärrechtskonformen Verlustverrechnung in der Gemeinschaft wäre⁸⁵. Dem Vernehmen nach bereitet die Kommission derzeit bereits eine Empfehlung betreffend die Berücksichtigung ausländischer Unternehmensverluste vor⁸⁶, wobei allerdings das *Marks & Spencer*-Urteil hier den Harmonisierungsdruck von den Mitgliedstaaten genommen hat und daher abzuwarten bleibt, ob diese gewillt sein werden, weitere Zugeständnisse zu machen⁸⁷.

(23). Siehe aber auch *Lang*, SWI 2006, 3 (11) und ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 2.2.], der zukünftig bei anderen mitgliedstaatlichen Systemen eine horizontale Vergleichspaarbildung mit dem Betriebsstättenfall (siehe oben 3.a.) und damit einer weitergehende Verlustereinnahmeverpflichtung nicht ausschließen möchte.

80) Siehe zu den zeitlichen Aspekten etwa *Lindemann/Hackemann*, Die Rückwirkung von EuGH-Urteilen unter besonderer Berücksichtigung des „Marks & Spencer“-Falls, IStR 2005, 786 ff; der EuGH hat allerdings einen von Deutschland gestellten Antrag (siehe *Scheunemann*, IStR 2005, 303 [311]) auf Einschränkung der zeitlichen Wirkungen des Urteils in *Marks & Spencer* nicht einmal erwähnt.

81) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 56: „Sofern die gebietsansässige Muttergesellschaft gegenüber den Steuerbehörden nachweist, dass diese Voraussetzungen [jene der Verlustberücksichtigungspflicht, Anm] erfüllt sind, verstößt es gegen die Artikel 43 EG und 48 EG, wenn es ihr verwehrt wird, von ihrem steuerpflichtigen Gewinn die Verluste ihrer gebietsfremden Tochtergesellschaft abzuziehen“. Siehe dazu, zu den damit verbundenen Problemen (etwa beim Mantelkaufatbestand nach § 8 Abs 4 Z 2 KStG) und dem fragwürdigen Verhältnis dieser Beweislastverteilung zur AmtshilfeRL *Lang*, SWI 2006, 3 (9 ff), und ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 4.6.].

82) Diese Frage ist in Österreich wegen § 2 Abs 8 EStG mittlerweile weniger bedeutsam, könnte aber womöglich Einfluss auf die beim EuGH anhängige Rechtssache C-152/03, *Ritter-Coulais* (vorgelegt vom BFH 13. 11. 2002, I R 13/02, BFHE 201, 73, BStBl 2003 II 795) haben; siehe auch bereits die – die Abkommensproblematik allerdings verkennenden – Schlussanträge GA Léger 1. 3. 2005, C-152/03, *Ritter-Coulais*, und dazu etwa *Eicker*, Ritter: Einkommensteuerrechtliche Berücksichtigung von im EU-Ausland entstandenen negativen Einkünften, IStR 2005, 237 (238 ff). In anderen Staaten fehlt es bereits deshalb an einem vergleichbaren Diskussionsstoff, weil entweder aufgrund der Anrechnungsmethode das Problem nicht auftritt oder teilweise frühzeitig auf eine „symmetrische“ Anwendung der Freistellungsmethode verzichtet wurde; zur Möglichkeit der Verlustereinnahme im Betriebsstättenfall in anderen Rechtsordnungen siehe etwa *Bendlinger*, Die Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Betriebsstätten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, SWI 1994, 221 (223 ff); *Vogel*, Das oberste österreichische Steuergericht erklärt Verluste bei DBA-Freistellung für abzugsfähig, IStR 2002, 91 (91 mwN); *Vogel* in *Vogel/Lehner*, DBA⁴ (2003) Art 23 Rz 49; weiters auch *Trenkwalder/Firlinger*, Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste im Lichte des VwGH-Erkenntnisses vom 25. 9. 2001, ÖStZ 2001/1036, 550 (551).

83) EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer* – Tz 58.

84) Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Regelung für Unternehmen zur Berücksichtigung der Verluste ihrer in anderen Mitgliedstaaten belegenen Betriebsstätten und Tochtergesellschaften (KOM(90)595 endg), ABl C 53/30 ff (28. 2. 1991), zurückgezogen am 11. 12. 2001 (ABl C 5/20 [9. 1. 2004]).

85) In diese Richtung auch die Überlegung der CFE, ET 2005, 507 (507), vor Ergehen des *Marks & Spencer*-Urteils. Zutreffend weist *Lang* (SWI 2006, 3 [11]), und ET 2/2006 [in Druck – Kapitel 4.8.] darauf hin, dass „auch der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten nicht im Wege von Richtlinien ermächtigen [kann], 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“; siehe auch *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 (303), und die dortige Kritik an Art 10 des VerlustRL-Vorschlages.

86) Vgl IStR-Länderbericht zu Heft 13/2005, 1, sowie oben FN 46.

87) Siehe auch *Thömmes*, IWB 24/2005, Fach 11a, 933 (940).



Der Autor:

DDr. Georg Kofler, LL.M. (NYU), ist Universitätsassistent an der Abteilung für Steuerrecht der Johannes Kepler Universität Linz und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Fragen des Internationalen und Europäischen Steuerrechts.

Publikationen des Autors:

Regelmäßige Besprechung der EuGH-Rechtsprechung zu den direkten Steuern für die ÖStZ.