

Prof. Dr. Johanna Hey\*

## Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Marks & Spencer und die Zukunft der deutschen Organschaft

### Haben die Mitgliedstaaten den EuGH domestiziert?

Mit der Rechtssache Marks & Spencer wurden große Erwartungen verbunden. Doch die nun vorliegende Entscheidung des EuGH v. 13.12.2005 (GmbHR 2006, 153 – in diesem Heft) wird weder zur Schicksalsfrage der deutschen Organschaft, noch bringt sie die nationalen Haushalte nachhaltig in Bedrängnis. Zwar erkennt der EuGH an, dass die Ausgrenzung ausländischer Tochtergesellschaften aus der Gruppenbesteuerung die Niederlassungsfreiheit einschränkt. Doch hält er diese Beschränkung vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Harmonisierungsstands für weitgehend gerechtfertigt und fordert eine grenzüberschreitende Anerkennung der Verluste der

Auslandstochter durch den Staat der Muttergesellschaft nur als ultima ratio. Damit leistet der EuGH nicht die erhoffte Schützenhilfe für eine europaweite Konzernbesteuerung, sondern spielt den Ball den Mitgliedstaaten zu. Vorgewarnt durch die Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro war die jetzige Entscheidung zwar keine echte Überraschung mehr. Doch dass der EuGH seine bisherige Rechtsprechungslinie – von den Mitgliedstaaten unter Druck gesetzt – aufgibt, verheißt über den Anlassfall hinaus weitreichende Konsequenzen für die zukünftige Rechtsentwicklung.

#### A. Ausgangslage: Beschränkung der mitgliedstaatlichen Konzernsteuersysteme auf gebietsansässige Gesellschaften

Mit Ausnahme von Dänemark, Frankreich, Österreich und Italien beschränken alle Mitgliedstaaten der EU Erleichterungen für die Besteuerung von Konzernen auf im Inland ansässige Gesellschaften. So unterschiedlich die Gruppenbesteuerungsregime im Einzelnen ausgestaltet sind<sup>2</sup>, so sehr ähneln sie sich darin, dass Verluste im Ausland ansässiger Tochtergesellschaften grds. nicht im Inland verrechnet werden können.

In der Rechtssache Marks & Spencer hatte der EuGH<sup>3</sup> über die als sog. Group Relief konzipierte britische Gruppenbesteuerung zu entscheiden. Der Group Relief ermöglicht es, im Wege eines Konzernabzugs Verluste zwischen Konzerngesellschaften zu übertragen, und zwar nicht nur von Tochter- auf Muttergesellschaften, sondern zwischen

allen gruppenzugehörigen Gesellschaften, etwa auch zwischen Schwestergesellschaften. Die Konsolidierung ist auf Verluste beschränkt. Eines Ergebnisabführungsvertrags bedarf es nicht. Vor dem Rechnungsjahr 2000 setzte die Inanspruchnahme des Konzernabzugs einen Sitz in Großbritannien voraus; seither ist der Konzernabzug auf Gewinne und Verluste beschränkt, die unter die Steuerhoheit Großbritanniens fallen. Aufgrund dieser Einschränkung war die britische Marks & Spencer plc. gehindert, Verluste in Großbritannien zum Abzug zu bringen, die sie in ihren in Belgien, Deutschland und Frankreich ansässigen Tochtergesellschaften erlitten hatte und die dort nicht mehr verrechnet werden konnten, nachdem die französische Tochtergesellschaft an Dritte verkauft worden war, die deutsche und die belgische Tochtergesellschaft ihren Betrieb eingestellt hatten. Hätten die Tochtergesellschaften ihren Sitz in Großbritannien gehabt, wäre die Verlustübertragung auf die Muttergesellschaft möglich gewesen.

#### B. Die Entscheidung des EuGH

##### I. Vorlagefragen und Schlussanträge

Der britische High Court of Justice hatte mit seinem Vorabentscheidungsersuchen v. 16.7.2003 zum einen angefragt, ob die Ungleichbehandlung von Muttergesellschaften mit inländischen und mit gebietsfremden Tochtergesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Da-

\* Prof. Dr. Johanna Hey ist Inhaberin des Lehrstuhls für Unternehmenssteuerrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

<sup>1</sup> Zu der seit 1.1.2005 möglichen Einbeziehung der Verluste von Auslandstöchtern s. z.B. Gassner, DB 2004, 841 ff.; Pernegger, ÖStZ 2005, 82 ff.; Bruckner, ÖStZ 2005, 227 (228 ff.).

<sup>2</sup> Vgl. Grotherr, StuW 1996, 356 ff.

<sup>3</sup> EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03, GmbHR 2006, 153 – in diesem Heft.

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

neben stützte der High Court die Vorlage auf die Ungleichbehandlung zwischen Auslandstochtergesellschaft und rechtlich unselbständiger Zweigniederlassung im Ausland, die daraus resultiert, dass für Betriebsstättegewinne nach britischem internationalem Steuerrecht die Anrechnungsmethode zur Anwendung kommt, so dass Betriebsstättenverluste in Großbritannien anders als die Verluste ausländischer Tochtergesellschaften Berücksichtigung finden.

Angesichts der Sprengkraft des Verfahrens waren bereits die Vorlage des britischen High Court<sup>4</sup> ebenso wie die Schlussanträge des Generalanwalts *Poaires Maduro*<sup>5</sup> mit großer Spannung verfolgt und ausführlich kommentiert worden<sup>6</sup>. Der EuGH ist den Schlussanträgen im Ergebnis gefolgt, in der Begründung jedoch eigene Wege gegangen.

### II. Grundaussagen des Gerichtshofs

#### 1. Behinderung der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat

Auf dem Boden seiner bisherigen Rechtsprechung führt der EuGH zunächst aus, dass Art. 43 EG-Vertrag ein an den Herkunftsstaat gerichtetes Beschränkungsverbot beinhaltet<sup>7</sup>. Wie der Generalanwalt betrachtet der EuGH den Konzern in seiner Gesamtheit. Verschlechtere sich die Liquiditätssituation des Konzerns aufgrund der Beteiligung gebietsfremder Gesellschaften, werde die Muttergesellschaft in ihrer Niederlassungsfreiheit behindert.

Dabei bezeichnet der EuGH den Konzernabzug als „Steuervergünstigung“ („tax advantage“; „avantage fiscal“), die den Ausgleich der Verluste beschleunigt und dadurch einen Liquiditätsvorteil gewährt. Die Einordnung als *Steuervergünstigung* ist nicht unproblematisch, da nach richtigem Verständnis erst die Konsolidierung die Leistungsfähigkeit des Konzerns als wirtschaftliche Einheit angemessen erfasst<sup>8</sup>. Gruppenbesteuerungsregime sind Ausdruck der wirtschaftlichen Betrachtungsweise<sup>9</sup>. Sie sind notwendige Korrektur des auch im Körperschaftsteuerrecht geltenden Individualsteuerprinzips, dessen strikte Anwendung auf juristische Personen dem fiktionalen Charakter der juristischen Person und ihrer unbegrenzten Teilbarkeit jedoch nicht gerecht wird. Damit handelt es sich nicht um eine Steuervergünstigung im eigentlichen Sinne. Indes wirkt sich diese – beim EuGH häufig zu beobachtende – terminologische Unschärfe nicht auf das Ergebnis aus, weil der EuGH auf die Überprüfung von Fiskal- und Sozialzwecknormen denselben Maßstab anwendet<sup>10</sup>.

#### 2. Rechtfertigung

##### a) Das Territorialitätsprinzip als Rechtfertigungsgrund

Nachdem der EuGH ohne größere Mühe die Tatbestandsmäßigkeit bejaht hat, wendet er sich der Rechtfertigungsebene zu. Hier zeigt sich die eigentliche Brisanz des Urteils. Denn während die Rechtfertigungsversuche der Mitgliedstaaten in der Vergangenheit oft bereits mangels eines legitimen Differenzierungsgrundes, spätestens aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zurückgewiesen wurden, ist der Gerichtshof in *Marks & Spencer* ersichtlich bemüht, auf der Rechtfertigungsebene den Interessen der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen.

Ihren Ausgang nimmt die Rechtfertigungsprüfung vom Territorialitätsprinzip. Der EuGH macht deutlich, dass die territoriale Beschränkung des Besteuerungsanspruchs nicht der objektiven Vergleichbarkeit von Konzernen mit in- und ausländischen Tochtergesellschaften entgegensteht<sup>11</sup>, sondern erst auf der Rechtfertigungsebene eingreift<sup>12</sup>. In Abgrenzung zu der Entscheidung *Futura Singer*<sup>13</sup>, in der es um die Besteuerung des inländischen Gewinns gebietsfremder Gesellschaften ging, stellt er sodann fest, dass die Berufung auf das Territorialitätsprinzip *allein* die Beschränkung des Konzernabzugs auf gebietsansässige Tochtergesellschaften noch nicht rechtfertigt<sup>14</sup>. Vielmehr wird die Frage, ob das Territorialitätsprinzip im vorliegenden Fall die Ungleichbehandlung rechtfertigt, erst aufgrund einer Alternativbetrachtung beantwortet, indem untersucht wird, welche Folgen es hätte, wenn der britische Konzernabzug auf Verluste ausländischer Tochtergesellschaften ausgedehnt würde. Diese Vorgehensweise ermöglicht eine Güterabwägung zwischen dem Anspruch des Steuerpflichtigen auf diskriminierungsfreie Betätigung im Binnenmarkt einerseits und den Interessen der Mitgliedstaaten andererseits<sup>15</sup>. Dabei finden alle drei von der britischen Regierung vorgetragene Rechtfertigungsgründe Gehör:

##### b) Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten

Zwar hält der EuGH an seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass bloße Aufkommenseinbußen keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen und daher eine Beschränkung nicht rechtfertigen können<sup>16</sup>. Davon zu unterscheiden sei aber das berechnete Interesse an der „Wahrung der Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse“ zwischen den Mitgliedstaaten. Die Aufkommensverteilung werde gefährdet, wenn Konzern-

4 Dazu *Gutmann*, EC Tax Review 2003, 154 ff.; *Meussen*, EC Tax Review 2003, 144 ff.; *Pistone*, EC Tax Review 2003, 149 ff.; *Vanistendael*, EC Tax Review 2003, 136 ff.; *Cordewener/Dahlberg/Pistone/Reimer/Romano*, ET 2004, 218 (226 ff.); *Dörr*, Der Konzern 2003, 604 ff.; *Dörr*, Der Konzern 2004, 15; *Martin*, EC Tax Review 2005, 61 ff.

5 Schlussanträge Generalanwalt *Poaires Maduro* v. 7.4.2005, RIW 2005, 383 ff. = [www.gmbhr.de/volltext.htm](http://www.gmbhr.de/volltext.htm).

6 Vgl. *Balmes/Brück/Ribbrock*, BB 2005, 966 ff.; *Bergemann/Schönherr/Stäblein*, BB 2005, 1706 (1714 ff.); *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 ff.; *Kußmaul/Tcherveniachki*, StB 2005, 626 ff.; *M. Lang*, SWI 2005, 255; *Nagler/Kleinert*, DB 2005, 855 ff.; *Raupach/Phöll*, NZG 2005, 489 ff.; *Scheunemann*, IStR 2005, 303 ff.; *Thömmes*, IWB 2005, Fach 11a, 852 ff.; *Wagner*, StBp. 2005, 190 ff.

7 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 31 ff.

8 *Streck*, KStG, 6. Aufl. 2003, § 14 Anm. 1; *Balmes/Brück/Ribbrock*, BB 2005, 966 (970); *Herzig/Wagner*, DB 2005, 1 (7); *Montag* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 18 Rz. 400, 422.

9 RFH v. 30.1.1930 – I A 226/29, RStBl. 1930, 148; BFH v. 17.7.1952 – V 17/52 S, BStBl. III 1952, 234; Schr. des BFH v. 4.4.1962 – I 249/61, BB 1962, 438 (439).

10 Vgl. jüngst EuGH v. 10.3.2005 – Rs. C-39/04 – *Laboratoires Fournier SA*, IStR 2005, 312.

11 So aber z.B. *Kofler*, ÖStZ 2005, 26 (30).

12 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 37, 38.

13 EuGH v. 15.5.1997 – Rs. C-250/95 – *Futura/Singer*, Slg. 1997, I-2471, Rz. 22.

14 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 40.

15 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 41 ff.

16 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 44; st.Rspr., vgl. z.B. EuGH v.

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

gesellschaften frei optieren könnten, wo ihre Verluste berücksichtigt werden sollen<sup>17</sup>.

### c) Gefahr doppelter Verlustberücksichtigung

Ohne dieses Argument in den Katalog der bisher richterrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründe einzuordnen – in Betracht käme das von Generalanwalt *Poiarés Maduro* herangezogene<sup>18</sup> Kohärenzprinzip<sup>19</sup> sowie die Missbrauchsvermeidung – erkennt der Gerichtshof des Weiteren das Interesse der Mitgliedstaaten an, eine doppelte Verlustnutzung auszuschließen. Unzweifelhaft sei der Ausschluss ausländischer Tochtergesellschaften vom Konzernabzug hierzu geeignet.

### d) Steuerfluchtgefahr

Schließlich sei den Mitgliedstaaten zugestehen, die Übertragung der Verluste in Mitgliedstaaten mit hohen Steuersätzen zu verhindern, in denen der Wert der Verluste am größten ist<sup>20</sup>. Gefasst wird dieser Rechtfertigungsgrund unter den Aspekt der „Steuerfluchtgefahr“. Was damit genau gemeint ist und in welchem Verhältnis die „Steuerfluchtgefahr“ zu den bisherigen Rechtfertigungsgründen der wirksamen Steueraufsicht und der Vermeidung von Steuerumgehungen steht, wird nicht weiter erläutert.

### 3. Grenzüberschreitende Verlustverrechnung als ultima ratio

Erst im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung öffnet der EuGH die Tür für die grenzüberschreitende Verlustver-

rechnung. Den vollständigen Ausschluss gebietsfremder Tochtergesellschaften vom Konzernabzug hält er zur Verfolgung der von ihm akzeptierten Ziele für nicht erforderlich, soweit die Tochtergesellschaft im Staat ihrer Ansässigkeit sowohl *aktuell* alle Möglichkeiten der Verlustverrechnung ausgeschöpft hat (insbesondere Verlustrücktrag und Übertragung der Verluste auf Dritte im Staat der Tochtergesellschaft), als auch *zukünftig* keine Möglichkeit der Verlustverrechnung durch die Tochtergesellschaft selbst oder einen Dritten (insbesondere Verlustvortrag und Anteilsveräußerung an einen Dritten) besteht.

Während nach den Schlussanträgen noch erörtert worden war, ob bereits die bloße Existenz von Verlustvortragsregeln im Staat der Tochtergesellschaft die Verlustübertragung auf die Muttergesellschaft ausschließt<sup>21</sup>, muss nach den Entscheidungsgründen davon ausgegangen werden, dass es auf die *konkrete* Verlustberücksichtigung ankommt. Zwar spricht auch der EuGH nur von der „*Möglichkeit* ...“, dass die Verluste berücksichtigt werden<sup>22</sup>. Aus dem Kontext ergibt sich aber, dass es auf die *Möglichkeit* der *tatsächlichen* Verlustberücksichtigung ankommt.

Der Gerichtshof lässt keinen Zweifel daran, dass die grenzüberschreitende Verlustverrechnung die absolute Ausnahme darstellt. Da der Staat der Muttergesellschaft nur dann zur Anerkennung des Verlusts einer ausländischen Tochtergesellschaft verpflichtet ist, wenn keine anderweitige Nutzung des Verlusts mehr möglich ist, kommt eine grenzüberschreitende Verlustverrechnung vor allem im Zeitpunkt der Liquidation der Auslandstochter in Betracht, ferner bei Umstrukturierung, soweit kein Verlustübergang auf den neuen Rechtsträger vorgesehen ist, oder wenn im Ausland eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags existiert und der Vortragszeitraum ausgeschöpft ist<sup>23</sup>. Auch beim Verkauf einer Konzerntochtergesellschaft an einen Dritten soll eine Verrechnung bisher nicht ausgeglichener Verluste nicht in Betracht kommen, wenn die Tochtergesellschaft den Verlust weiterhin nutzen kann, weil der Staat der Tochtergesellschaft keine § 8 Abs. 4 KStG entsprechende Vorschrift kennt oder deren Voraussetzungen nicht eingreifen.

Den Nachweis, dass die Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Verlustverrechnung vorliegen, muss die Muttergesellschaft erbringen<sup>24</sup>. Da es nicht auf die abstrakte Verlustnutzungsmöglichkeit, sondern nur auf die konkrete Verlustnutzung ankommen kann, wird die Muttergesellschaft diesen Nachweis nicht im Jahr der Verlustentstehung, sondern in der Regel erst sehr viel später, im Zweifel am Ende des Auslandsengagements durch Liquidation oder Veräußerung führen können<sup>25</sup>.

Nicht angesprochen wird, ob der Staat der Muttergesellschaft bei fehlender Verlustverrechnungsmöglichkeit durch die Tochtergesellschaft zur Verrechnung der nach dem Steuerrecht des Staats der Tochtergesellschaft ermittelten Verluste verpflichtet ist oder ob der Ermittlung des anzuerkennenden Verlusts das Steuerrecht des Staats der Muttergesellschaft zugrunde zu legen ist. Solange die Gewinnermittlungs- und Verlustverrechnungsregeln nicht harmonisiert sind, kann der Staat der Muttergesellschaft nur nach seinen eigenen Regeln zur Verlustverrechnung verpflichtet werden<sup>26</sup>, wie dies etwa der österreichischen grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerung entspricht (§ 9 Abs. 6 Ziff. 6 öKStG). Das bedeutet aber auch, dass aufgelaufene Verlustvorträge auch bei Liquidation der ausländischen Tochtergesellschaft nicht berücksichtigt wer-

16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695, Rz. 28; EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-307/97 – Compagnie de Saint-Gobain, Slg. 1999, I-6161 = GmbHR 1999, 1149, Rz. 50; EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-35/98 – Verkooijen, Slg. 2000, I-4071 = GmbHR 2000, 947 (LS), Rz. 59; EuGH v. 3.10.2002 – Rs. C-136/00 – Danner, Slg. 2002, I-8147, Rz. 56; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829, Rz. 50; EuGH v. 12.12.2002 – Rs. C-324/00 – Lankhorst-Horhorst, Slg. 2002, I-1179 = GmbHR 2003, 44, Rz. 36; EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02 – Manninen, Slg. 2004, I-7477 = GmbHR 2004, 1346, Rz. 49.

17 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 46.

18 Schlussanträge v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 65 ff.

19 Entwickelt in EuGH v. 28.1.1992 – Rs. C-204/90 – Bachmann, Slg. I-1992, 276, Rz. 21 ff., seither nie wieder bejaht; dazu z.B. *Elicker*, IStR 2005, 89 ff.

20 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 49.

21 *M. Lang*, SWI 2005, 255 (256).

22 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 55 (Hervorhebung nur hier).

23 Eine Pflicht zur vorläufigen sofortigen Verlustverrechnung (so *Raupach/Pohl*, NZG 2005, 489 [491] nach den Schlussanträgen des Generalanwalts; und scheinbar auch *Bergemann/Schönherr/Stäblein*, BB 2005, 1706 [1714]) lässt sich nicht begründen, zumal das Urteil nicht mehr allein auf die Gefahr doppelter Verlustnutzung abstellt, sondern sein Ergebnis auch aus der territorialen Zuordnung der Verluste ableitet. Danach sind die Verluste eben in erster Linie im Staat der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen, um nicht die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zu beeinträchtigen, EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 46.

24 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 56.

25 *Petritz/Schilcher*, SWI 2005, 233 (239).

26 Ebenso *Scheunemann*, Grenzüberschreitende konsolidierte Konzernbesteuerung, 2005, S. 254 f.; *Herzig/Wagner*, DB 2005, I (4).

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

den müssen, wenn der Staat der Muttergesellschaft den Verlustvortrag zeitlich beschränkt und die Verluste aus Perioden stammen, die außerhalb der Vortragsfrist liegen, und zwar selbst dann nicht, wenn der Staat der Tochtergesellschaft selbst keine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags kennt. Friktionen sind vorprogrammiert. Man denke nur an eine Mindestbesteuerung bei zeitlich unbegrenztem Verlustvortrag im Staat der Tochtergesellschaft und voller Verlustverrechnung bei zeitlicher Limitierung im Staat der Muttergesellschaft.

### 4. Kritik

#### a) Verlustvortrag und sofortige Verlustverrechnung nicht äquivalent

Anders als die Schlussanträge<sup>27</sup> spricht das Urteil zu Recht nicht mehr von „gleichwertiger Verlustnutzung“ im Staat der Tochtergesellschaft. Denn gleichwertig wäre nur die sofortige Verlustverrechnung im Konzern. Der Wert der Gruppenbesteuerung liegt gerade in der *zeitnahen* Konsolidierung von Gewinnen und Verlusten. Nur die Übertragung im selben Steuerjahr auf eine andere konzernangehörige Gesellschaft im Staat der Tochtergesellschaft ist einer sofortigen Verrechnung mit Gewinnen der Muttergesellschaft gleichwertig<sup>28</sup>. Dagegen ist der Verlustvortrag der sofortigen Verlustverrechnung selbst bei gleichen Steuersätzen nicht barwertäquivalent.

Damit hat der Gerichtshof zwar sprachlich der Kritik an der „Gleichwertigkeitsthese“<sup>29</sup> des Generalanwalts Rechnung getragen. In der Sache jedoch haben die Richter diesen Gedanken übernommen, ohne den mit der aufgeschobenen Verlustberücksichtigung einhergehenden Liquiditäts- und Zinsnachteil einer gesonderten Rechtfertigung zuzuführen. Damit setzt sich das Urteil in Widerspruch zu früheren Entscheidungen, in denen derartige Nachteile beanstandet wurden<sup>30</sup>. Dies ist umso erstaunlicher, als der Gerichtshof noch eingangs der Urteilsgründe gerade im Liquiditätseffekt der sofortigen Verlustverrechnung den entscheidenden Vorteil der Gruppenbesteuerung gesehen hatte<sup>31</sup>.

#### b) Milderer Mittel der sofortigen Verlustanerkennung mit Nachversteuerung nicht geprüft

Im Hinblick auf den Liquiditätsnachteil aufgeschobener Verlustberücksichtigung hätte sich der Gerichtshof im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung mit der – von den Verfahrensparteien vorgebrachten<sup>32</sup> – Alternative der sofortigen grenzüberschreitenden Verlustanerkennung mit Nachversteuerung als „milderem“ Mittel<sup>33</sup> auseinandersetzen müssen. Der EuGH schweigt sich hierzu aus und verweist nur pauschal weitergehende Erleichterungen in die Harmonisierungskompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers.

Die sofortige Anerkennung der Auslandsverluste im Staat der Muttergesellschaft mit Nachversteuerung, sobald die Tochtergesellschaft wieder Gewinne macht, die ihr eine Verlustverrechnung ermöglichen, wäre grds. gleich geeignet, die vom EuGH akzeptierten Ziele der Mitgliedstaaten zu verwirklichen. Die Gefahr doppelter Verlustverwertung lässt sich durch spätere Hinzurechnung auch mit dieser Methode bannen, wenngleich – dies haben die Erfahrungen mit dem 1999 aufgehobenen § 2a Abs. 3 S. 3 EStG<sup>34</sup> gezeigt<sup>35</sup> – es in der Praxis gelegentlich schwierig ist, die Nachversteuerung auch tatsächlich durchzusetzen. Die Ausnutzung des Steuersatzgefälles ließe sich – allerdings

mit einiger Komplexität – verhindern, indem Verluste, soweit im Staat der Muttergesellschaft ein höherer Steuersatz zur Anwendung kommt, nur quotal berücksichtigt werden. Im Übrigen ist der Steuersatzvorteil auch bei der sofortigen Anerkennung im Staat der Muttergesellschaft nur ein temporärer, soweit es später zur Nachversteuerung kommt. Und auch hinsichtlich der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsrechte unterscheiden sich beide Methoden nur graduell. Einerseits wird die Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse auch dann gestört, wenn der Staat der Muttergesellschaft die Verluste erst anerkennen muss, wenn die Verlustverrechnungsmöglichkeiten im Staat der Tochtergesellschaft ausgeschöpft sind. Auf diese Weise subventionieren Staaten mit großzügigen Verlustverrechnungsmöglichkeiten Staaten mit restriktiven Verlustverrechnungsvorschriften. Dieser Umstand ist nicht zu unterschätzen, da restriktive Verlustrück- und -vortragsregeln häufig eingesetzt werden, um niedrigere Steuersätze zu finanzieren<sup>36</sup>. Andererseits wird auch unter der Nachversteuerungsmethode der Verlust im Ergebnis primär im Staat der Tochtergesellschaft berücksichtigt, weil die Anerkennung im Staat der Muttergesellschaft nur eine vorläufige ist, die wieder rückgängig gemacht wird, sobald im Staat der Tochtergesellschaft Gewinne entstehen. Allerdings würde der Verlustausgleich bei sofortiger grenzüberschreitender Verlustanerkennung tendenziell häufiger im Staat der Muttergesellschaft hängen bleiben, soweit die Tochtergesellschaft später keine Gewinne mehr erwirtschaftet, während bei der vom EuGH favorisierten aufgeschobenen Verlustverrechnung das Risiko, aufgrund abweichender Verlustverrechnungsregime auf dem Verlust sitzen zu bleiben, beim Steuerpflichtigen liegt. Zudem würde bei sofortiger grenzüberschreitender Verlustverrechnung der Staat der Muttergesellschaft in die Pflicht genommen, den Liquiditätsvorteil der Konzernbesteuerung zu finanzieren.

Nachdem sich der EuGH mit der Alternativlösung der sofortigen Verlustanerkennung mit Nachversteuerung nicht

27 Generalanwalt *Poiares Maduro* v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 74, 77, 80.

28 Zutr. *Thömmes*, IWB 2005, Fach 11a, 412 (414).

29 Vgl. z.B. *Petriz/Schilcher*, SWI 2005, 233 (239, 240); *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (308); *M. Lang*, SWI 2005, 255 (256); *Herzig/Englisch/Wagner*, Der Konzern 2005, 298 (311); *Bergemann/Schönherr/Stäblein*, BB 2005, 1706 (1714).

30 EuGH v. 13.7.1993 – Rs. C-330/91 – Commerzbank, Slg. 1993, I-4017, Rz. 15 ff.; EuGH v. 8.3.2001 – Rs. C 397, 410/98 – Metallgesellschaft und Hoechst, Slg. 2001, I-1760, Rz. 54 ff.; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829, Rz. 38; EuGH v. 8.6.2004 – Rs. C-268/03 – De Baeck, HFR 2005, 274, Rz. 24.

31 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 32.

32 Der Gerichtshof erwähnt zwar, dass Marks & Spencer diese Variante vorgetragen haben (EuGH v. 13.12.2005 [Fn. 3], Rz. 54), geht aber später nicht mehr darauf ein.

33 Ebenso *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (309); *Thömmes*, IWB 2005, Fach 11a, 412 (414).

34 Aufgehoben durch StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402).

35 Zu den Problemen der Hinzurechnung vgl. *Probst*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG-/KStG, § 2 a EStG Anm. 272.

36 So begrenzen die neuen EU-Mitgliedstaaten Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien und Tschechien bei niedrigen Körperschaftsteuersätzen den Verlustvortrag auf 5 Jahre; vgl. die Übersicht bei *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (309); s. ferner *Slapio/Jürgensmann*, RIW 2004, 925 (Verlustverrechnung in Polen und Ungarn).

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

auseinandergesetzt hat, kann man nur spekulieren, was ihn dazu veranlasst hat, das Liquiditätsinteresse der Steuerpflichtigen den Interessen der Mitgliedstaaten vollständig unterzuordnen. Da sich eine doppelte Verlustberücksichtigung auch bei sofortiger Verlustanerkennung mit Nachversteuerung ausschließen lässt, muss man wohl folgern, dass er möglichst wenig in die Verteilung der Besteuerungsrechte zwischen den Mitgliedstaaten hineinregieren wollte und dass dies die treibende Kraft der Entscheidungsfindung war.

### c) Praktische Umsetzungsprobleme, insbesondere hinsichtlich der Verlustnutzung durch einen Dritten

Die Umsetzung der Marks & Spencer-Entscheidung wird erhebliche praktische Probleme aufwerfen. So dürfte die Nachweisführung für die Muttergesellschaft schwierig werden, wenn die Tochtergesellschaft nicht formal liquidiert wird, sondern lediglich ihren Betrieb einstellt. Denkbar ist darüber hinaus, dass ein im Rahmen einer Betriebsprüfung ermitteltes Mehrergebnis für einen früheren Veranlagungszeitraum doch noch eine Verlustverrechnungsmöglichkeit im Staat der Tochtergesellschaft eröffnet. Wie in diesem Fall zu verfahren ist, wenn der Staat der Muttergesellschaft den Verlust bereits anerkannt hat, wird nicht angesprochen. Unklar ist ferner, wie die Muttergesellschaft in Erfahrung bringen soll, ob Verluste nach Veräußerung von der Tochter oder (etwa nach weiteren Umstrukturierungsmaßnahmen) bei einem Dritten verrechnet werden konnten<sup>37</sup>. Eine entsprechende Informationspflicht – entweder der Tochtergesellschaft oder des Käufers – müsste im Anteilskaufvertrag vereinbart werden.

Ohnehin überdehnt der EuGH mit der Verlustverrechnung durch einen Dritten sein Gesamtbetrachtungsargument, indem er nicht nur die konzernangehörigen Gesellschaften zusammenfasst, sondern konzernübergreifend die steuerliche Situation eines unbeteiligten Dritten, nämlich des

Käufers der Verlusttochter, mit einbezieht. Da es um die Benachteiligung eines individuellen Steuerpflichtigen, nämlich der Muttergesellschaft mit ausländischen Tochtergesellschaften, geht, darf auch auf der Rechtfertigungsebene nur auf die steuerliche Situation *dieses* Steuerpflichtigen bzw. *dieses* Konzerns abgestellt werden. Deshalb wäre es schlüssiger gewesen, die grenzüberschreitende Verlustverrechnung davon abhängig zu machen, ob der Käufer (mangels § 8 Abs. 4 KStG vergleichbarer Restriktionen) bereit ist, den Barwert des bisher nicht ausgeschöpften Verlustvortrags im Kaufpreis zu vergüten<sup>38</sup>. Nur in diesem Fall käme es bezogen auf die Situation der grenzüberschreitend tätigen Muttergesellschaft zu einer doppelten Kompensation, wenn sie gleichzeitig berechtigt wäre, den Auslandsverlust mit eigenen Gewinnen zu verrechnen. Hat sich der Verlustvortrag dagegen nicht im Kaufpreis niedergeschlagen, ist es aus der Sicht der Muttergesellschaft unerheblich, ob es später zu einer Verlustnutzung bei dem Dritten kommt. Dies kann ihre steuerliche Situation nicht mehr beeinflussen. Umgekehrt spielt es aus der Sicht der Muttergesellschaft letztlich keine Rolle, ob der Dritte später tatsächlich in der Lage sein wird, den Verlust zu nutzen, soweit sie im Kaufpreis eine entsprechende Kompensation erhalten hat.

### 5. Gestaltungswirkungen der Entscheidung

Es ist abzusehen, dass die grenzüberschreitende Verlustnutzung nunmehr zu einer zentralen Beratungs- und Gestaltungsaufgabe werden wird, wenn sich durch Umstrukturierung bzw. Liquidation der Tochtergesellschaft eine Verlagerung des Verlusts in den – möglicherweise höher besteuerten – Staat der Muttergesellschaft erzielen lässt. Die Mitgliedstaaten werden durch – im Zweifel komplizierte – Missbrauchsvermeidungsregeln dagegenhalten und versuchen, die Verlustübernahme auszuschließen, soweit die Liquidation oder Umstrukturierung der ausländischen Tochtergesellschaft allein darauf abzielt, Verluste bei der Muttergesellschaft nutzbar zu machen. Der EuGH stellt den Mitgliedstaaten derartige Maßnahmen der Missbrauchsvermeidung sogar ausdrücklich anheim<sup>39</sup>. Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung dürfte der Missbrauch allerdings nicht unwiderleglich gesetzlich typisiert werden<sup>40</sup>, sondern müsste in jedem Einzelfall nachgewiesen werden.

### III. Zeitlicher Anwendungsbereich des Urteils

Die Entscheidung wirkt mangels anderweitiger Anordnung unbegrenzt in die Vergangenheit zurück<sup>41</sup>. Mit der aktuell intensiv diskutierten und bisher nur in seltenen – ausschließlich nichtsteuerlichen – Ausnahmefällen ausgesprochenen<sup>42</sup> zeitlichen Begrenzung der Entscheidungswirkungen musste sich der Gerichtshof angesichts der überschaubaren fiskalischen Auswirkungen des Entscheidungsausspruchs nicht auseinandersetzen. Die grenzüberschreitende Verlustverrechnung als ultima ratio, noch dazu mit der Möglichkeit, missbräuchliche Gestaltungen auszuschließen, wird keinen nationalen Haushalt in die Krise stürzen<sup>43</sup>. Eine zeitliche Begrenzung der Urteilswirkungen war mangels schwerwiegender Erschütterung der nationalen Finanzierungssysteme<sup>44</sup> nicht erforderlich. Damit ist die Rückwirkungsthematik den Rechtssachen Banca Popolare di Cremona<sup>45</sup> zur italienischen Gewerbesteuer IRAP und Meilicke<sup>46</sup> zum deutschen Anrechnungsverfahren vorbehalten.

37 Krit. auch *Petriz/Schilcher*, SWI 2005, 233 (240).

38 Vorlagefrage 2.c.; EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 55.

39 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 57.

40 EuGH v. 8.7.1999 – Rs. C-254/97 – Baxter, Slg. 1999, I-4809, Rz. 19; EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95 – Leur Bloem, Slg. 1997, I-4161, Rz. 41 ff.; EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 – La-steyrie, GmbHR 2004, 504 m. Komm. *W.Meilicke*, Rz. 59 f.; krit. *Hahn*, IStR 1999, 609 (613).

41 Dazu i.E. *Lindemann/Hackemann*, IStR 2005, 786 ff.

42 Vgl. EuGH v. 2.2.1988 – Rs. C-24/86 – Blaizot, Slg. 1988 I-379, Rz. 28; EuGH v. 16.7.1992 – Rs. C-163/90 – Legros, Slg. 1992, I-4625, Rz. 30; EuGH v. 1.8.1995 – Rs. C-367/93 – Roders BV, Slg. 1995, I-2229, Rz. 43; EuGH v. 9.3.2000 – Rs. C-437/97 – Evangelischer Krankenhausverein Wien, Slg. 2000, I-1157, Rz. 59.

43 Ursprünglich hatte das Bundesfinanzministerium mit Steuerausfällen von bis zu 30 Mrd. € gerechnet, s. *H. Janssen*, EZW 2005, 257. Generalanwalt *Tizzano* hält in den Schlussanträgen zur Rechtssache Meilicke v. 10.11.2005 – Rs. C-292/04, Rz. 35 allerdings auch Steuerausfälle von 5 Mrd. € bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für geeignet, die Urteilswirkungen einzuschränken.

44 EuGH v. 1.8.1995 – Rs. C-367/93 – Roders BV, Slg. 1995, I-2229, Rz. 43; EuGH v. 15.3.2005 – Rs. C-207/03 – Bidar, NJW 2005, 2055, Rz. 69.

45 Rs. C-475/03, Schlussantrag des Generalanwalts *Jacobs* v. 17.3.2005, Rz. 84 ff.

46 Rs. C-292/04, Schlussantrag des Generalanwalts *Tizzano* v. 10.11.2004, Rz. 31 ff.

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organshaft

### IV. Keine Aussage zum Inhalt der Gleichwertigkeit der Niederlassungsformen

Ebenfalls aufgeworfen war die Frage nach einem europarechtlichen Gleichbehandlungsanspruch der Niederlassung in unterschiedlichen Rechtsformen. Der EuGH hat sich einer Antwort entzogen<sup>47</sup>, nachdem sich Generalanwalt *Poiaras Maduro* noch zu Recht ablehnend gegenüber einem europarechtlichen Gebot der Rechtsformneutralität geäußert hatte<sup>48</sup>. Soweit das nationale Steuerrecht auch im reinen Inlandssachverhalt rechtsformabhängig differenziert, lässt sich europarechtlich kein Zwang zur Gleichbehandlung herleiten. Die Niederlassungsfreiheit ist erst dann verletzt, wenn zusätzlich eine Differenzierung in Bezug auf den Ort der Niederlassung vorliegt<sup>49</sup>. Die etwa in der Rechtssache *Saint Gobain*<sup>50</sup> aus Art. 43 Abs. 1 S. 2 EGV abgeleitete Forderung, die Niederlassung durch eine (beschränkt steuerpflichtige) Betriebsstätte müsse der Niederlassung durch eine (unbeschränkt steuerpflichtige) Tochtergesellschaft gleichgestellt werden, ist letztlich nichts anderes als die Anwendung des Inländergleichbehandlungsgebots im Unternehmenssteuerrecht. Sie lässt sich folglich nicht dahingehend umkehren, (unbeschränkt steuerpflichtige) Tochtergesellschaften hätten einen europarechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung mit (beschränkt steuerpflichtigen) Betriebsstätten. Weiteren Aufschluss wird die Entscheidung über die BFH-Vorlage CLT UFA<sup>51</sup> liefern.

### C. Folgerungen für das deutsche Recht der Organshaft

#### I. Übertragbarkeit der Aussagen zur Verlustverrechnung

Marks & Spencer wurde als Schicksalsfrage der deutschen Organshaft gehandelt<sup>52</sup>. Mit dem Rückenwind des EuGH schien es möglich, das seit langem als veraltet bemängelte Organschaftskonzept zu überwinden. Nach Aufgabe des Erfordernisses der wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung sowie des doppelten Inlandsbezugs des Organträgers richtete sich die Kritik insbesondere gegen den Ergebnisabführungsvertrag<sup>53</sup>. Wird es nun, nachdem der EuGH nur verhaltene Töne angeschlagen hat, zu einer grundlegenden Reform der §§ 14 ff. KStG kommen? Wird die Entscheidung den deutschen Gesetzgeber, obwohl er nicht unmittelbar betroffen ist, überhaupt zum Handeln veranlassen?

Zwar unterscheiden sich der britische Group Relief, der eine Verlustübertragung innerhalb der Gruppe in jede Richtung ermöglicht, und die auf den Ergebnistransfer an die Muttergesellschaft gerichtete Organshaft konzeptionell. Die vom EuGH entschiedene Konstellation des Group Relief zwischen Verlusttochter und Gewinnmuttergesellschaft entspricht aber exakt der Konsolidierungsmöglichkeit der Organshaft<sup>54</sup>. Auch das Erfordernis des Ergebnisabführungsvertrags steht der Übertragbarkeit auf die §§ 14 ff. KStG nicht entgegen<sup>55</sup>. Zwar scheidet der Abschluss eines wirksamen Ergebnisabführungsvertrags mit einer ausländischen Tochtergesellschaft in der Regel am kollisionsrechtlich vorrangigen Gesellschaftsrecht des Ansässigkeitsstaats der Tochtergesellschaft<sup>56</sup>, so dass man die Vergleichbarkeit von Gruppen mit und ohne wirksamen Ergebnisabführungsvertrag bezweifeln könnte<sup>57</sup>. Gegen die Vergleichbarkeit spricht auch, dass die Einkünftezurechnung nach §§ 14 ff. KStG gerade mit dem Leistungsfähigkeitstransfer begründet wird, der aber nun einmal einen wirksamen Ergebnisabführungsvertrag voraussetzt<sup>58</sup>. Indes verlagert das Abstellen

auf die Unwirksamkeit des grenzüberschreitenden Ergebnisabführungsvertrags die Europarechtswidrigkeit lediglich in das Gesellschaftsrecht. Das Erfordernis des wirksamen Ergebnisabführungsvertrags begründet eine mittelbare Diskriminierung<sup>59</sup>, da diese Voraussetzung von Konzernen mit Auslandstochtergesellschaften nicht erfüllt werden kann und deshalb typischerweise zu einer Benachteiligung von EU-Ausländern führt<sup>60</sup>. Gestützt auf ein weiteres ebenfalls europarechtswidriges Tatbestandsmerkmal, lässt sich die europarechtliche Unbedenklichkeit der Beschränkung der Organshaft auf Inlandssachverhalte nicht begründen. Dafür dass Deutschland sich auf Unterschiede im Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten nicht berufen kann, um hieraus resultierende Nachteile zu rechtfertigen, spricht auch die zeitgleich mit Marks & Spencer entschiedene Rechtssache SEVIC Systems<sup>61</sup>, die Deutschland zur Aner-

47 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 60.

48 Generalanwalt *Poiaras Maduro* v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 42 ff.; gegen ein allgemeines europarechtliches Gebot der Rechtsformneutralität auch *A. Schnitzer*, ET 2004, 522 (525 ff.); *M. Lang*, SWI 2005, 255 (256); *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (305); *Jacobs*, FS Fischer, 1999, S. 85 (95); *Englisch*, StuW 2003, 88 (94); *Hey* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Einf. KSt. Anm. 109; *Hey*, StuW 2004, 193 (209); a.A. *Raupach/Pohl*, NZG 2005, 489 (490); *Herzig*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, S. 627 (633 ff.); *Dautzenberg*, EWS 2001, 270 (276 f.); grds. auch *Dörr*, Der Konzern 2005, 576 (579 f.).

49 Schlussanträge v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 47.

50 EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-307/97 – *Saint Gobain*, Slg. 1999, I-6161 = GmbHR 1999, 1149, Rz. 35; ferner EuGH v. 28.1.1986 – Rs. 270/83 – *avoir fiscal*, Slg. 1986, 273, Rz. 20; EuGH v. 29.4.1999 – Rs. C-311/97 – *Royal Bank of Scotland*, Slg. 1999, I-2666, Rz. 23.

51 M.E. Erfolg versprechende Vorlage des BFH v. 1.4.2003 – I R 31/01, GmbHR 2003, 852, in der Rechtssache CLT-UFA (Rs. C-253/03); so auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* v. 14.5.2005, IWB 2005, Fach 11a, 855.

52 Z.B. *Dörr*, IStR 2004, 265 ff.; *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (310); *Herzig/Wagner*, DB 2005, 1 ff.; *Jochum*, FR 2005, 577 (578 f.).

53 Vgl. etwa *Grotherr*, StuW 1995, 124 (139 ff.); *Meilicke*, DB 2001, 2387 (2389); *Prinz* in *Herzig* (Hrsg.), Organschaft, 2003, S. 545 (553 ff.); *Krehbühl*, in *Herzig* (Hrsg.), Organschaft, 2003, S. 595 (596); *Raupach/Pohl*, NZG 2005, 489 (492); *Jochum*, FR 2005, 577 ff.

54 So auch *Herzig/Wagner*, DB 2005, 2374 (2379).

55 Ebenso *Rödter*, DStR 2004, 1629; *Bergemann/Schönherr/Stäblein*, BB 2005, 1706 (1712); zurückhaltend dagegen *Wassermeyer*, SWI 2005, 521 (526); *Thiel*, DB 2004, 2603 (2605), der meint, das festhalten am Ergebnisabführungsvertrag ermögliche die Beschränkung der Organshaft auf das Inland.

56 Dagegen dürfte die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Ergebnisabführungsvertrags zwischen deutscher Tochtergesellschaft und ausländischer Muttergesellschaft eher möglich sein.

57 In diese Richtung *Kußmaul/Tcherveniachki*, StuB 2005, 626 (632); *Wagner*, DStZ 2005, 325 (331); *Seer/Kahler/Rüping/Thulfauf*, EWS 2005, 289 (301).

58 Vgl. *Raupach/Pohl*, NZG 2005, 489 (492); *Müller-Gatermann*, FS Ritter, 1997, S. 457 (464).

59 *Wiss. Beirat Ernst & Young*, BB 2005, 754 (755); *Herzig/Wagner*, DB 2005, 1 (7); *Raupach/Pohl*, NZG 2005, 489 (492); *Scheunemann*, Grenzüberschreitende konsolidierte Konzernbesteuerung, 2005, S. 268; *Bergemann/Schönherr/Stäblein*, BB 2005, 1706 (1715).

60 St. Rspr. zur mittelbaren Diskriminierung seit EuGH v. 12.2.1974 – Rs. 152/73 – *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, Slg. 1974, 153 (164).

61 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, GmbHR 2006, 140 m. Komm. *Haritz* – in diesem Heft; dazu auch *Meilicke/Rabback*, GmbHR 2006, 123 – nachstehend abgedruckt.

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

kennung von Verschmelzungen unter Beteiligung ausländischer Rechtsträger zwingt.

Soweit bereits auf der Grundlage der geltenden Rechtslage Folgerungen aus Marks & Spencer gezogen werden sollen, muss der unwirksame Ergebnisabführungsvertrag aber „gelebt“, d.h. vollzogen werden<sup>62</sup>, weil es sonst an dem die Versteuerung beim Organträger begründenden Ergebnistransfer fehlt. De lege ferenda dürfte das Erfordernis des Ergebnisabführungsvertrags nicht haltbar sein.

### II. Anspruch auf Erstreckung sonstiger Vorteile der Organschaft auf grenzüberschreitende Konzerne?

Offen ist auch nach Marks & Spencer, ob sonstige Nachteile, die mit der Beschränkung der Organschaft auf nationale Sachverhalte einhergehen, gerechtfertigt werden können. Die deutsche Organschaft unterscheidet sich vom britischen Group Relief nicht nur dadurch, dass sie sich auch auf die Zurechnung der Gewinne erstreckt. Ein wesentlicher weiterer Effekt ist, dass die Begründung einer Organschaft die Möglichkeit bietet, der Pauschalbesteuerung des § 8 b Abs. 5 KStG bzw. dem Abzugsverbot des § 3 c Abs. 2 EStG zu entgehen<sup>63</sup>. Grenzüberschreitenden Konzernen ist dies verwehrt.

Ob sich diese Ungleichbehandlung rechtfertigen lässt, ist zum einen an der Rechtssache Bosal<sup>64</sup>, zum anderen an Marks & Spencer zu messen. Die pauschal von § 8 b Abs. 5 KStG ausgeschlossenen Betriebsausgaben können, da es sich um Aufwand der Muttergesellschaft handelt, im Staat der Tochtergesellschaft schon begrifflich nicht berücksichtigt werden, sodass hier die Gefahr eines „double dip“ von vornherein nicht besteht. Allerdings beruht auch § 8 b Abs. 5 KStG – insbesondere in der früher noch auf Auslandssach-

verhalte begrenzten Fassung<sup>65</sup>, die inzwischen als Rechtssache Keller Holding<sup>66</sup> ebenfalls den EuGH beschäftigt – auf dem Gedanken, dass der Sitzstaat der Muttergesellschaft nicht zur Anerkennung von Betriebsausgaben verpflichtet werden kann, wenn er die mit diesen in Zusammenhang stehenden Gewinne der Auslandstochter nicht besteuert. Verpflichtet man über die Ausdehnung der Organschaft auf Auslandsgesellschaften gleichwohl den Sitzstaat der Muttergesellschaft zur Anerkennung der Beteiligungsaufwendungen, käme es zu einer Verschiebung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse. Dies scheint der EuGH nach Marks & Spencer – anders als noch in Bosal<sup>67</sup> – für einen Rechtfertigungsgrund zu erachten. Solange ein Ausgleich zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten, den man wohl in ihre Harmonisierungskompetenz verweisen müsste, nicht existiert, müssten die Steuerpflichtigen diesen Nachteil hinnehmen. Denkbar wäre natürlich auch, dass der nationale Gesetzgeber, um Risiken aus dem Weg zu gehen, § 8 b Abs. 5 KStG auch auf Abführungen innerhalb einer Organschaft für anwendbar erklärt. Diskutiert worden ist dies in der Vergangenheit bereits, wenngleich der diesbezügliche Vorstoß Thiel<sup>68</sup> auf wenig Gegenliebe gestoßen ist<sup>69</sup>.

Ausgeschlossen erscheint, dass auf der Grundlage der Grundfreiheiten gefordert werden kann, in umgekehrter Richtung mittels einer Organschaft Gewinne steuerwirksam in andere Mitgliedstaaten zu verlagern<sup>70</sup>. Dies würde klar mit dem vom EuGH anerkannten Interesse an der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse kollidieren. Die Mitgliedstaaten können demnach verhindern, dass über das Instrument der Organschaft, Steuersubstrat beliebig zwischen den Mitgliedstaaten verschoben werden kann. Ausdrückliche Klärung dieser Konstellation ist von der finnischen Rechtssache Oy Esab<sup>71</sup> zu erwarten. Dort geht es um ein Group Contribution-Regime, das anders als der britische Group Relief auch den Transfer von Gewinnen auf andere Konzerngesellschaften vorsieht.

### III. Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers

Spannend bleibt, ob der deutsche Gesetzgeber die Organschaft aus eigenem Antrieb an Marks & Spencer anpasst oder ob er sich auf die beschriebenen Unterschiede der Gruppenbesteuerungskonzepte – insbesondere das Erfordernis des Ergebnisabführungsvertrags – berufen und weitere Klärung durch den EuGH abwarten wird.

Die erste Reaktion des Bundesfinanzministeriums auf die Entscheidung war zurückhaltend<sup>72</sup>. Man werde prüfen, „ob wegen möglicher Parallelen zur Körperschaftsteuerlichen Organschaft die deutschen Steuerregelungen entsprechend anzupassen sind“. Die Entscheidung, wie schnell und ob von selbst oder erst nach Aufforderung der EU-Kommission bzw. aufgrund einer Verurteilung durch den EuGH §§ 14 ff. KStG angepasst werden, dürfte auch von den mit einer abwartenden Haltung verbundenen Haushaltsrisiken abhängen. Allzu große Steuerausfälle sind – auch wenn damit zu rechnen ist, dass der EuGH in einem potenziellen Verfahren zu §§ 14 ff. KStG erst recht mit Rückwirkung entscheiden würde<sup>73</sup> – nicht zu befürchten, zumal sich Gestaltungen, die darauf abzielen, Verluste im Hochsteuerland Deutschland zu verrechnen, auf der Grundlage von Marks & Spencer mit einer Missbrauchsabwehrklausel begegnen ließe.

Andererseits ist wegen der beherrschbaren Haushaltsrisiken wenig wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber auf Marks & Spencer mit der – im Vorfeld der Entscheidung vereinzelt befürchteten<sup>74</sup> – Abschaffung der Organschaft

62 Nagler/Kleinert, DB 2005, 855 (856); Kleinert/Nagler/Rehm, DB 2005, 1869; Raupach/Pohl, NZG 2005, 489 (492).

63 Weitere Vorteile der Organschaft bei Nagler/Kleinert, DB 2005, 855.

64 EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01 – Bosal, Slg. 2003, I-9409 = GmbHR 2003, 1286.

65 Fassung des StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433, geändert durch UntStFG v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, 3858.

66 Rs. C-471/04 auf Vorlage des BFH v. 14.7.2004 – I R 17/03, BStBl. II 2005, 53 = GmbHR 2004, 1597 m. Komm. Roser.

67 EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01 – Bosal, Slg. 2003, I-9409 = GmbHR 2003, 1286, Rz. 41.

68 Thiel, DB 2002, 1340 ff., DB 2002, 1525 ff. u. FR 2002, 925.

69 Vgl. etwa Pupeter, GmbHR 2002, 768 ff. m.w.N.; Rödder, in Herzig (Hrsg.), Organschaft, 2003, S. 154 (158 ff.).

70 So aber Kleinert/Nagler/Rehm, DB 2005, 1869 (1875).

71 Dazu Herzig/Wagner, DB 2005, 2374 ff.

72 Pressemitteilung Nr. 135/2005 v. 13.12.2005 von Frau Staatssekretärin Dr. Barbara Hendricks. Eine bemerkenswerte Passage findet sich hierzu auch im Koalitionsvertrag „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 11.11.2005, B.II.2.8: „Wir werden kurzfristig die unter europarechtlichen Aspekten zweifelhaften Normen überprüfen und anpassen, um Rechtsunsicherheiten für den Standort Deutschland zu vermeiden. ... Wegen der zunehmenden Bedeutung des Europäischen Gerichtshofs in Steuersachen werden wir, ... soweit erforderlich, Normen des deutschen Steuerrechts verteidigen, um die bislang erreichten Grundsätze des internationalen Steuerrechts zu wahren, und damit schwerwiegende finanzielle Auswirkungen auf unsere nationalen Haushalte zu vermeiden.“

73 S. oben B.III.

74 Bergemann/Schönherr/Stäblein, BB 2005, 1706 (1713); Balmes/Brück/Ribbrock, BB 2005, 966 (970).

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

reagiert. Ebenso unwahrscheinlich ist allerdings, dass der Gesetzgeber von sich aus die Organschaft nach österreichischem Vorbild auf ausländische Tochtergesellschaften erstreckt, d.h. Verluste unmittelbar anerkennt und erst dann nachversteuert, wenn im Ausland wieder Gewinne erzielt werden. Zwar wäre eine derartige Lösung unzweifelhaft europarechtskonform<sup>75</sup>, ja würde über das nach Marks & Spencer europarechtlich gebotene Minimum weit hinausgehen und ein wichtiges Signal für die Wettbewerbsfähigkeit des Steuerstandorts Deutschland setzen. Doch dass sich der deutsche Gesetzgeber angesichts der angespannten Haushaltslage ohne Druck als „guter Europäer“ zeigt, ist wenig wahrscheinlich, insbesondere solange die nominelle Kapitalgesellschaftsbelastung weiterhin bei rund 40% liegt, was den Verlustimport nach Deutschland besonders attraktiv macht. Eine derartige Lösung birgt gegenüber der aufgeschobenen Verlustanerkennung jedenfalls einen Zins- und Liquiditätsnachteil für den deutschen Fiskus, verbunden mit der Gefahr eines endgültigen Steuerausfalls, wenn die Nachversteuerung misslingt. Daher spricht vieles dafür, dass der deutsche Gesetzgeber Auslandsverluste nur anerkennen wird, wenn der Organträger nachweisen kann, dass im Staat der Tochtergesellschaft eine Verlustverrechnung nicht mehr in Betracht kommt.

### D. Revision und Erweiterung der bisherigen Rechtfertigungsdogmatik?

Die Entscheidung enthält grundlegend neue Aussagen zur Rechtfertigung der Einschränkung von Grundfreiheiten. Dies verleiht ihr weit über den Anlassfall der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung hinausgehende Bedeutung.

Nachdem infolge der Rechtsachen Futura/Singer<sup>76</sup> und Bosal<sup>77</sup> über die europarechtliche Bedeutung des Territorialitätsprinzip gestritten wurde<sup>78</sup>, stellt der Gerichtshof nun klar, dass die territoriale Begrenzung des Steueranspruchs nicht der Vergleichbarkeit von In- und Auslandsverhältnis entgegensteht, wohl aber im Einzelfall eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann<sup>79</sup>. Dieser Einordnung ist zuzustimmen. Die Prüfung auf der Rechtfertigungsebene erlaubte differenzierte Antworten.

Welcher Stellenwert dem Territorialitätsprinzip als Rechtfertigungsgrund dann aber im Einzelnen beizumessen ist, bleibt unklar. Die territoriale Beschränkung des Besteuerungsanspruchs *allein* soll nicht geeignet sein, eine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhalts zu rechtfertigen, wohl aber, wenn es bei Gleichstellung des Auslandsverhältnisses mit dem Inlandsverhältnis zu einer Verschiebung der Besteuerungsrechte zwischen den Mitgliedstaaten kommt. Zwar hält der EuGH an seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass bloße Aufkommenseinbußen keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen und daher eine Beschränkung nicht rechtfertigen können<sup>80</sup>. Indem er die Wahrung der Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten als Rechtfertigungsgrund akzeptiert, kommt er den Mitgliedstaaten aber ein entscheidendes Stück entgegen. Nachdem der Gerichtshof in den letzten Jahren weitgehend ohne Rücksicht auf die nationalen Fiskalkompetenzen und die abkommensrechtliche Aufkommenszuweisung und -verteilung judiziert hatte und sich damit zuletzt viel Kritik<sup>81</sup> bis zu der Forderung nach Gegenwehr<sup>82</sup> eingehandelt hat, ist er nunmehr genau jenen Stimmen nachgekommen, die eine stärkere Beachtung der

fortbestehenden nationalen Ertragsteuerkompetenzen gefordert hatten<sup>83</sup>. Dem mag die Erkenntnis zugrunde liegen, dass sich einerseits das vom EuGH bisher verfolgte steuerliche Binnenmarktkonzept ohne Finanzausgleichsmechanismen nicht verwirklichen lässt, dass aber andererseits die Mitgliedstaaten auch unter dem Druck des EuGH nicht die Bereitschaft aufbringen, derartige europaweite Ausgleichsmechanismen zu installieren.

Von besonderer Brisanz ist der Rechtfertigungsgrund der „Steuerfluchtgefahr“, bei dem bereits unklar ist, ob es sich um einen neuen Rechtfertigungsgrund handelt oder nur um eine neue Bezeichnung des bereits bisher anerkannten Interesses der Mitgliedstaaten an Missbrauchsvermeidung. Hier rächt sich, dass die Begriffe der Steueraufsicht und Steuerumgehung konturenlos geblieben sind<sup>84</sup>. Es fehlt an einem präzisen europarechtlichen Missbrauchs begriff. Vieles deutete bislang jedoch auf ein enges Missbrauchsverständnis hin, denn der EuGH forderte, es müsse sich um „künstliche“ Gestaltungen handeln<sup>85</sup>, wobei das Ausnutzen eines Steuergefälles zwischen den Mitgliedstaaten von vornherein als nicht missbräuchlich ausgeklammert wurde<sup>86</sup>. Hierin konnte man ein Bekenntnis zum (fairen) Steuerwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten sehen.

Nun scheint der Gerichtshof sein Verständnis der Steuerflucht – allerdings weiterhin ohne Definition – deutlich

75 *Kußmaul/Tcherveniachki*, StuB 2005, 626 (632).

76 EuGH v. 15.5.1997 – Rs. C-250/95 – Futura/Singer, Slg. 1997, I-2471.

77 EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01, Slg. 2003, I-9409 = GmbHR 2003, 1286, Rz. 37 ff.

78 Hierzu etwa *Lehner*, Das Territorialitätsprinzip im Lichte des Europarechts, FS Wassermeyer, 2005, S. 241 ff.

79 Anders noch Generalanwalt *Poiares Maduro*, Schlussanträge v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 63, mit dem Argument, das Territorialitätsprinzip diene ausschließlich der Aufteilung der Steuerquellen durch Anknüpfung an bestimmte Tatbestandsmerkmale, könne aber keine Schlechterstellung des einzelnen Steuerpflichtigen rechtfertigen.

80 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 44; st. Rspr., vgl. z.B. EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695, Rz. 28; EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-307/97 – Compagnie de Saint-Gobain, Slg. 1999, I-6161 = GmbHR 1999, 1149, Rz. 50; EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-35/98 – Verkooijen, Slg. 2000, I-4071 = GmbHR 2000, 947 (LS), Rz. 59; EuGH v. 3.10.2002 – Rs. C-136/00 – Danner, Slg. 2002, I-8147, Rz. 56; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829, Rz. 50; EuGH v. 12.12.2002 – Rs. C-324/00 – Lankhorst-Hohorst, Slg. 2002, I-1179 = GmbHR 2003, 44, Rz. 36; EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02 – Manninen, Slg. 2004, I-7477 = GmbHR 2004, 1346, Rz. 49.

81 BFH v. 14.7.2004 – I R 17/03, BStBl. II 2005, 53 = GmbHR 2004, 1597 m. Komm. *Roser*; ferner *Hey*, StuW 2004, 193 (198); *Seiler*, StuW 2005, 25 (29 f.); *Drüen/Kahler*, StuW 2005, 171 (175).

82 *Ahmann*, DStZ 2005, 75 ff.

83 So z.B. *Kußmaul/Tcherveniachki*, StuB 2005, 626 (633); *Meusen*, EC Tax Review 2003, 144 (147).

84 Berechtigte Kritik von *Hahn*, DStZ 2005, 507 (510).

85 EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695, Rz. 26; EuGH v. 26.9.2000 – Rs. C-478/98 – Eurobonds, Slg. 2000, I-7587, Rz. 37 ff.; EuGH v. 8.3.2001 – Rs. C 397/98 – Metallgesellschaft, Slg. 2001, I-1727, Rz. 57; EuGH v. 12.12.2002 – Rs. C-324/00 – Lankhorst-Hohorst, Slg. 2002, I-1179 = GmbHR 2003, 44, Rz. 37; EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829, Rz. 61.

86 EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-264/96 – ICI, Slg. 1998, I-4695, Rz. 26; EuGH v. 26.10.1999 – Rs. C-294/97 – Eurowings, Slg. 1999, I-7447, Rz. 43 f.



## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organshaft

auszudehnen. Grds. kann die Inanspruchnahme einer Konzernsteuerrechtlichen Verlustverrechnungsregel nicht als missbräuchlich angesehen werden<sup>87</sup>. Von Steuerumgehung könnte nur dann gesprochen werden, wenn Verluste in einer niedrigbesteuerten Auslandstochter allein zwecks Minderung eines hochbesteuerten Gewinns der Muttergesellschaft generiert werden, es also keinerlei außersteuerliche Gründe für die Entfaltung der Auslandsaktivität gibt. Die Übertragung echter wirtschaftlicher Verluste dürfte hingegen in der Regel nicht missbräuchlich sein. Möglicherweise resultiert die Einordnung des EuGH aber daraus, dass er nur auf die Inanspruchnahme der Gruppenbesteuerungsregel abstellt, die in der Tat keinen anderen Zweck als einen steuerlichen Verlustausgleich verfolgt<sup>88</sup>. Dann könnte aber jedenfalls in den Fällen nicht von Steuerflucht gesprochen werden, in denen – wie nach deutschem Recht – die Verlustzurechnung zum Organträger mit einer zivilrechtlichen Verpflichtung verbunden ist, für die Verluste der Organgesellschaft einzustehen. Die Organshaft ist kein rein steuerliches Konsolidierungssystem und damit von vornherein keine rein künstliche Konstruktion. Wenn der EuGH gleichwohl eine Steuerfluchtgefahr annimmt, ist fraglich, ob es ihm überhaupt noch um Missbrauchsbekämpfung geht. Vielmehr scheint nun bereits die Ausnutzung des Steuergefälles zwischen den Mitgliedstaaten Abwehrmaßnahmen zu rechtfertigen. Ohne Präzi-

sierung droht hier ein nahezu beliebig einsetzbares Heilmittel beschränkender Vorschriften heranzureifen, mit dem die mit der Ausübung der Grundfreiheiten verbundene Verlagerung von Steuersubstrat ins Ausland als Steuerflucht bekämpft werden kann. Nicht umsonst wurde bereits in der ersten Reaktion des Bundesfinanzministeriums auf Marks & Spencer dieser Rechtfertigungsgrund dankbar aufgegriffen<sup>89</sup>.

Ausgeblieben ist die erhoffte Klärung der Rolle des Kohärenzprinzips. Bemerkenswerterweise benutzt der Gerichtshof – wie übrigens bereits in der Rechtssache Schempp<sup>90</sup> – den Begriff der Kohärenz nicht ein einziges Mal, obwohl Generalanwalt *Poiares Maduro* seine Argumentation zur Gefahr doppelter Verlustnutzung noch zentral auf das Kohärenzprinzip gestützt hatte<sup>91</sup>.

Die Befürchtung, das Kohärenzprinzip könne zum Einfalltor nationalstaatlicher Abschottungstendenzen werden und die Grundfreiheiten entwerten<sup>92</sup>, lässt sich durch Begriffsvermeidung nicht entkräften, schon gar nicht, wenn an die Stelle des Kohärenzprinzips neue, ebenso konturenlose Rechtfertigungsgründe gesetzt werden. Auch wenn die Schlussanträge an diesem Punkt unnötig weitschweifig sind, ist dem Generalanwalt zuzustimmen, dass die Verhinderung doppelter Verlustnutzung die Kohärenz der nationalen Steuerrechtsordnungen sichert<sup>93</sup>. Es ist bedauerlich, dass die Richter nicht auf die vom Generalanwalt entwickelte griffige Figur der „doppelten Neutralität“ eingegangen sind, wonach die nationalen Steuervorschriften einerseits neutral im Verhältnis zur Ausübung der Grundfreiheiten sein müssen, zum anderen aber auch die Auslegung der Grundfreiheiten möglichst neutral im Verhältnis zum nationalen Steuerrecht sein muss<sup>94</sup>. M.E. sollte das Kohärenzargument in diesem Sinne – von formalistischen und wenig überzeugenden Einschränkungen (Identität von Steuerart und Steuerpflichtigem) befreit<sup>95</sup> – konsequent zur Vermeidung weißer Einkünfte (doppelte Nichtbesteuerung) und sonstiger unberechtigter Steuervorteile, die sich aus dem unabgestimmten Aufeinandertreffen zweier Rechtsordnungen ergeben können, ausgebaut werden<sup>96</sup>.

Neu ist schließlich, dass der Gerichtshof andere weniger belastende Maßnahmen in die Harmonisierungskompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers stellt<sup>97</sup>. Ob es sich hierbei um einen echten Vorbehalt fehlender Harmonisierung<sup>98</sup> handelt, ist nicht ganz eindeutig. Jedenfalls handelt es sich um einen deutlichen Strategiewechsel. In der Vergangenheit hat der EuGH auch dann im Sinne der möglichst vollständigen Verwirklichung eines steuerlichen Binnenmarkts entschieden, wenn eine reibungslose Umsetzung seiner Entscheidungen ohne nachfolgende Harmonisierung kaum denkbar war<sup>99</sup>. Nun scheint sich der EuGH auf die Gewährleistung eines Minimumgehalts der Grundfreiheiten zurückzuziehen und überantwortet den weitergehenden Abbau der Beschränkungen der Harmonisierungskompetenz der Mitgliedstaaten. Damit kehrt sich jetzt wohlmöglich das „Warten auf den EuGH“<sup>100</sup> wieder um in ein Warten auf den EU-Gesetzgeber.

### E. Fernwirkungen

#### I. Präjudizwirkung für zukünftige Entscheidungen

Angekündigt hatte sich die restriktivere Haltung des EuGH bereits in der Rechtssache „D“<sup>101</sup> zur Existenz eines europarechtlichen Meistbegünstigungsprinzips, das allerdings auch im Schrifttum kontrovers diskutiert worden

87 Zu den Gestaltungsmöglichkeiten unter der österreichischen Gruppenbesteuerungsregel vgl. *Gahleitner/Furherr*, Der Konzern 2005, 129 (135 ff.).

88 In diese Richtung EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95 – *Leur Bloem*, Slg. 1997, I-4161, Rz. 47, zur Auslegung von Art. 11 der Fusionsrichtlinie.

89 Pressemitteilung Nr. 135/2005 v. 13.12.2005 von Frau Staatssekretärin *Dr. Barbara Hendricks*.

90 Ebenso bereits in der Rechtssache *Schempp*, EuGH v. 12.7.2005 – Rs. C-403/03, IStR 2005, 565, obwohl sich auch hier die Entscheidung in der Sache schlüssig auf das Kohärenzprinzip (Vermeidung doppelter Vorteile) hätte stützen lassen.

91 Schlussanträge v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 67 ff.

92 Warnend *Thömmes*, IWB 2005, Fach 11a, 861 (862); *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (308).

93 A.A. *Thömmes*, IWB 2005, Fach 11a, 412 (413), der das Interesse der Mitgliedstaaten, eine doppelte Verlustberücksichtigung zu verhindern, nicht als Frage der Kohärenz, sondern der Missbrauchsbekämpfung verstanden wissen will. Dagegen spricht, dass die Tochtergesellschaft in den meisten Mitgliedstaaten auf den Verlustvortrag nicht verzichten kann.

94 Schlussanträge v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 67.

95 In diese Richtung noch EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02 – *Manninen*, Slg. 2004, I-7477 = *GmbHR* 2004, 1346, Rz. 40 ff.; *Hey*, *StuW* 2004, 193 (200); *Seer/Kahler/Rüping/Thulfauf*, *EWS* 2005, 289 (297).

96 *Hey*, *IFSt-Schrift* Nr. 428, 2005, S. 51 f.

97 EuGH v. 13.12.2005 (Fn. 3), Rz. 58.

98 Vom Generalanwalt noch deutlich zurückgewiesen, vgl. Schlussanträge v. 7.4.2005 (Fn. 5), Rz. 4 f., 21 f.

99 Sehr deutlich wird dies anhand der Rechtssache *Lankhorst-Horst*, EuGH v. 12.12.2002 – Rs. C-324/00, Slg. 2002, I-1179 = *GmbHR* 2003, 44. Die mangelnde Einigungsbereitschaft hat zum einen zur Ausdehnung von § 8a KStG auf das Inland geführt, zum anderen verursachen die unabgestimmten Gesellschafterfremdfinanzierungsregelungen der Mitgliedstaaten nun Doppel- ebenso wie Nichtbesteuerungsprobleme.

100 *Blumers/Kinzl*, *BB* 2005, 971.

101 EuGH v. 5.7.2005 – Rs. C-376/03 – „D“, IStR 2005, 483; vgl. *M. Lang*, *SWI* 2005, 365: „Das EuGH-Urteil in der Rechtssache D. – Gerät der Motor der Steuerharmonisierung ins Stottern?“, in die gleiche Richtung EuGH v. 12.7.2005 – Rs. C-403/03 – *Schempp*, IStR 2005, 565.

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

war<sup>102</sup>. In Marks & Spencer setzt der Gerichtshof diese Linie fort und verschiebt mit der Formulierung neuer Rechtfertigungsgründe die Koordinaten zur europarechtlichen Beurteilung nationaler Steuervorschriften. Es wird sich zeigen, ob der EuGH dauerhaft auf eine Minimalposition zurückfällt. Möglicherweise stand er bei der Entscheidung der Rechtssache Marks & Spencer unter zu großem politischem Druck. Genügend Vorabentscheidungsersuchen, anhand derer der EuGH seine neue Linie präzisieren kann, liegen vor.

So bieten konkret zum Thema der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung sowohl die deutsche Rechtssache Ritter-Coulais als auch die erst seit kurzem anhängige Rechtssache Oy Esab<sup>103</sup> zur finnischen Gruppenbesteuerung Gelegenheit, die holzschnittartige Begründung von Marks & Spencer durch zusätzliche Argumente nachvollziehbar zu machen. In eine ähnliche Richtung geht auch die Vorlage des FG Köln in der Rechtssache REWE Zentralfinanz<sup>104</sup> zum Verbot der Teilwertabschreibung auf Auslandsbeteiligungen. Dass der EuGH in der Sache anders entscheiden wird, ist allerdings kaum vorstellbar. Ein Abrücken von Marks & Spencer nur kurze Zeit später würde die Glaubwürdigkeit des EuGH erschüttern. Zwar hat Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen zu Ritter-Coulais<sup>105</sup> die volle grenzüberschreitende Verlustverrechnung gefordert, ohne die Gefahr der doppelten Verlustnutzung auch nur zu erwähnen. Über die Schlussanträge kann sich der EuGH aber sehr viel leichter hinwegsetzen als über seine eigene Rechtsprechung<sup>106</sup>.

Fraglich ist, wie der EuGH die im wesentlichen auf den Liquiditäts- und Zinsnachteil des nur auf Vergütungsansprüche ausländischer Künstler erhobenen Quellenabzugs gestützte Rechtssache FKP Scorpio<sup>107</sup> entscheiden wird, nachdem er in Marks & Spencer den Liquiditätsnachteil der aufgeschobenen Verlustverrechnung gar keiner gesonderten Rechtfertigungsprüfung mehr unterzogen hat. Liegt dem wohlmöglich konkludent eine – in früheren Entscheidungen immer abgelehnte<sup>108</sup> – de minimis-Betrachtung zugrunde, wonach Liquiditätsnachteile als lediglich temporäre Nachteile hinzunehmen sind?

Sollte der EuGH seine Rechtsprechung zu Marks & Spencer in der Rechtssache Ritter-Coulais wiederholen, wird sich dem BFH die Frage stellen, ob er in dem zur Abschaffung von § 2a Abs. 3 EStG anhängigen Revisionsverfahren (Vorinstanz FG Baden-Württemberg)<sup>109</sup> überhaupt noch eine Entscheidung des EuGH einholen wird. Dies wäre aber schon deshalb wünschenswert, weil es den EuGH zu den in Marks & Spencer schuldig gebliebenen Aussagen zur sofortigen grenzüberschreitenden Verlustverrechnung mit Nachversteuerung zwingen würde. Ohnehin bleibt zu hoffen, dass die deutsche Finanzgerichtsbarkeit ihre offensive Vorlagepolitik der letzten Jahre trotz des Dämpfers durch Marks & Spencer beibehält. Nur auf der Grundlage ausreichenden Fallmaterials ist eine Klärung zu erwarten, ob und inwieweit der EuGH tatsächlich von seiner bisherigen Rechtsprechungspraxis abzurücken gedenkt.

### II. Auswirkungen auf die Harmonisierungsstrategie der Kommission

Weitergehende Erleichterungen der grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerung verweist der Gerichtshof in die Harmonisierungskompetenz der Mitgliedstaaten. An ihnen liegt es nun, die – nach Marks & Spencer fortbestehenden,

wenngleich gerechtfertigten – Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit für grenzüberschreitend tätige Konzerne zu beseitigen<sup>110</sup>. Zu diesem Zweck war geplant, im Laufe des Jahres 2006 eine Empfehlung (keinen Richtlinienvorschlag) zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung zu präsentieren<sup>111</sup>. Es bleibt abzuwarten, ob die Kommission an diesem Vorhaben festhalten wird. Dies hängt sicherlich auch davon ab, inwieweit die Mitgliedstaaten nach der Entscheidung in der Rechtssache Marks & Spencer Bereitschaft zeigen, ihre sehr uneinheitlichen Verlustverrechnungsregime<sup>112</sup> anzugleichen, um europaweit für eine einheitliche („gleichwertige“) Verlustnutzung zu sorgen.

In Richtung einer echten europaweiten Konzernbesteuerung gehen die Arbeiten an der einheitlichen Körperschaftsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage<sup>113</sup>. Die Vereinheitlichung der Gewinnermittlung ist notwendige Voraussetzung einer wahren europaweiten Konzernbesteuerung. Denn erst eine einheitliche Bemessungsgrundlage ermöglicht die Aufteilung des Konzernergebnisses zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten<sup>114</sup>. Das Projekt

102 Überblick über den Meinungsstand bei *Kraft/Robra*, RIW 2005, 247 (249 ff.).

103 Rs. C-231/05 (Vorabentscheidungsersuchen des finnischen Obersten Verwaltungsgerichts v. 23.5.2005).

104 Rs. C-347/04 auf Vorlage des FG Köln v. 15.7.2004 – 13 K 1908/00, EFG 2004, 1609.

105 Generalanwalt Léger v. 1.3.2005, IWB 2005, Fach 11a, 839 = IStR 2005, 237 mit Anm. Eicker, IStR 2005, 238 f.

106 Denkbar ist aber auch, dass der EuGH die Vorlage bereits unter Berufung auf die Rechtssache Werner, EuGH vom 26.1.1993 – Rs. C-112/91, Slg. 1993, I-429, zurückweisen wird, da die Unterhaltung des selbstgenutzten Einfamilienhauses in Frankreich durch die Eheleute Ritter-Coulais keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, so dass bereits die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zweifelhaft ist.

107 Vorlagebeschl. des BFH v. 28.4.2004 – I R 39/04 – FKP Scorpio, BStBl. II 2004, 878 (EuGH C-290/04, ABl. EG 2004, Nr. C 228/54); dazu ausführlich insbesondere im Hinblick auf den Zins- und Liquiditätsnachteil *Loukota/Hohenwarter*, SWI 2004, 539 (541 ff.).

108 Vgl. hierzu *Hahn*, DStZ 2005, 507 (512) mit Hinweis u.a. auf EuGH v. 28.1.1986 – Rs. 270/83 – *avoir fiscal*, Slg. 1986, 273, Rz. 21.

109 Die Vorinstanz (FG Baden-Württemberg v. 30.6.2004 – 1 K 312/03, EFG 2004, 1694 ff.), hatte einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit abgelehnt, was im Schrifttum auf deutliche Kritik gestoßen war, vgl. *Cordewener*, DStR 2004, 1634 ff.; Nachweis weiterer FG-Verfahren bei *Vliegen*, IWB 2005, Fach 11 Gr. 2, 1201 (1203 ff.).

110 Zur Zukunft der Organschaft in der Europäischen Union *Schön*, in Herzig (Hrsg.), *Organschaft*, 2003, S. 612 ff.

111 IStR-Länderbericht, Heft 13/2005.

112 Übersicht bei *Scheunemann*, IStR 2005, 303 (309).

113 Mitteilung der Kommission „Ein Binnenmarkt ohne steuerliche Hindernisse. Strategie zur Schaffung einer konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage für die grenzüberschreitende Unternehmenstätigkeit in der EU“ vom 23.10.2001 KOM (2001) 582 endg.; vgl. ferner die Mitteilung der Kommission „Ein Binnenmarkt ohne unternehmenssteuerrechtliche Hindernisse: Ergebnisse, Initiativen, Herausforderungen“ KOM (2003) 726 endg. Vgl. aber auch Alternativmodelle, die ohne formelle Bemessungsgrundlagenharmonisierung auskommen versuchen wie die Home State Taxation (dazu *Lodin/Gammie*, *European Taxation* 1999, 8) oder das ETAS System (s. *Hernler*, SWI 2004, 392; *Hernler*, ET 2004, 246).

114 *Montag*, in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 18. Aufl. 2005, § 18 Rz. 422.

## „Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organshaft

wird zurzeit energisch vorangetrieben, und zwar unter Beteiligung aller, auch der harmonisierungsskeptischen Mitgliedstaaten. Ob man sich jedoch dereinst wirklich auf ein gemeinsames Gewinnermittlungssystem und – wohl noch schwieriger – einen Aufteilungsschlüssel für das Konzernergebnis wird einigen können<sup>115</sup>, ist sehr fraglich<sup>116</sup>. Es wäre eine geradezu paradoxe Reaktion, wenn die Mitgliedstaaten nun, nachdem der EuGH den Druck lockert, aus eigener Kraft die bisher vermisste Integrationsbereitschaft zeigten<sup>117</sup>.

### F. Fazit und Ausblick

Über den konkreten Anlass hinaus wird es lange dauern, bis die Rechtssache Marks & Spencer verarbeitet ist. Die Antwort auf die Vorlagefrage des britischen High Courts schien vor dem Hintergrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung so eindeutig. Umso größer wird jetzt die Enttäuschung ausfallen. Aber ist diese berechtigt? Aus der

<sup>115</sup> Skeptisch auch Schön, in Herzig (Hrsg.), Organshaft, 2003, S. 612 (619f.).

<sup>116</sup> Denkbar wäre es, die einigungsbereiten Mitgliedstaaten im Wege verstärkter Zusammenarbeit (Art. 43 EUV) zusammenzuführen.

<sup>117</sup> Skeptisch auch Anzinger, StuW 2002, 261 (263); Laule, IStR 2002, 297 (306); Beiser/Püzl, SWI 2004, 596 (609ff.).

Sicht der Steuerpflichtigen war die Rechtsprechung des EuGH durchweg positiv, auch wenn der Schuss gelegentlich nach hinten losging, weil die Mitgliedstaaten die Rechtsprechung zu einer Schlechterstellung des reinen Inlandssachverhalts nutzten. Dennoch musste sich der EuGH vorhalten lassen, dass er den Mitgliedstaaten ein steuerliches Binnenmarktbild aufzuzwingen versuchte, das weder der Realität noch dem Wunsch der Mitgliedstaaten entspricht. Nationalstaatliche Haushaltsverantwortung gepaart mit dem Fehlen eigenständiger Finanzausgleichsmechanismen haben Zugeständnisse der Mitgliedstaaten aus verständlichem Grund verhindert. Und die Hoffnung des EuGH, er könne die Mitgliedstaaten zu Einigungen zwingen, war wohl doch allzu optimistisch.

Es wird einer ganzen Reihe von Folgeentscheidungen bedürfen, um beurteilen zu können, wohin die Rechtsprechung des EuGH langfristig gehen wird. Die Kürze des Urteils, die Wahl offener Formulierungen und die Kreation neuer Rechtfertigungsgründe, ohne das Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung zu klären, mag ein Zeichen dafür sein, dass die Urteilsfindung sehr kontrovers verlaufen ist. Den der EuGH-Rechtsprechung Unterworfenen mutet die Technik des Weglassens von Begründungen erhebliche Rechtsunsicherheit zu. Anders als in der Vergangenheit dürfte es in Zukunft sehr viel schwieriger sein, die Erfolgsaussichten von Vorabentscheidungsersuchen zu taxieren.

*Dr. Wienand Meilicke, LL.M. taxation / Dr. Dieter E. Rabback\**

## Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Sevic und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Steuerrecht

Die Autoren legen dar, dass als Konsequenz der Sevic-Entscheidung des EuGH v. 13.12.2005 (GmbHHR 2006, 140 m. Komm. Haritz – in diesem Heft) Verschmelzungen nach Deutschland hinein diskriminierungsfrei zulässig sind und dass infolgedessen an die Hineinverschmelzung auch steuerlich keine nachteiligeren Rechtsfolgen als an eine Verschmelzung zwischen inländischen Rechtsträgern

geknüpft werden können. Außerdem verlangt der EuGH ganz allgemein Diskriminierungsfreiheit bei Umwandlungen über die Grenze, so dass ungeachtet jeder Harmonisierungs-Richtlinie Verschmelzungen und Spaltungen auch zwischen ausländischen Unternehmen und aus Deutschland heraus handels- und steuerrechtlich diskriminierungsfrei zulässig sind.

### I. Einführung

Obwohl die Literatur seit Jahren auf die diskriminierende Wirkung des deutschen Umwandlungsgesetzes und Umwandlungssteuergesetzes hinweist<sup>1</sup>, haben die deutschen Gerichte unter Verstoß gegen die Grundsätze des C.I.L.F.I.T.-Urteils des EuGH<sup>2</sup> die Vorlage einschlägiger Rechtsfragen abgelehnt<sup>3</sup>. Dankenswerterweise hat das LG Koblenz<sup>4</sup> sich über die deutsche Phalanx der Vorlageverweigerer hinweggesetzt und dadurch das Ur. der großen

Kammer des EuGH v. 13.12.2005<sup>5</sup> bewirkt, mit welchem die Niederlassungsfreiheit auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen durchgesetzt wird. Die Entscheidung hat weit über den Vorlagefall hinaus grundsätzliche Bedeutung.

### II. Verschmelzung nach Deutschland hinein

Vorgelegt war ein Fall der Verschmelzung nach Deutschland hinein: die deutsche Sevic Systems AG hatte mit ei-

\* Dr. Wienand Meilicke, licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.) ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Bonn; Dr. Dieter E. Rabback ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in Köln.

<sup>1</sup> S. schon die Arbeiten und Referate des Bonner Zentrums über grenzüberschreitende Umstrukturierung, Kronke, ZGR 1994, 26 (34f., 37 f.); W.Meilicke, GmbHHR 2004, 511; W.Meilicke, GmbHHR 2003, 793 (802f.); Drygala, ZIP 2005, 1995; Lutter/

Drygala in Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 1 Rz. 6; Roth, IPRax 2003, 117 (121ff.); Wiesner, DB 2005, 91 (93).

<sup>2</sup> EuGH v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 (3430).

<sup>3</sup> OLG Brandenburg v. 30.11.2004 – 6 Wx 4/04, GmbHHR 2005, 484 m. zust. Komm. Ringe, GmbHHR 2005, 487 (488f.).

<sup>4</sup> LG Koblenz v. 16.9.2003 – 4 HK.T 1/03, GmbHHR 2003, 1213.

<sup>5</sup> EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – Sevic, GmbHHR 2006, 140 m. Komm. Haritz – in diesem Heft.