

FESTSCHRIFT FÜR  
JÜRGEN LÜDICKE

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dietmar Gosch

Dr. Arne Schnitger, LL.M.

Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Schön

2019

*Dieser Sonderdruck ist im  
Buchhandel nicht erhältlich*



GEORG KOFLER

## Grenzüberschreitende Verlustverwertung im Quellenstaat: Stellt *Sofina* die beschränkte Steuerpflicht auf den Kopf?

Die Systematik der beschränkten Einkommen- und Körperschaftsteuerpflicht war *Jürgen Lüdicke* stets ein besonderes Anliegen und bereits zu Beginn der 1990er Jahre – und damit einige Zeit etwa vor dem wegweisenden Schumacker-Urteil<sup>1</sup> des EuGH – hat er sich auch mit der „Vereinbarkeit der Regelungen über die beschränkte Steuerpflicht mit EG-Recht“ befasst.<sup>2</sup> Seither wurden Eckpfeiler der nationalen Vorschriften über die beschränkte Steuerpflicht nach und nach durch das Unionsrecht modifiziert, versetzt oder neu errichtet. Vieles wirkt in der Retrospektive unausweichlich. Vielleicht wird man in ein paar Jahren ähnlich über die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Sofina*<sup>3</sup> denken, mit der dem – auch unionsrechtlich etablierten – Territorialitätsprinzip unlängst der Boden unter den Füßen weggezogen wurde, vielleicht war es aber auch bloß ein isolierter „Ausrutscher“ des EuGH.

### I. Einleitung

Die vom EuGH etwa in *Marks & Spencer*,<sup>4</sup> *Lidl Belgium*,<sup>5</sup> *Timac Agro*<sup>6</sup> und *Bevola*<sup>7</sup> geprägte Grundfreiheitsdimension grenzüberschreitender Verluste bezog sich grundlegend auf die Perspektive und Verpflichtungen des Ansässigkeitsstaates. Stets ging es um die Frage, inwieweit jener ein für innerstaatliche Situationen vorgesehenes Verlustverwertungsregime auch auf ausländische Verluste (etwa jene in abkommensbefreiten Auslandsbetriebsstätten oder ausländischen Tochtergesellschaften) zur Anwendung zu bringen hat.<sup>8</sup> Weitgehend ausgeblendet blieb hingegen bislang die umgekehrte, nicht weniger spannende Frage, ob und inwieweit es die Grundfreiheiten womöglich gebieten, dass der Quellenstaat die Hereinverwertung von im Ansässigkeitsstaat erwirtschafteten Verlusten hinnehmen muss. Mit

---

<sup>1</sup> EuGH 14.2.1995 – C-279/93, EU:C:1995:31 – Schumacker.

<sup>2</sup> In Lademann/*Lüdicke* EStG § 49 Rn. 75 ff. (93. Nachtrag, Sept. 1991).

<sup>3</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 – *Sofina*.

<sup>4</sup> EuGH 13.12.2005 – C-446/03, EU:C:2005:763 – *Marks & Spencer*.

<sup>5</sup> EuGH 15.5.2008 – C-414/06, EU:C:2008:278 – *Lidl Belgium*.

<sup>6</sup> EuGH 17.12.2015 – C-388/14, EU:C:2015:829 – *Timac Agro*.

<sup>7</sup> EuGH 12.6.2018 – C-650/16, EU:C:2018:424 – *Bevola*.

<sup>8</sup> Siehe dazu und zum Konzept der „definitiven“ („finalen“) Verluste etwa *CFE ECJ Task Force* ET 2016, 87 (87–93) (zu C-172/13, *Kommission v. Vereinigtes Königreich*); *CFE ECJ Task Force* ET 2019, 113 (113–119) (zu C-650/16, *Bevola*).

anderen Worten: Gebieten es die Grundfreiheiten, dass der Quellenstaat seinen territorialen Besteuerungsanspruch auf Dividenden, Zinsen, Mieteinkünfte, betriebsstättenbezogene Unternehmensgewinne etc. deshalb teilweise mindern oder gänzlich aufgeben muss, weil für Ansässige des Quellenstaates ein Verlustausgleich vorgesehen ist und der nichtansässige Steuerpflichtige in seinem Ansässigkeitsstaat Verluste erzielt hat, auch wenn diese nichts mit den fraglichen Quelleneinkünften zu tun haben?

Im Grunde ist man umgehend geneigt, unter Verweis auf das bereits 1997 ergangene Urteil in Futura<sup>9</sup> die Frage angesichts des „steuerlichen Territorialitätsprinzips“ als negativ beantwortet zu betrachten:<sup>10</sup> Während Ansässige der weltweiten Besteuerung unterlagen, sah das luxemburgische Recht in Futura vor, dass Nichtansässige nur mit ihren inländischen Betriebsätteneinkünften steuerpflichtig waren, umgekehrt aber auch nur Verluste aus luxemburgischen Aktivitäten ausgleichen oder vortragen konnten. „Diese Regelung“, so der EuGH, „die dem steuerlichen Territorialitätsprinzip entspricht, enthält weder eine offene noch eine verdeckte Diskriminierung, wie sie der EG-Vertrag verbietet.“<sup>11</sup> Dieses Prinzip wurde nachfolgend mehrfach bestätigt, etwa in Marks & Spencer<sup>12</sup> und Centro Equestre:

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs steht eine Steuerregelung, wonach für die Berechnung der Bemessungsgrundlage der in einem bestimmten Mitgliedstaat gebietsfremden Steuerpflichtigen nur die Gewinne und Verluste berücksichtigt werden, die aus deren Tätigkeiten in diesem Staat stammen, mit dem im internationalen Steuerrecht verankerten Territorialitätsprinzip, das vom Gemeinschaftsrecht anerkannt wird, in Einklang [...]“<sup>13</sup>

Allerdings hat der EuGH bei den grundfreiheitsrechtlichen Anforderungen an die Besteuerung natürlicher Personen im Quellenstaat bereits Abstriche vom Territorialitätsprinzip vorgenommen: Auf Basis der Schumacker-Doktrin<sup>14</sup> befand der EuGH in Lakebrink,<sup>15</sup> Renneberg<sup>16</sup> und X,<sup>17</sup> dass der Quellenstaat ausländische Verluste sowohl im Rahmen der Bemessungsgrundlage als auch auf Ebene der (negativen) Progressivität des Steuersatzes berücksichtigen muss, sofern der Ansässigkeitsstaat des

<sup>9</sup> EuGH 15. 5. 1997 – C-250/95, EU:C:1997:239 – Futura Participations.

<sup>10</sup> Für eine umfassende Analyse dieses Prinzips siehe z. B. Schön BIT 2015, 271 (271–293).

<sup>11</sup> EuGH 15. 5. 1997 – C-250/95, EU:C:1997:239 Rn. 22 – Futura Participations; siehe auch die instruktive Untersuchung von Monsenego Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market (IBFD, 2012), Chapter 5.

<sup>12</sup> EuGH 13. 12. 2005 – C-446/03, EU:C:2005:763 Rn. 39 – Marks & Spencer (wonach es „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 [...]“).

<sup>13</sup> EuGH 15. 2. 2007 – C-345/04, EU:C:2007:96 Rn. 22 – Centro Equestre.

<sup>14</sup> EuGH 14. 2. 1995 – C-279/93, EU:C:1995:31 – Schumacker.

<sup>15</sup> EuGH 18. 7. 2007 – C-182/06, EU:C:2007:452 – Lakebrink.

<sup>16</sup> EuGH 16. 10. 2008 – C-527/06, EU:C:2008:566 – Renneberg.

<sup>17</sup> EuGH 9. 2. 2017 – C-283/15, EU:C:2017:102 – X; dazu etwa CFE ECJ Task Force ET 2018, 163 (163–169).

Steuerpflichtigen diesen Vorteil nicht gewähren kann. Die Reichweite dieser Rechtsprechung ist nicht gänzlich klar, dürfte sich aber – wie auch die anderen Aspekte der Schumacker-Judikatur – auf die bloß ausnahmsweise Vergleichbarkeit von Nichtansässigen und Ansässigen im Hinblick auf die subjektive („persönliche“) Leistungsfähigkeit natürlicher Personen beziehen; dies zeigen insbesondere die „Anwendungsfälle“ im Hinblick auf das Ehegattensplitting (Schumacker, Gschwind, Zurstrassen),<sup>18</sup> den Steuersatz für Pensionseinkommen (Turpeinen),<sup>19</sup> den tariflichen Grundfreibetrag (Wallentin, Gerritse),<sup>20</sup> Steuerfreibeträge (D)<sup>21</sup> und Kinderlasten (Imfeld & Garcet).<sup>22</sup> Soweit der EuGH diese Überlegungen aber auch auf Verluste und die Rechtsfolgen der negativen Progressivität (Lakebrink)<sup>23</sup> oder der Minderung der Bemessungsgrundlage (Renneberg, X)<sup>24</sup> anwendet, ist dies aus der Perspektive des Territorialitätsprinzips durchaus auf Kritik gestoßen.<sup>25</sup> Zudem bezogen sich die genannten Urteile stets auf negative Mieteinkünfte aus selbstgenutzten Eigenheimen, also imputierte Verluste und damit inhärent persönliche Steuervorteile. Allerdings scheint der Gerichtshof seine Judikatur der Sache nach über personen- und familienbezogene Umstände hinaus auch auf „echte“ Verluste (etwa aus unternehmerischen Tätigkeiten) übertragen zu wollen, wenn der Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen nicht in der Lage ist, diese im fraglichen Steuerjahr zu berücksichtigen.<sup>26</sup> Bei genauerer Betrachtung bedeutet dies freilich, dass ein Verlust im Ansässigkeitsstaat stets dessen Berücksichtigung im Quellenstaat erfordert<sup>27</sup> (und solcherart natürlich das Recht des Quellenstaates zur Schaffung eines Nachversteuerungsmechanismus für den Fall der Rückkehr in die „Gewinnzone“ in zukünftigen Steuerjahren herausfordert),<sup>28</sup> wäh-

<sup>18</sup> EuGH 14.2.1995 – C-279/93, EU:C:1995:31 – Schumacker; EuGH 14.9.1999 – C-391/97, EU:C:1999:409 – Gschwind; EuGH 16.5.2000 – C-87/99, EU:C:2000:251 – Zurstrassen; siehe auch EuGH 25.1.2007 – C-329/05, EU:C:2007:57 – Meindl.

<sup>19</sup> EuGH 9.11.2006 – C-520/04, EU:C:2006:703 – Turpeinen.

<sup>20</sup> EuGH 1.7.2014 – C-169/03, EU:C:2004:403 – Wallentin; siehe auch EuGH 12.6.2003 – C-234/01, EU:C:2003:340 – Gerritse.

<sup>21</sup> EuGH 5.7.2005 – C-376/03, EU:C:2005:424 Rn. 24ff. – D.

<sup>22</sup> EuGH 12.12.2013 – C-303/12, EU:C:2013:822 – Imfeld und Garcet.

<sup>23</sup> EuGH 18.7.2007 – C-182/06, EU:C:2007:452 – Lakebrink.

<sup>24</sup> EuGH 16.10.2008 – C-527/06, EU:C:2008:566 – Renneberg; EuGH 9.2.2017 – C-283/15, EU:C:2017:102 – X; siehe z. B. auch *Bammens* The Principle of Non-Discrimination in International and European Tax Law (IBFD, 2012), Chapters 14.2.1.2.2. und 14.2.1.2.3.

<sup>25</sup> Siehe z. B. Wattel/Marres/Vermeulen/Wattel European Tax Law, Band 1, 103–107; Wattel/Marres/Vermeulen/Wattel/Dourado European Tax Law, Band 1, 787f.; ferner z. B. *Meussen* ET 2009, 185 (185–188); für eine kritische Analyse der zugrundeliegenden Entscheidung des niederländischen Höchstgerichts siehe *Pötgens/Geursen* ET 2007, 499 (499–507).

<sup>26</sup> Siehe z. B. EuGH 18.7.2007 – C-182/06, EU:C:2007:452 Rn. 34 – Lakebrink und ferner etwa SA GA *Mengozzi* 29.3.2007 – C-182/06, EU:C:2007:203 Rn. 35f. – Lakebrink (zur Anwendung der Schumacker-Logik „nicht nur in Bezug auf die Gewährung steuerlicher Vergünstigungen, die im Zusammenhang mit seiner *persönlichen Lage und seinem Familienstand* stehen, sondern auch im Hinblick auf sämtliche Gesichtspunkte seiner gesamten Steuerkraft, die bei der Zubilligung steuerlicher Erleichterungen an den Gebietsansässigen von Belang sind, gleichzustellen“).

<sup>27</sup> Wattel/Marres/Vermeulen/Wattel/Dourado European Tax Law, Band 1, 788 (aus der Rechtsprechung folgernd „that a home State income deficit of an individual will *always* be transferred to the job State because, by definition, that home State deficit brings him in a Schumacker position“).

<sup>28</sup> Dazu etwa *Aigner/Kofler* GedS Quantschnigg, 2010, 17 (25–27).

rend der EuGH erstaunlicherweise im umgekehrten Fall wesentlich stärker auf die Interessen des Ansässigkeitsstaates Rücksicht nimmt.<sup>29</sup>

Dennoch ist mit der Rechtsprechung eine notwendige Linie zu den einkommensbezogenen Aufwendungen („mit den Einkünften einer beschränkt steuerpflichtigen Person unmittelbar zusammenhängenden Ausgaben“<sup>30</sup>) zu ziehen: Ist nämlich wie etwa in *Gerritse*<sup>31</sup> and *Scorpio*<sup>32</sup> die objektive Leistungsfähigkeit betroffen, steht die grundfreiheitsrelevante Vergleichbarkeit der Situationen dann zweifelsfrei fest, wenn der Quellenstaat seine Steuerhoheit über die entsprechenden Einnahmen ausübt. In der Tat würde hier die Anwendung von *Schumacker* zu einer weitreichenden Versagung der Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben oder Werbungskosten im Quellenstaat in Abhängigkeit von der faktischen Berücksichtigungsfähigkeit im Ansässigkeitsstaat führen – eine Position, die bislang vom EuGH deutlich abgelehnt wurde.<sup>33</sup> Vielmehr ist „eine beschränkt steuerpflichtige Person bei Ausgaben wie den mit einer Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat zusammenhängenden Betriebsausgaben genauso wie eine unbeschränkt steuerpflichtige Person zu behandeln“.<sup>34</sup> Vor diesem Hintergrund war es bis vor kurzem auch – expliziter<sup>35</sup> und impliziter – Konsens, dass *Lakebrink*, *Renneberg* und *X* zumindest für Körperschaften nicht zur Anwendung kommen, zumal deren Besteuerung definitionsgemäß keine Fragen der subjektiven Leistungsfähigkeit aufwirft. In diesem Sinne fand *Futura* deutliche Bestätigung in *Centro Equestre*, das eine portugiesische Körperschaft betraf und wo der EuGH aus grundfreiheitsrechtlicher Sicht keinen Zweifel daran ließ, dass der Quellenstaat die nicht mit seinen Quellen im Zusammenhang stehenden Aufwendungen auch nicht zum Abzug von der Bemessungsgrundlage zulassen muss.<sup>36</sup> Da aber Verluste daraus resultieren, dass die Aufwendungen die Einnahmen übersteigen, ergibt sich aus *Centro Equestre* jedenfalls für Körperschaften klar ein territorialer Ansatz sowohl im Hinblick auf Einnahmen als auch auf Kosten. Allerdings scheint der EuGH davon im Jahr 2018 im Urteil in *Sofina* abgewichen zu sein, ohne aber überzeugend darzulegen, warum Verluste im

---

<sup>29</sup> Für eine Diskussion des Konzepts der „definitiven“ („finalen“) Verluste siehe etwa *CFE ECJ Task Force* ET 2016, 87 (87–93) (zu C-172/13, Kommission v. Vereinigtes Königreich); *CFE ECJ Task Force* ET 2019, 113 (113–119) (zu C-650/16, Bevola). Für eine Analyse der unterschiedlichen Perspektiven des Ansässigkeits- und des Quellenstaates im Hinblick auf die Vermeidung der doppelten Verlustverwertung siehe z. B. *Monsenego* Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market (IBFD, 2012), Chapter 5.3.2.3.

<sup>30</sup> Siehe zum Begrifflichen etwa EuGH 6.7.2006 – C-346/04, EU:C:2006:445 Rn. 20 – *Conijn*.

<sup>31</sup> EuGH 12.6.2003 – C-234/01, EU:C:2003:340 – *Gerritse*.

<sup>32</sup> EuGH 3.10.2006 – C-290/04, EU:C:2006:630 – *Scorpio*.

<sup>33</sup> Siehe auch *Monsenego* Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market (IBFD, 2012), Chapter 5.3.2.3.

<sup>34</sup> EuGH 12.6.2003 – C-234/01, EU:C:2003:340 Rn. 27 – *Gerritse*; EuGH 6.7.2006 – C-346/04, EU:C:2006:445 Rn. 20 – *Conijn*.

<sup>35</sup> Siehe z. B. *Monsenego* Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market (IBFD, 2012), Chapter 5; *Wattel/Marres/Vermeulen/Wattel* European Tax Law, Band 1, 107; *Wattel/Marres/Vermeulen/Wattel/Dourado* European Tax Law, Band 1, 787f.

<sup>36</sup> EuGH 15.2.2007 – C-345/04, EU:C:2007:96 Rn. 22–27 – *Centro Equestre*; siehe z. B. auch *Schön* BIT 2015, 271 (286).

Ansässigkeitsstaat das Recht eines Quellenstaates beeinträchtigen sollten, Dividenden aus seinen Quellen territorial zu erfassen.<sup>37</sup> *Quelle surprise!*

## II. Dividendenbesteuerung, Territorialität und Sofina

### 1. Ausgangslage: Quellenbesteuerung von Dividenden im Lichte der Grundfreiheiten

Auf den ersten Blick scheint Sofina bloß ein weiterer Fall zur Besteuerung von „Hinausschüttungen“ („abfließenden Dividenden“ bzw. „outgoing dividends“<sup>38</sup>) zu sein, der sich in die lange Reihe von Entscheidungen wie etwa Denkavit Internationalaal,<sup>39</sup> Amurta,<sup>40</sup> Kommission v. Deutschland<sup>41</sup> und Miljoen<sup>42</sup> einordnen lässt. Diese Entscheidungen haben geklärt, dass die Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit den Quellenstaat bei Ausübung seiner Besteuerungshoheit verpflichtet, „abfließende Dividenden“ sowohl hinsichtlich der Bemessungsgrundlage als auch hinsichtlich des Steuersatzes nicht schlechter als rein innerstaatliche Ausschüttungen zu behandeln. Sofina geht über diese etablierte Judikatur allerdings weit hinaus und stellt wohl einen Todesstoß für das Territorialitätsprinzip dar und könnte sogar eine Revolution für die Grundfreiheitskonformität der Quellenbesteuerung einläuten. Zunächst erscheint es aber sinnvoll, kurz (und stark vereinfachend) die Judikatur zur Quellenbesteuerung von Dividenden im Binnenmarkt zu rekapitulieren:

Erstens kann ein auf grenzüberschreitende Einkünfte beschränkter Erhebungsmechanismus in Form einer Abzugs- bzw. Quellenbesteuerung zu einer Reihe von Nachteilen führen, die idealtypisch in zwei Kategorien eingeteilt werden können, nämlich eine frühere und andere Besteuerung einerseits (zum Zeitpunkt der Zahlung in Form eines Abzugs durch einen Abzugsverpflichteten im Vergleich zur nachgelagerten Veranlagung und allfälligen Vorauszahlungen) und eine höhere Besteuerung andererseits (auf Basis einer Brutto- statt einer Nettobemessungsgrundlage, sofern letztere für innerstaatliche Fälle vorgesehen ist). Die frühere Besteuerung kann zu einem Liquiditätsnachteil führen (im Vergleich zur normalen Veranlagung zum Jahresende unter Berücksichtigung allfälliger Vorauszahlungen) und das Quellenbesteuerungsverfahren kann auch eine Reihe administrativer Bürden beinhalten (z. B. die Haftung des Abzugsverpflichteten). Allerdings haben Scorpio,<sup>43</sup> X<sup>44</sup> und Brisal<sup>45</sup> gezeigt, dass diese Effekte weitgehend durch die Notwendigkeit der effektiven Steuererhebung gerechtfertigt werden können, und zwar selbst im zeitlichen

<sup>37</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 – Sofina.

<sup>38</sup> Siehe SA GA *Wathelet* 7.8.2018 – C-575/17, EU:C:2015:571 Rn. 23 – Sofina.

<sup>39</sup> EuGH 14.12.2006 – C-170/05, EU:C:2006:783 – Denkavit Internationalaal.

<sup>40</sup> EuGH 8.11.2007 – C-379/05, EU:C:2007:655 – Amurta.

<sup>41</sup> EuGH 20.10.2011 – C-284/09, EU:C:2011:670 – Kommission v. Deutschland.

<sup>42</sup> EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 – Miljoen.

<sup>43</sup> EuGH 3.10.2006 – C-290/04, EU:C:2006:630 Rn. 35 und 36 – Scorpio.

<sup>44</sup> EuGH 18.10.2012 – C-498/10, EU:C:2012:635 Rn. 35ff. – X NV.

<sup>45</sup> EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 39ff. – Brisal.

und sachlichen Anwendungsbereich der BeitreibungsRL.<sup>46</sup> Ungeachtet einer möglichen breiteren Auslegung von Truck Center<sup>47</sup> ist dies aber keine *carte blanche* für die Mitgliedstaaten, Ansässige und Nichtansässige generell ungleich zu behandeln.<sup>48</sup> In der Tat hat etwa Brisal gezeigt, dass der Nachteil der Höherbesteuerung nicht schon deshalb grundfreiheitsrechtlich zulässig wäre, weil die Bruttobesteuerung ein Element eines nationalen Quellenbesteuerungssystems ist.<sup>49</sup> Dasselbe gilt im Lichte von Miljoen<sup>50</sup> und Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>51</sup> für jene Liquiditätsnachteile, die über die bloße Konsequenz der Quellenbesteuerung hinausgehen.<sup>52</sup> Zudem hat die Rechtsprechung gezeigt, dass die Beurteilung, ob ein Nachteil vorliegt, für jedes Steuerjahr eigenständig (und nicht für einen Mehrjahreszeitraum) zu erfolgen hat,<sup>53</sup> also

*„eine in einem Steuerjahr möglicherweise nachteilige Behandlung von Dividenden, die an gebietsfremde Pensionsfonds ausgeschüttet werden, nicht durch eine möglicherweise günstigere Behandlung dieser Dividenden in anderen Steuerjahren ausgeglichen werden kann.“*<sup>54</sup>

Zweitens hat eine Reihe von Entscheidungen des EuGH – von Gerritse<sup>55</sup> und Scorpio<sup>56</sup> zu Miljoen,<sup>57</sup> Brisal<sup>58</sup> und Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>59</sup> – gezeigt, dass Nichtansässige zum nichtdiskriminierenden Abzug von unmittelbar mit Quelleneinnahmen zusammenhängenden Aufwendungen berechtigt sind. Unklar sind

<sup>46</sup> RL 2010/24/EU vom 16.3.2010 über die Amtshilfe bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen, ABl. 2010 L 84/1.

<sup>47</sup> EuGH 22.12.2008 – C-282/07, EU:C:2008:762 – Truck Center.

<sup>48</sup> In der Tat ist das eher verwirrende Urteil in Truck Center vom EuGH mittlerweile vielfach abgegrenzt oder heruntergespielt worden; siehe z. B. EuGH 26.2.2019 – C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16, EU:C:2019:134 Rn. 163f. – N Luxembourg 1 et al.

<sup>49</sup> EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 40ff. – Brisal.

<sup>50</sup> EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 – Miljoen.

<sup>51</sup> EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 64–65 – Pensioenfonds Metaal en Techniek.

<sup>52</sup> Es verletzt demnach die fragliche Grundfreiheit, wenn ein Ansässiger beispielsweise für die ersten beiden Jahre von der Vorauszahlungspflicht befreit wird, „so dass die Gesellschaft, die die Zinsen erhält, erst erheblich später Steuern auf die Zinsen zahlen muss als Quellensteuer einzubehalten ist, wenn eine gebietsansässige Gesellschaft Zinsen an eine gebietsfremde Gesellschaft zahlt“ (EuGH 26.2.2019 – C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16, EU:C:2019:134 Rn. 165–166 – N Luxembourg 1 et al.).

<sup>53</sup> EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 51 – Miljoen; EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 41 – Pensioenfonds Metaal en Techniek; siehe ferner z. B. EuGH 26.2.2019 – C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16, EU:C:2019:134 Rn. 165 – N Luxembourg 1 et al.

<sup>54</sup> EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 39 – Pensioenfonds Metaal en Techniek.

<sup>55</sup> EuGH 12.6.2003 – C-234/01, EU:C:2003:340 Rn. 25–29 – Gerritse.

<sup>56</sup> EuGH 3.10.2006 – C-290/04, EU:C:2006:630 Rn. 41–49 – Scorpio.

<sup>57</sup> EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 55–61 – Miljoen (zu Kosten in unmittelbarem Zusammenhang mit Dividenden); siehe dazu auch *CFE ECJ Task Force* ET 2018, 255 (259).

<sup>58</sup> EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 23–54 – Brisal (zu Kosten in unmittelbarem Zusammenhang mit Zinseinnahmen); siehe dazu auch *CFE ECJ Task Force* ET 2017, 30 (32–34).

<sup>59</sup> EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 64–65 – Pensioenfonds Metaal en Techniek (zu Kosten in unmittelbarem Zusammenhang mit Dividenden).

hier lediglich die – wenngleich wichtigen – Nuancen, ob der Vergleich in der Diskriminierungsprüfung eine kombinierte Betrachtung von Bemessungsgrundlage und Steuersatz erfordert,<sup>60</sup> ob der Abzug bereits im Quellenbesteuerungsverfahren möglich sein muss<sup>61</sup> oder ob ein Rückerstattungsverfahren ausreichend ist,<sup>62</sup> und welche konkreten Aufwendungen „unmittelbar“ mit einer bestimmten Aktivität im Quellenstaat zusammenhängen.<sup>63</sup>

Drittens ist spätestens seit *Denkavit Internationaal*,<sup>64</sup> *Amurta*<sup>65</sup> und *Kommission v. Deutschland*<sup>66</sup> klar, dass ein Mitgliedstaat die Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit ungerechtfertigt beschränkt, wenn er für innerstaatliche Dividenden eine Begünstigung oder Befreiung vorsieht (etwa eine Beteiligungsertragsbefreiung), „abfließende Dividenden“ aber einer finalen (wenn auch abkommensrechtlich reduzierten) Quellenbesteuerung unterwirft. Diese Folgerung greift unabhängig davon, ob jener Mitgliedstaat auch für innerstaatliche Dividenden eine Quellensteuer vorgesehen hat, sofern diese nachfolgend dem (körperschaftlichen) Anteilseigner angerechnet oder erstattet wird.<sup>67</sup>

Schließlich und viertens ergibt sich aus *Denkavit Internationaal*,<sup>68</sup> *Amurta*<sup>69</sup> und *Miljoen*,<sup>70</sup> dass eine dem Grunde nach bestehende Diskriminierung des Quellenstaates dann „neutralisiert“ wird, wenn der Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen auf der Grundlage eines Doppelbesteuerungsabkommens die fragliche Quellensteuer zur Gänze anrechnet.<sup>71</sup> Dieses grundfreiheitsrechtliche „Ausgleichsventil“ beinhaltet freilich das faktische Element, dass Doppelbesteuerungsabkommen le-

<sup>60</sup> Siehe z. B. einerseits EuGH 19.11.2015 – C-632/13, EU:C:2015:765 Rn. 44 – *Hirvonen* und EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 61 – *Miljoen* (zur denkbaren Kompensation eines Unterschiedes in der Bemessungsgrundlage durch unterschiedliche Steuersätze) und andererseits EuGH 12.6.2003 – C-234/01, EU:C:2003:340 – *Geritse* (zur klaren Unterscheidung zwischen Bemessungsgrundlagendiskriminierung und Steuersatzvorteil) und EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 31–33 – *Brisal* (kategorisch darauf hinweisend, „dass eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht mit dem Umstand gerechtfertigt werden kann, dass gebietsfremde Finanzinstitute einem niedrigeren Steuersatz als gebietsansässige Finanzinstitute unterliegen“).

<sup>61</sup> Siehe EuGH 3.10.2006 – C-290/04, EU:C:2006:630 Rn. 41–49 – *Scorpio*.

<sup>62</sup> Siehe EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 42 – *Brisal*.

<sup>63</sup> Siehe z. B. die unterschiedlichen Zugänge des EuGH zu Finanzierungskosten im Hinblick auf dividendengenerierende Wertpapiere einerseits und zinsengenerierende Darlehen andererseits EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 60 – *Miljoen*, und EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 48 – *Brisal* und die Analyse in *CFE ECJ Task Force* ET 2017, 30 (33).

<sup>64</sup> EuGH 14.12.2006 – C-170/05, EU:C:2006:783 – *Denkavit Internationaal*.

<sup>65</sup> EuGH 8.11.2007 – C-379/05, EU:C:2007:655 – *Amurta*.

<sup>66</sup> EuGH 20.10.2011 – C-284/09, EU:C:2011:670 – *Kommission v. Deutschland*.

<sup>67</sup> Siehe z. B. EuGH 20.10.2011 – C-284/09, EU:C:2011:670 Rn. 26 – *Kommission v. Deutschland*; siehe z. B. auch EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 44ff. – *Miljoen*; SA GA *Wathelet* 7.8.2018 – C-575/17, EU:C:2015:571 Rn. 28–32 – *Sofina*.

<sup>68</sup> EuGH 14.12.2006 – C-170/05, EU:C:2006:783 – *Denkavit Internationaal*.

<sup>69</sup> EuGH 8.11.2007 – C-379/05, EU:C:2007:655 – *Amurta*.

<sup>70</sup> EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 75–89 – *Miljoen*.

<sup>71</sup> Siehe umfassend *Kofler BIT* 2011, 684 (684–690) und *CFE ECJ Task Force* ET 2018, 255 (259–261).



diglich eine „gewöhnliche“ Anrechnung vorsehen, die Anrechnung ausländischer Steuer also unter anderem mit dem Betrag der auf den Auslandseinkünften lastenden Steuern des Ansässigkeitsstaates beschränkt ist, was wiederum von einer Reihe faktischer Umstände abhängt (z. B. von allfälligen Verlusten des Steuerpflichtigen).<sup>72</sup>

Diese Entscheidungen und Ergebnisse stehen mit dem steuerlichen Territorialitätsprinzip á la Futura im Einklang und nehmen isoliert die Besteuerung in Quellenstaat bezogen auf die fraglichen Einkünfte in den Blick. Auch Denkavit International und Amurta haben sich mit der unterschiedlichen Besteuerung von innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Dividenden durch den Quellenstaat befasst, ohne für diese Analyse darauf abzustellen, ob die nichtansässige dividendenbeziehende Körperschaft in ihrem Ansässigkeitsstaat oder in einem dritten Staat noch andere positive Einkünfte, Verluste etc. erwirtschaftet hat (zumal dies erst auf Ebene der potenziellen „Neutralisierung“ durch abkommensrechtliche Anrechnung relevant werden könnte).

## 2. Relevanz von ausländischen Verlusten: Futura versus Sofina

Die im Jahr 2018 ergangene Entscheidung des EuGH in Sofina (und die 2019 ergangene Folgeentscheidung des Conseil d'État<sup>73</sup>) bringt eine vorläufige – wenn gleich höchst kritikwürdige – Klärung in eine Diskussion zur Besteuerung „abfließender Dividenden“, die Frankreich – auch im Verhältnis zur EU-Kommission<sup>74</sup> – bereits mehrere Jahre intensiv beschäftigt hat. Am Ausgangspunkt steht das französische Recht zur Besteuerung von Portfoliodividenden<sup>75</sup> in den in Sofina streitigen Jahren (2008–2011), das sich rasch zusammenfassen lässt:

- Als Ansässigkeitsstaat besteuert Frankreich innerstaatliche Portfoliodividenden, die von französischen körperschaftlichen Anteilshabern bezogen werden. Diese unterliegen zwar keiner Quellenbesteuerung, werden aber in die Bemessungsgrundlage einbezogen und unterliegen dem Normalsteuersatz (33,33%). Übersteigen jedoch die Verluste die Dividendeneinkünfte in einem bestimmten Jahr, vermindern die Dividenden diese allgemeinen Verluste, bleiben aber effektiv unbesteuert. Dieser Effekt ist typischerweise temporär, da insofern auch der Verlustvortrag nach Art. 209 des Code général des impôts (CGI) vermindert wird und daher, wirtschaftlich betrachtet, die Dividenden in einem zukünftigen Steuerjahr

<sup>72</sup> Siehe zu diesem Aspekt der Anrechnungsmethode etwa Tz. 65 OECD-MK 2017 zu Art. 23. Ein Verlust im Ansässigkeitsstaat hat natürlich Auswirkung auf die weltweite Bemessungsgrundlage und damit die Berechnung des Anrechnungshöchstbetrags.

<sup>73</sup> Conseil d'État 27. 2. 2019 – No. 398662, FR:CECHR:2019:398662.20190227 – Sofina.

<sup>74</sup> Siehe „Free movement of capital: Commission requests France to abolish withholding tax imposed on non-resident companies in deficit“, MEMO/17/1280 (17. 5. 2017).

<sup>75</sup> Ansässige und nichtansässige Körperschaften, die französische Dividenden beziehen, sind in Frankreich mit diesen Dividenden steuerpflichtig, sofern nicht die speziellen Voraussetzungen für den Mechanismus zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung erfüllt sind, unter anderem etwa eine Mindestkapitalbeteiligung von 5%. Ist dies der Fall, sind (1) ansässige Körperschaften mit diesen Dividenden befreit (Art. 145 und 216 CGI) und (2) nichtansässige Körperschaften können von Art. 119 *ter* CGI profitieren (der die EuGH-Rechtsprechung in EuGH 14. 12. 2006 – C-170/05, EU:C:2006:783 – Denkavit International kodifiziert).

erfasst werden, wenn der Steuerpflichtige in die Gewinnzone zurückkehrt.<sup>76</sup> Lediglich wenn die Gewinnzone gar nicht mehr erreicht wird, wird die ursprüngliche „Nichtbesteuerung“ der Dividenden permanent.

- Als Quellenstaat sieht Frankreich für „abfließende“ Portfoliodividenden an nichtansässige körperschaftliche Anteilinhaber eine 25%ige Bruttoquellensteuer nach Art. 119 *bis* 2 i.V.m. Art. 187 CGI vor. Dieser Satz wird typischerweise durch Doppelbesteuerungsabkommen reduziert, etwa nach dem in Sofina einschlägigen belgisch-französischen DBA auf 15%. Diese Quellensteuer ist „final“ und wird auch dann nicht erstattet, wenn sich der nichtansässige Anteilinhaber in einer Verlustsituation befindet (eine Rechtslage, die durch ein 2015 verabschiedetes und in Sofina noch nicht anwendbares Gesetz in Art. 115 *quinquies* CGI für Liquidationsfälle geändert wurde). Überdies versagt das französische Recht auch den Abzug von unmittelbar mit den Dividenden zusammenhängenden Kosten (Art. 48 Abs. 1 des Annex II zum CGI), wohingegen es bei innerstaatlichen Sachverhalten zur Nettobesteuerung kommt (Art. 38f. CGI).

Ist diese unterschiedliche Behandlung von innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Dividenden durch den Quellenstaat mit der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 und 65 AEUV vereinbar? Im Lichte des 2008 ergangenen EuGH-Urteils in *Truck Center*<sup>77</sup> hat der französische Conseil d'État beginnend mit seiner Entscheidung in *Société GBL Energy*<sup>78</sup> bislang die französische Differenzierung als bloßen nichtdiskriminierenden Unterschied in der Besteuerungstechnik gesehen.<sup>79</sup> Allerdings wurde diese Judikatur durch nachfolgende Entwicklungen auf europäischer Ebene, etwa die Urteile in *Miljoen*<sup>80</sup> und *Pensioenfonds Metaal en Techniek*,<sup>81</sup> zunehmend in Zweifel gezogen. Auch im Lichte des anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens, das die Kommission im Hinblick auf den auch in Sofina fraglichen Aspekt der französischen Dividendenbesteuerung angestrengt hat,<sup>82</sup> hat der Conseil d'État dem EuGH am 20.9.2017 schließlich eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt<sup>83</sup> und darin zwei Problemkreise angesprochen: Erstens, ob der (zeitlich begrenzte) Liquiditätsnachteil eines verlustträchtigen gebietsfremden Dividendenempfängers aufgrund der Quellenbesteuerung eine Beschränkung darstellt und, falls ja, diese gerechtfertigt werden könne; zusätzlich steht die Frage im

<sup>76</sup> Diese Wirkung des verminderten Verlustvortrags hat der EuGH klar erkannt; siehe insb. EuGH 12.2.2009 – C-138/07, EU:C:2009:82 Rn. 37ff. – *Cobelfret* und EuGH 4.6.2009 – C-439/07 und C-499/07, EU:C:2009:339 Rn. 45–54 – *KBC Bank*.

<sup>77</sup> EuGH 22.12.2008 – C-282/07, EU:C:2008:762 – *Truck Center*.

<sup>78</sup> Conseil d'État 9.5.2012 – Nos. 342221 and 342222, RFJ 7/12 No. 774 – *Société GBL Energy*.

<sup>79</sup> Siehe Conseil d'État 29.10.2012 – No. 352209, RFJ 11/13 No. 45 – *Kermadec*; Conseil d'État 5.3.2014 – Nos. 361779 and 364256, RFJ 7/14 No. 741 – *Lidl*; Conseil d'État 25.11.2015 – No. 373128, RFJ 2/16, No. 139 – *Kermadec II*.

<sup>80</sup> EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 – *Miljoen*.

<sup>81</sup> EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 – *Pensioenfonds Metaal en Techniek*.

<sup>82</sup> Siehe „Free movement of capital: Commission requests France to abolish withholding tax imposed on non-resident companies in deficit“, MEMO/17/1280 (17.5.2017).

<sup>83</sup> Conseil d'État 20.9.2017 – Nos. 398662, 398663, 398666, 398672, 398674 and 398675 – *Sofina, Rebelco, Sidro*.

Raum, ob eine andere Antwort dann geboten wäre, wenn der temporäre Liquiditätsnachteil zu einem permanenten Nachteil würde, weil der gebietsfremde Dividendenempfänger seine Tätigkeit einstellt, ohne jemals in die Gewinnzone zu gelangen. (Hervorgehoben sei, dass Sofina eine Situation betrifft, in der die Verluste in Belgien grundsätzlich keinen Bezug zu Frankreich oder französischen Quellen aufwiesen.)<sup>84</sup> Zweitens, ob die unterschiedliche Ermittlung der Bemessungsgrundlage – Nettobesteuerung für französische Dividendenempfänger, Bruttoquellenbesteuerung für nichtansässige Dividendenempfänger – eine nicht gerechtfertigte Beschränkung darstellt? Dieser Problembereich wurde vom EuGH angesichts der Antworten auf die anderen Fragen nicht aufgegriffen.<sup>85</sup> Erwähnt sei jedoch, dass die Frage des Kostenabzugs (die bereits in einer Reihe von anderen Urteilen<sup>86</sup> angesprochen wurde) von GA *Wathelet* in seinen Schlussanträgen in Sofina eindrücklich beantwortet wurde: Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH betonte er, dass ein diskriminierendes Abzugsverbot für direkt mit Quelleneinnahmen verbundenen Aufwand eine nicht gerechtfertigte Beschränkung darstellt.<sup>87</sup>

Der EuGH fokussierte den – temporären oder permanenten – Nachteil eines verlustträchtigen gebietsfremden Dividendenempfängers aufgrund der französischen Dividendenquellenbesteuerung und unternahm – weitgehend auf den Spuren der Schlussanträge<sup>88</sup> – eine scheinbar harmlose und einfache, bei genauerer Betrachtung aber revolutionäre und wohl in ihren Konsequenzen kaum zu Ende gedachte Analyse. Zunächst bestätigte der EuGH das Vorliegen einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs in Verlustsituationen, zumal im grenzüberschreitenden Fall eine sofortige und endgültige Besteuerung der französischen Dividende erfolgt, während die Besteuerung im Inlandsfall von der Gewinn- bzw. Verlustsituation abhängt.<sup>89</sup> Ohne Bezugnahme auf *Futura*<sup>90</sup> oder eine mögliche Spannung mit dem

---

<sup>84</sup> Wohl zweifelnd *Ismer/Kandel Intertax* 2019, 573 (587), die darauf hinweisen, dass sich die Quelle der Verluste aus der Entscheidung nicht ergebe, und kritisch anmerken, dass „extending the obligation for an immediate loss offset to foreign losses hence cannot really be what the CJEU could sensibly have meant to say with its Sofina judgment“. Genau dies ist aber in Sofina der Fall, wie sich nicht nur aus der Vorlageentscheidung ergibt (Conseil d'État 20.9.2017 – Nos. 398662, 398663, 398666, 398672, 398674 and 398675 – Sofina, Rebelco, Sidro), sondern auch aus der Nachfolgeentscheidung, in der der Conseil d'État sogar judiziert, dass der fragliche Verlust nach dem Recht des Ansässigkeitsstaates zu ermitteln sei (Conseil d'État 27.2.2019 – No. 398662, FR:CECHR:2019:398662.20190227 – Sofina).

<sup>85</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 80 – Sofina.

<sup>86</sup> Siehe insb. EuGH 12.6.2003 – C-234/01, EU:C:2003:340 Rn. 25–29 – Gerritse; EuGH 6.7.2006 – C-346/04, EU:C:2006:445 – Conijn; EuGH 3.10.2006 – C-290/04, EU:C:2006:630 Rn. 41–49 – Scorpio; EuGH 15.2.2007 – C-345/04, EU:C:2007:96 – Centro Equestre; EuGH 31.3.2011 – C-450/09, EU:C:2011:198 Rn. 40–48 – Schröder; EuGH 19.11.2015 – C-632/13, EU:C:2015:765 – Hirvonen; EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 55–61 – Miljoen (siehe dazu auch *CFE ECJ Task Force* ET 2018, 255 (259)); EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 23–54 – Brisal (siehe dazu auch *CFE ECJ Task Force* ET 2017, 30 (32–34)); EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 64–65 – Pensionsfonds Metaal en Techniek.

<sup>87</sup> SA GA *Wathelet* 7.8.2018 – C-575/17, EU:C:2015:571 Rn. 46–69 – Sofina.

<sup>88</sup> SA GA *Wathelet* 7.8.2018 – C-575/17, EU:C:2015:571 – Sofina.

<sup>89</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 23–42 – Sofina; siehe auch SA GA *Wathelet* 7.8.2018 – C-575/17, EU:C:2015:571 Rn. 33–36 – Sofina.

<sup>90</sup> EuGH 15.5.1997 – C-250/95, EU:C:1997:239 – Futura Participations.

steuerlichen Territorialitätsprinzip identifizierte der EuGH dann im Detail drei „Problemzonen“ der französischen Regelung:

„Erstens stellt es eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar, wenn ein Liquiditätsvorteil bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt nicht gewährt wird, wohl aber bei einem äquivalenten innerstaatlichen Sachverhalt“.<sup>91</sup> „Zweitens muss die Beurteilung des Vorliegens einer etwaigen ungünstigeren Behandlung der an gebietsfremde Gesellschaften ausgeschütteten Dividenden für jedes Steuerjahr gesondert vorgenommen werden“.<sup>92</sup> Maßgeblich ist dabei jenes Steuerjahr, in dem die Ausschüttung der fraglichen Dividenden erfolgt, wobei allerdings die für den Vergleich heranzuziehende „Steuerlast“ der an eine gebietsansässige Gesellschaft ausgeschütteten Dividenden „gleich null [ist], wenn die gebietsansässige Gesellschaft ein solches Steuerjahr mit einem Verlust beendet“.<sup>93</sup> „Drittens wird ein solcher Aufschub der Besteuerung zu einer endgültigen Steuerbefreiung der an eine gebietsansässige Gesellschaft ausgeschütteten Dividenden, wenn diese Gesellschaft vor der Einstellung ihrer Tätigkeit keinen Gewinn mehr erzielt.“<sup>94</sup>

Der EuGH ließ sich von dieser Schlussfolgerung auch nicht durch das französische Argument abbringen, dass grenzüberschreitende Dividenden (lediglich) einer abkommensreduzierten Steuer von 15% unterliegen, während die Dividendeneinkünfte ansässiger Steuerpflichtiger zu einem Satz von 33,33% besteuert werden. Der Gerichtshof lehnte diese Überlegung (m. E. zu Recht) aus mehreren Gründen ab,<sup>95</sup> unter anderem weil der ungünstigere Steuersatz im Inlandsfall jedenfalls dann nicht greift, „wenn diese Dividenden von der Steuer befreit sind, weil die gebietsansässige Gesellschaft ihre Tätigkeit einstellt, ohne nach dem Bezug der Dividenden Gewinn erzielt zu haben.“<sup>96</sup> Die französische Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Dividenden wurde dementsprechend vom EuGH als zu rechtfertigende Beschränkung angesehen. In weiterer Folge widmete sich der EuGH drei Rechtfertigungsgründen, und zwar (1) dem Argument, dass – gerade im Lichte von *Truck Center*<sup>97</sup> – die Situationen von ansässigen und nichtansässigen Dividendenempfängern nicht vergleichbar seien, (2) der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten, und (3) der Effizienz der Beitreibung der Steuer.<sup>98</sup> Keines dieser Argumente wurde vom EuGH akzeptiert. Im Hinblick auf die mangelnde Vergleichbarkeit wies der EuGH zunächst die auf *Truck Center*<sup>99</sup>

<sup>91</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 29 – Sofina unter Hinweis auf EuGH 13.12.2005 – C-446/03, EU:C:2005:763 Rn. 33 – Marks & Spencer und EuGH 12.7.2012 – C-269/09, EU:C:2012:439 Rn. 59 – Kommission v. Vereinigtes Königreich.

<sup>92</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 30 – Sofina unter Hinweis auf EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 41 – Pensioenfonds Metaal en Techniek.

<sup>93</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 31–32 – Sofina.

<sup>94</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 33 – Sofina.

<sup>95</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 36 (überraschenderweise mit Hinweis auf die Besteuerung im Ansässigkeitsstaat) und Rn. 37 (unter Hinweis auf die Irrelevanz der Existenz anderer Vorteile) – Sofina.

<sup>96</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 39 – Sofina; siehe auch EuGH 18.7.2007 – C-182/06, EU:C:2007:452 Rn. 23 – Lakebrink und EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 38 – Pensioenfonds Metaal en Techniek.

<sup>97</sup> EuGH 22.12.2008 – C-282/07, EU:C:2008:762 – Truck Center.

<sup>98</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 43–79 – Sofina.

<sup>99</sup> EuGH 22.12.2008 – C-282/07, EU:C:2008:762 – Truck Center.

basierenden Argumente, dass die französischen Regeln lediglich die Reflexwirkung unterschiedlicher Situationen seien, schon deshalb zurück, weil die unterschiedliche Besteuerung über die technischen Mechanismen der Steuerehebung („Modalitäten“) hinausgehe.<sup>100</sup> Im Hinblick auf die Rechtfertigung auf Basis der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten brachte Frankreich das offensichtliche Argument vor, dass „eine Quellensteuer, der nur die von einer gebietsfremden Gesellschaft bezogenen Dividenden unterlägen, [...] die einzige Technik [sei], die dem französischen Staat eine Besteuerung dieser Einkünfte ermögliche, ohne dass seine Steuereinnahmen aufgrund eines in einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen Verlusts reduziert würden“.<sup>101</sup> Der EuGH widmete sich diesem – m. E. durchaus berechtigten Einwand – eher aus einer Aufkommens-, als aus einer Steuerhoheitsabgrenzungsperspektive (ob nämlich Verluste im Ansässigkeitsstaat tatsächlich das Recht Frankreichs zur Besteuerung von französischen Quelleneinkünften beeinträchtigen sollen) und entgegnete dementsprechend, dass Frankreich die Besteuerung von grenzüberschreitenden Dividenden aufschieben könne und auch einen allfälligen Verlust an Besteuerungsrechten hinnehmen müsse.<sup>102</sup>

Schließlich brachte Frankreich rechtfertigend vor, die Dividendenquellenbesteuerung „sei ein legitimes und geeignetes Mittel, um die Besteuerung der Einkünfte einer außerhalb des Besteuerungsstaats ansässigen Person sicherzustellen und zu verhindern, dass diese Einkünfte im Quellenstaat nicht versteuert würden“, wobei mit „der Quellensteuer auf die an gebietsfremde Gesellschaften ausgeschütteten Dividenden [...] der Verwaltungsaufwand verringert werden [könne], der mit der Verpflichtung dieser Gesellschaften zur Abgabe einer Steuererklärung gegenüber der französischen Steuerverwaltung am Ende des Steuerjahrs verbunden sei“.<sup>103</sup> Der EuGH verwies zunächst auf seine Rechtsprechung in *X* und *Brisal* hinsichtlich der Notwendigkeit, eine effiziente Beitreibung der Steuer zu gewährleisten,<sup>104</sup> machte sodann aber deutlich, dass das Problem in *Sofina* vielmehr darin bestehe, „dass bei gebietsfremden Gesellschaften, die Verluste erleiden, anders als bei defizitären gebietsansässigen Gesellschaften die Besteuerung der von ihnen bezogenen Dividenden nicht aufgeschoben wird“.<sup>105</sup> Dieses Problem, so der Gerichtshof weiter, könne dadurch gelöst werden, dass „auch bei gebietsfremden Gesellschaften die Besteuerung aufgeschoben“ und „zugleich zwangsläufig diese Beschränkung beseitigt“ wird, wobei dieser Aufschub „die Verwirklichung des Ziels der effizienten Beitreibung der Steuer, die diese Gesellschaften im Fall des Bezugs von Dividenden von einer gebietsansässigen Gesellschaft schulden, nicht in Frage stellen [würde]“.<sup>106</sup> Ausdrücklich verwies der

<sup>100</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 51–53 – *Sofina*.

<sup>101</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 55 – *Sofina*.

<sup>102</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 59, 60, 61 und 63 – *Sofina*.

<sup>103</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 65–66 – *Sofina*.

<sup>104</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 – Rn. 67f. *Sofina* unter Hinweis auf EuGH 18.10.2012 – C-498/10, EU:C:2012:635 Rn. 39 – *X NV* und EuGH 13.7.2016 – C-18/15, EU:C:2016:549 Rn. 39 – *Brisal*.

<sup>105</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 69 – *Sofina*.

<sup>106</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 70 – *Sofina*.

EuGH hier auch auf die AmtshilfeRL<sup>107</sup> als Informationsbeschaffungsinstrument für die ordnungsgemäße Festsetzung der Einkommensteuer und die BeitreibungsRL<sup>108</sup> als Instrument zur Beitreibung einer Steuerschuld, „die bei der Ausschüttung von Dividenden entstanden ist“.<sup>109</sup>

### 3. Überlegungen zu den Auswirkungen von Sofina

Der Gerichtshof kam daher in Sofina zu dem Ergebnis, dass die französische Quellenbesteuerung in Verlustsituationen der Kapitalverkehrsfreiheit widerspricht. Sowohl in der Entscheidung des EuGH<sup>110</sup> als auch in den Schlussanträgen<sup>111</sup> ist freilich die Vergleichbarkeitsanalyse als Krux des Falles nur implizit angesprochen, erweist sich aber als Ursprung des (möglichen) Denkfehlers, nämlich dass es für den Vergleich der Besteuerung innerstaatlicher und „abfließender“ Dividenden im Quellenstaat auf irgendwelche anderen (negativen) Einkünfte des Steuerpflichtigen in seinem Ansässigkeitsstaat oder womöglich sogar in dritten Staaten ankommen solle. Diese Vergleichbarkeitsanalyse ist m. E. weder augenscheinlich noch durch die bisherige Judikatur, etwa Denkavit Internationaal<sup>112</sup> oder Amurta,<sup>113</sup> nahe gelegt, zumal diese Urteile stets und isoliert den relevanten Einkünfestrom (z. B. Dividenden, nicht aber andere positive oder negative Einkünfte) und damit verbundene Kosten (und nicht etwa davon unabhängige Kosten) im Blick hatten. Anders gewendet: Sofina folgend sind die französischen Regelungen diskriminierend, wenn die nicht-französischen sonstigen Einkünfte des ausländischen Anteilsinhabers negativ sind, während die französischen Regelungen offenbar grundfreiheitskonform wären, wenn derselbe Anteilsinhaber lediglich französische Dividendeneinkünfte oder zusätzlich positive Einkünfte im Ansässigkeits- oder einem Drittstaat hätte. Ein merkwürdiges Ergebnis, das zudem in offensichtlichem Gegensatz zu den Urteilen in Futura<sup>114</sup> und Centro Equestre<sup>115</sup> steht, in denen der EuGH die Effekte eines territorialen Ansatzes im Hinblick auf Verluste und Aufwendungen deutlich gebilligt hat; zudem erscheint es unionsrechtlich auch nur bedingt intuitiv, dass die Grundfreiheitsanalyse des Rechts des Quellenstaates von der eher zufälligen faktischen Zusammensetzung des (weltweiten) positiven oder negativen Einkommens des Steuerpflichtigen abhängen soll (und womöglich darüber hinaus sogar dem noch mehr planbaren Umstand, ob die fragliche Körperschaft bis zum Erreichen der Gewinnzone weiterbetrieben oder noch davor liquidiert werden soll).

---

<sup>107</sup> Gegenwärtig RL 2011/16/EU vom 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABl. 2011 L 64/1, i.d.g.F.

<sup>108</sup> Gegenwärtig RL 2010/24/EU vom 16.3.2010 über die Amtshilfe bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen, ABl. 2010 L 84/1.

<sup>109</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 71–75 – Sofina.

<sup>110</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 28–34 – Sofina.

<sup>111</sup> SA GA *Wathelet* 7.8.2018 – C-575/17, EU:C:2015:571 Rn. 35 – Sofina.

<sup>112</sup> EuGH 14.12.2006 – C-170/05, EU:C:2006:783 – Denkavit Internationaal.

<sup>113</sup> EuGH 8.11.2007 – C-379/05, EU:C:2007:655 – Amurta.

<sup>114</sup> EuGH 15.5.1997 – C-250/95, EU:C:1997:239 – Futura Participations.

<sup>115</sup> EuGH 15.2.2007 – C-345/04, EU:C:2007:96 Rn. 22 – Centro Equestre.

Zumindest erscheint es unklar, warum und auf welcher dogmatischen Grundlage der EuGH in *Sofina* vom etablierten steuerlichen Territorialitätsprinzip abweicht und es ist gleichermaßen überraschend, dass weder der vorlegende Conseil d'État<sup>116</sup> noch die französische rapporteur public, É. Bokdam-Tognetti<sup>117</sup> auf Entscheidungen wie *Futura* oder *Centro Equestre* hingewiesen haben. Vielleicht kommt es hier schleichend zu Aufweichungen des Territorialitätsprinzips: Dies betrifft nicht nur die Entscheidungen in *Renneberg*<sup>118</sup> und *X*<sup>119</sup> im Hinblick auf ausländische Verluste nichtansässiger natürlicher Personen, sondern auch die rechtfertigende Vermeidung der doppelten Verlustwertung aus der Perspektive des Quellenstaates; während nämlich der EuGH ursprünglich in *Philips Electronics*<sup>120</sup> die britische Regelung, die den Verlusttransfer zu einer britischen Betriebsstätte davon abhängig machte, dass derselbe Verlust nicht im Ausland (z. B. dem Ansässigkeitsstaat) genutzt werden könne, als grundfreiheitswidrig erkannt hat, hat er unlängst in *NN*<sup>121</sup> eine ähnliche dänische Regelung auf Basis der Vermeidung der doppelten Verlustwertung als gerechtfertigt angesehen. Es bleibt also abzuwarten, wohin uns diese womöglich divergierenden Judikaturlinien letztlich führen werden.

Nimmt man *Sofina* beim Wort, dürften die Auswirkungen dieser Entscheidung weit über die Quellenbesteuerung von Dividenden hinausgehen, indem allgemein die Besteuerungsrechte des Quellenstaates (z. B. für Unternehmensgewinne, Zinsen, Lizenzgebühren, Mieteinkünfte, Veräußerungsgewinne) unter die Bedingung gestellt werden, dass der Steuerpflichtige keinen Verlust in seinem Ansässigkeitsstaat erzielt, wenn vergleichbare innerstaatliche Einkünfte im Quellenstaat von dort Ansässigen mit Verlusten verrechnet werden könnten. Wäre daher etwa der Betriebsstättenstaat nach *Sofina* berechtigt, ihm zugeordnete Betriebsstättengewinne zu besteuern, wenn sich das Unternehmen insgesamt in einer Verlustsituation befindet? Wäre die Antwort negativ, wäre dies nicht auch ein wesentliches Abweichen vom „Authorized OECD Approach“ (AOA) gem. Art. 7 OECD-MA, wonach Betriebsstätten im Lichte einer umfassenden Selbständigkeitsfiktion steuerlich erfasst werden und die Besteuerung im Betriebsstättenstaat gerade nicht vom Ergebnis des Gesamtunternehmens abhängen soll?<sup>122</sup> Und wäre dies nicht wiederum die Quelle einer Diskriminierung etwa gegenüber ansässigen Körperschaften, die wohl grundfreiheitsrechtlich nur schwer argumentieren können, dass sie Verluste ihrer Aktionäre zum Abzug bringen möchten? In der Tat könnte man all dies womöglich in einer binnenmarktorientierten Betrachtungsweise akzeptieren und argumentieren, dass auch in der umgekehrten Situation aus der Perspektive des Ansässigkeitsstaates die Urteile etwa in *Marks & Spencer*,<sup>123</sup> *Lidl Belgium*,<sup>124</sup> *Timac*

<sup>116</sup> Conseil d'État 20.9.2017 – Nos. 398662, 398663, 398666, 398672, 398674 and 398675 – *Sofina*, *Rebelco*, *Sidro*.

<sup>117</sup> Siehe 50 *Revue de Droit Fiscale* 2017, 583.

<sup>118</sup> EuGH 16.10.2008 – C-527/06, EU:C:2008:566 – *Renneberg*.

<sup>119</sup> EuGH 9.2.2017 – C-283/15, EU:C:2017:102 – *X*.

<sup>120</sup> EuGH 6.9.2012 – C-18/11, EU:C:2012:532 – *Philips Electronics*.

<sup>121</sup> EuGH 4.7.2018 – C-28/17, EU:C:2018:526 – *NN A/S*.

<sup>122</sup> Siehe z. B. Tz. 11 OECD-MK 2008 zu Art. 7.

<sup>123</sup> EuGH 13.12.2005 – C-446/03, EU:C:2005:763 – *Marks & Spencer*.

<sup>124</sup> EuGH 15.5.2008 – C-414/06, EU:C:2008:278 – *Lidl Belgium*.

Agro<sup>125</sup> und Bevola<sup>126</sup> das steuerliche Territorialitätsprinzip untergraben haben. Selbst aus dieser Perspektive darf aber nicht übersehen werden, dass der EuGH in diesen Fällen einen sehr vorsichtigen Ansatz gewählt und die Verlustereinnahmepflicht des Ansässigkeitsstaates auf „finale“ bzw. „definitive“ Verluste beschränkt hat, wohingegen Sofina – auf einer Linie mit Miljoen<sup>127</sup> und Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>128</sup> – für den Quellenstaat eine jährliche Betrachtung erfordert und damit eine Mehrjahresperspektive und wohl auch das Erfordernis der Verlustfinalität ablehnt.<sup>129</sup>

Schließlich ist die Umsetzung von Sofina in das nationale Recht kompliziert. Der EuGH scheint vorzuschlagen, dass in Verlustsituationen (1) die Besteuerung im Quellenstaat aufgeschoben werden solle<sup>130</sup> und (2) das nationale Recht dann einen Nachversteuerungsmechanismus für den Fall vorsehen solle, dass der nicht-ansässige Steuerpflichtige in einem Folgejahr wieder die – eine Verlustverwertung ermöglichende – Gewinnzone erreicht.<sup>131</sup> Akzeptiert man freilich einen Quellenbesteuerungsmechanismus als zulässige Erhebungsform, scheint es umgekehrt kaum möglich zu sein, einen Aufschub bereits im unterjährigen Zeitpunkt der – quellensteuer auslösenden – Dividendenzahlung zu gewähren, da sich der entscheidende Verlust erst als Überschuss der – womöglich weltweiten – Aufwendungen und Kosten über die Einnahmen während des gesamten Steuerjahres ergibt, also im Zeitpunkt der Ausschüttung eben noch ungewiss ist, ob überhaupt ein Grundfreiheitsverstoß i. S. v. Sofina vorliegt. Selbst im Lichte des Erfordernisses einer jahresbezogenen Diskriminierungsprüfung<sup>132</sup> könnte aber ein nachgelagerter Rückerstattungsmechanismus den Anforderungen von Sofina genügen, zumal der EuGH zugesteht, „dass die gebietsfremden Gesellschaften die relevanten Angaben liefern müssten, die den Steuerbehörden des Besteuerungsmitgliedstaats die Feststellung ermöglichen, dass die rechtlichen Voraussetzungen für einen solchen Aufschub erfüllt sind“,<sup>133</sup> und hinsichtlich der Überprüfbarkeit dieser Angaben auf die Möglichkeiten der Amtshilfe verweist.<sup>134</sup> Die Schaffung eines Nachversteuerungsmechanismus wiederum würde eine Reihe steuertechnischer Fragen aufwerfen, etwa im Hinblick auf Verjährungsfragen, die Ermittlung von Verlusten, steuerplanerische Möglichkeiten zur „Finalmachung“ von Verlusten, Änderungen im nationalen Recht und Abkommensrecht und die administrative Überprüfbar-

<sup>125</sup> EuGH 17.12.2015 – C-388/14, EU:C:2015:829 Rn. 21 ff. – Timac Agro.

<sup>126</sup> EuGH 12.6.2018 – C-650/16, EU:C:2018:424 – Bevola.

<sup>127</sup> EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 51 – Miljoen.

<sup>128</sup> EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 64–65 – Pensioenfonds Metaal en Techniek.

<sup>129</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 30 – Sofina.

<sup>130</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 70–77 – Sofina.

<sup>131</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 59 – Sofina.

<sup>132</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 30 – Sofina; siehe auch EuGH 17.9.2015 – C-10/14, C-14/14 und C-17/14, EU:C:2015:608 Rn. 51 – Miljoen, EuGH 2.6.2016 – C-252/14, EU:C:2016:402 Rn. 64–65 – Pensioenfonds Metaal en Techniek und EuGH 26.2.2019 – C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16, EU:C:2019:134 Rn. 165 – N Luxembourg 1 et al.

<sup>133</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 72 – Sofina.

<sup>134</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 73–76 – Sofina.



keit.<sup>135</sup> Sämtliche dieser Fragen könnten sich letztlich als eine neue Büchse der Pandora erweisen, die der EuGH geöffnet hat, während er immer noch mit der Klärung des 2005 in Marks & Spencer<sup>136</sup> erdachten Konzepts der „finalen“ bzw. „definitiven“ Verluste befasst ist. Was schließlich die Frage der Rechtsordnung betrifft, nach der die fraglichen Verluste zu ermitteln sind, brachte Sofina keine Klärung. Systematisch schiene es richtig (wenngleich komplex), das Recht des Quellenstaates anzuwenden, um Diskriminierungen und auch „Überbegünstigungen“ zu vermeiden;<sup>137</sup> der Conseil d'État ging in seiner Nachfolgeentscheidung hingegen davon aus, dass es auf das Recht des Ansässigkeitsstaates ankomme.<sup>138</sup>

### III. Ausblick

Sofina ist nicht bloß ein weiterer Fall zur Besteuerung von „abfließenden“ Dividenden. Vielmehr geht diese Entscheidung weit über die bisherige Judikatur hinaus, indem für die Vergleichbarkeitsanalyse (negative) Einkünfte des Nichtansässigen einbezogen werden, die gar keinen Bezug zum Quellenstaat haben. Damit stellt sich Sofina aber auch in ein erhebliches Spannungsverhältnis zum steuerlichen Territorialitätsprinzip, das vom EuGH etwa in Futura und Centro Equestre unionsrechtlich anerkannt wurde. Diese Abwendung vom Territorialitätsprinzip betrifft auch nicht bloß die Quellenbesteuerung von Dividenden, sondern scheint allgemein die Besteuerungsrechte des Quellenstaates (z. B. für Unternehmensgewinne, Zinsen, Lizenzgebühren, Mieteinkünfte, Veräußerungsgewinne) unter die Bedingung zu stellen, dass der Steuerpflichtige keinen Verlust in seinem Ansässigkeitsstaat erzielt, wenn vergleichbare innerstaatliche Einkünfte im Quellenstaat von dort Ansässigen mit Verlusten verrechnet werden könnten. Aus rein praktischer Sicht scheint Sofina zu erfordern, dass es im Verlustfall zu einem Besteuerungsaufschub bzw. einem Rückerstattungsverfahren kommt, wobei umgekehrt der Quellenstaat aber einen Nachversteuerungsmechanismus für den Fall vorsehen kann, dass der nichtansässige Steuerpflichtige in einem Folgejahr wieder die – eine Verlustverwertung ermöglichende – Gewinnzone erreicht.<sup>139</sup> Die vielfältigen steuertechnischen Herausforderungen eines solchen Regimes liegen auf der Hand.

<sup>135</sup> Für die Auswirkungen der Amtshilfe im Hinblick auf Informationsbeschaffung und Beitreibung siehe EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 73–76 – Sofina.

<sup>136</sup> EuGH 13.12.2005 – C-446/03, EU:C:2005:763 – Marks & Spencer.

<sup>137</sup> Siehe etwa für die umgekehrte Situation aus der Perspektive des Ansässigkeitsstaates EuGH 21.2.2013 – C-123/11, EU:C:2013:84 Rn. 57–61 – A Oy und noch deutlicher SA GA Kokott 19.7.2012 – C-123/11, EU:C:2012:488 Rn. 70–76, insb. Rn. 73 – A Oy.

<sup>138</sup> Conseil d'État 27.2.2019 – No. 398662, FR:CECHR:2019:398662.20190227 – Sofina („Il résulte de ce qui précède que le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'en application des dispositions du 2 de l'article 119 du code général des impôts, une retenue à la source soit prélevée sur les dividendes perçus par une société non-résidente qui se trouve, au regard de la législation de son Etat de résidence, en situation déficitaire.“)

<sup>139</sup> EuGH 22.11.2018 – C-575/17, EU:C:2018:943 Rn. 59 – Sofina.