

Finale Verluste im nationalen und europäischen Recht

I. Zur Rolle der Rechtsfortbildung durch den I. Senat des Bundesfinanzhofs

Der Geschäftsverteilungsplan des Bundesfinanzhofs¹ weist dem I. Senat traditionell die Zuständigkeit für Körperschaftsteuer und Internationales Steuerrecht zu. Diese Verantwortung für zentrale Felder des Unternehmensteuerrechts begründet seine besondere Bedeutung und verleiht den Judikaten standortpolitische Ausstrahlung. Mit der Zuständigkeit für das Internationale Steuerrecht ist der Senat gefordert, nationale Steuerrechtsordnung und europäische Rechtsordnung zu integrieren. *Dietmar Gosch* hat sich diesen Herausforderungen als Vorsitzender des I. Senats seit 2005 in herausragender Weise gestellt.²

Besonders intrikat ist die Rolle des Senats im Hinblick auf das Unionsrecht. Zwar lassen die europarechtlichen Vorgaben keinen Winkel des nationalen Steuerrechts unberührt, die große Mehrzahl der die direkten Steuern betreffenden Entscheidungen des EuGH ergeht jedoch zum Unternehmensteuerrecht, namentlich zum Körperschaftsteuerrecht in seiner Anwendung auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Damit fällt die Umsetzung der EuGH-Entscheidungen zum Recht der direkten Steuern in vielen Fällen dem I. Senat zu. Der Anwendungsvorrang zwingt zur Befolgung der Grundfreiheiten in der Interpretation des EuGH auch bei entgegenstehendem Gesetzeswortlaut.³ Bleibt der Gesetzgeber untätig, so liegt es in der Verantwortung des I. Senats, Art. 4 Abs. 3 EU-Vertrag Genüge zu leisten und für eine effektive Verwirklichung des Unionsrechts zu sorgen.⁴ Die jede staatliche Einrichtung bindende unionsrechtliche Loyalitätspflicht sprengt die geläufigen, freilich niemals besonders trennscharfen Grenzen zwischen Rechtsanwendung, Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung auf. Es muss gegebenenfalls nicht nur *praeter legem*, sondern auch *contra legem* judiziert werden. Wären die Vorgaben des EuGH präzise und ohne dogmatische Brüche, so verbliebe dem nationalen Gericht nur ein kleiner Spielraum. Indes tastet sich die Rechtsprechung des EuGH vielfach über mehrere Entscheidungen an die Problemlösung heran, lässt viele Umsetzungsfragen offen, kann schon deshalb nur grobe Richtschnur sein, weil es nicht um Details der nationalen Rechtsordnungen, sondern um die allgemeingültige Auslegung der Grundfreiheiten geht. Die Lücken könnte und müsste der nationale Gesetzgeber schließen, verweigert er dies, muss die Gerichtsbarkeit einspringen. Interessant ist dann in erster Linie, ob das Gericht weiterhin offene Fragen selbst klären darf oder erneut vorlegen muss.⁵ Unzweifelhaft ist nur der Auftrag zur Durchsetzung klarer Vorgaben

¹ Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2015, BStBl. II 2015, 96.

² Nicht ohne Zweifel, ob der BFH die Aufgabe bewältigen kann, *Gosch* Ubg 2009, 73 (78).

³ Im Einzelnen *Englisch/Schaumburg/Schaumburg* Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 4.18 ff.

⁴ *Gosch* BFH/PR 2008, 491.

⁵ Auf die Vorsitzendenzeit von *Dietmar Gosch* entfallen zahlreiche Vorabentscheidungsersuche an den EuGH, vgl. u.a. BFH 28.6.2005 – I R 114/04, BStBl. II 2005, 835; BFH 22.2.2006 – I R 56/05, BFH/NV 2006, 1591; BFH 28.6.2006 – I R 84/04, BStBl. II 2006, 861; BFH 22.8.2006 – I R 116/04, BStBl. II 2006, 864; BFH 29.11.2006 – I R 45/05, BStBl. II 2007, 398; BFH 7.3.2007 – I R 25/05, BStBl. II 2007, 679; BFH 9.2.2011 – I R 71/10, BStBl. II 2011, 500; BFH 14.5.2013 – I R 49/12, BStBl. II 2014, 22.

des EuGH (sog. *acte clair*-Doktrin),⁶ zur *Not contra legem*. Das nationale Recht ist *europarechtskonform fortzubilden*. In keinem Fall ist das nationale Gericht aber zur *Fortbildung des Europarechts* berufen; diese obliegt allein dem EuGH, und so sieht sich der I. Senat nicht selten in der Gewaltenteilungsklemme zwischen EuGH und Gesetzgeber.

Gewaltenteilungsfragen stellen sich vermehrt auch im rein nationalen Kontext im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der anzuwendenden Normen.⁷ Dabei gelten für die Abgrenzung zwischen der Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung und der Notwendigkeit zur Richtervorlage gem. Art. 100 GG für das Unternehmensteuerrecht keine anderen Maßstäbe als in anderen Rechtsgebieten. Insbesondere darf sich der Bundesfinanzhof auch durch verfassungskonforme teleologische Reduktion oder Extension des Gesetzeswortlautes nicht über den Plan des Gesetzgebers hinwegsetzen, sei dieser auch seiner Ansicht nach eindeutig verfassungswidrig.⁸ Dies zu beurteilen, obliegt allein dem Bundesverfassungsgericht. Zu einem Problem wird diese im Gewaltenteilungsprinzip verankerte Aufgabenteilung, weil das Bundesverfassungsgericht im Unternehmensteuerrecht an einem blinden Fleck zu leiden scheint, der die Maßstäbe gegenüber anderen Feldern des Steuerrechts, etwa der Familienbesteuerung, deutlich vergrößert.⁹ Die Lücke zu füllen, steht jedoch nicht dem Bundesfinanzhof zu. Dies akzeptiert auch der I. Senat, freilich ohne seine verfassungsrechtlichen Überzeugungen zurückzudrängen, sondern indem er sich vermehrt des Instruments der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 GG bedient.¹⁰ In jeder Richtervorlage steckt freilich auch ein über die Anwendung des einfachen Gesetzesrechts hinausgehender schöpferischer Akt, denn die Ableitung konkreter Schlussfolgerungen aus dem Grundgesetz übersteigt die schlichte Normauslegung.

Im Folgenden soll diese schöpferische Rolle des I. Senats und mit ihm seines Vorsitzenden *Dietmar Gosch* für den Bereich der Verlustverrechnung sowohl auf verfassungsrechtlicher als auch auf europarechtlicher Ebene gewürdigt werden.

II. Der steuerliche Verlust

1. Verlust als aggregierte Saldogröße

Zu einem der fundamentalen Grundsätze des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts gehört die Beschränkung des Steuerzugriffs auf das Nettoeinkommen.¹¹ Nur Nettoeinkommen vermittelt Leistungsfähigkeit zur Zahlung von Steuern. Zur Einkommenserzielung eingesetzter Aufwand muss folglich die steuerliche Bemessungsgrundlage mindern. Übersteigen abzugsfähiger Aufwand/abzugsfähige Ausgaben den Ertrag/die Einnahmen einer Besteuerungsperiode, so entsteht ein Verlust.

⁶ Vgl. EuGH 27.3.1963 – 28-30/62, Slg 9, 63 (Rn. 80 f.) – *Da Costa*; EuGH 6.10.1982 – 284/81, Slg 1982, 3415 (Rn. 14 ff.) – *C.I.L.F.I.T.*

⁷ Analyse der Rechtsprechung der Finanzgerichte unter diesem Gesichtspunkt *Drüen* *StuW* 2012, 269.

⁸ BVerfG 11.1.2005 – 2 BvR 167/02, BVerfGE 112, 164 (183).

⁹ *Schulze-Osterloh* FS Raupach, 2006, 531 f.; *Hey* *StbJb* 2007/2008, 19 (50); *Drüen* *Ubg* 2009, 23; *Hey* FS Herzig, 2010, 7 (8).

¹⁰ BFH 22.8.2006 – I R 25/06, BStBl. II 2007, 793; BFH 27.8.2008 – I R 33/05, BStBl. II 2010, 63; BFH 10.8.2011 – I R 39/10, BStBl. II 2012, 603; BFH 10.1.2012 – I R 66/09, BFH/NV 2012, 1056; BFH 10.4.2013 – I R 80/12, BStBl. II 2013, 1004; BFH 6.6.2013 – I R 38/11, BStBl. II 2014, 398; BFH 27.11.2013 – I R 36/13, BStBl. II 2014, 651; BFH 11.12.2013 – I R 4/13, BStBl. II 2014, 791; BFH 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016; BFH 20.8.2014 – I R 86/13, BStBl. II 2015, 18.

¹¹ Grundlegend *Ruppe* *DStJG* 3 (1980), 103 (105 ff., 144 ff.); s. ferner die Nachweise bei *Tipke/Lang/Hey* *Steuerrecht*, § 8 Rn. 54 Fn. 1.

Einigkeit besteht jedoch nur über diese grundlegende Arithmetik. Die Frage, ob und wann Aufwand und ob und wann Verluste zu berücksichtigen sind, gehört dagegen zu den unstrittensten und auch nicht pauschal lösbaren Fragen des Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuerrechts.

Der Verlust ist nicht nur eine Saldogröße aus positiven und negativen Erfolgsbeiträgen, sondern das Aggregat sämtlicher Regeln zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage. Welche Aufwands- und Abzugstatbestände einen festgestellten Verlust begründen, lässt sich ihm nicht ansehen.¹² Die Konsistenz des Verlusts ist ein Geheimnis, das noch nicht einmal der nationale Gesetzgeber im Nachhinein aufzulösen vermag, was die fruchtlose Debatte um echte und unechte Verluste, wirtschaftliche und künstliche (steuerliche) Verluste zeigt.¹³ Um die Geltendmachung künstlicher Verluste zu vermeiden, muss an den ihnen zugrundeliegenden Aufwandstatbeständen angesetzt werden. Der Versuch, Steuerergünstigungen und aufwandgenerierenden Steuergestaltungen im Nachhinein mit Einschränkungen der Verlustberücksichtigung beizukommen, scheitert regelmäßig daran, dass sie sich nach dem Saldierungsvorgang nicht mehr abschichten lassen.

2. Verlust als Folge des Zeitpunktes der Berücksichtigung von Aufwand

Aber auch die Einigkeit, dass echter wirtschaftlicher Aufwand berücksichtigt werden muss, betrifft lediglich das Ob,¹⁴ endet aber am Zeitpunkt der Berücksichtigung.¹⁵ Im Unternehmensteuerrecht geht es dabei um Kernfragen des Steuerbilanzrechts. Das umstrittene steuerrechtliche Imparitätsprinzip¹⁶ schlägt sich nieder im Zeitpunkt der Entstehung von Aufwand und ist damit Ausgangspunkt der Verlustentstehung.¹⁷ Das Bedürfnis nach Rückstellungsbildung beruht auch auf der eingeschränkten Möglichkeit des Verlustrücktrags.¹⁸ Verlustvorträge im Unternehmensteuerrecht basieren zu einem erheblichen Umfang auf Rückstellungen oder Teilwertabschreibungen.

3. Verlustberücksichtigung im Spannungsfeld von Abschnitts- und Lebenseinkommensprinzip

Erst im Anschluss stellt sich die Frage nach der interperiodischen Verlustberücksichtigung basierend auf der Grundsatzkontroverse Abschnittsprinzip versus Lebenseinkommensprinzip.¹⁹ Wenig überzeugend rechtfertigt der BFH die durch § 10d Abs. 2 EStG bewirkte Streckung des Verlustvortrags mit der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, diese beiden Grundsätze zu einem Ausgleich zu bringen.²⁰ Die Zulässigkeit einer zeitlich ver-

¹² M. Lang European Taxation 2014, 530 (535).

¹³ Schulze-Osterloh JbFStR 1984/85, 267; und die Diskussionen auf der 29. Jahrestagung der DStJG 2004 zum Generalthema Verluste im Steuerrecht; s. etwa bei Eckhoff DStJG 28 (2005), 9 (35 ff.); zur diesbezüglichen BFH-Rspr. insb. des XI. Senats (z. B. BFH 9.3.2011 – XI R 56/05, BStBl. II 2011, 649) krit. Herrmann/Heuer/Raupach/Hallerbach EStG § 10d Anm. 10.

¹⁴ Das Problem des vertikalen Verlustausgleichs kann im Bereich des Unternehmensteuerrechts ausgeblendet werden. Der Gesetzgeber brauchte für diese Erkenntnis allerdings den Versuch des § 2 Abs. 3 S. 2–8 EStG i.d.F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24.3.1999, BGBl. I 1999, 402.

¹⁵ Eckhoff DStJG 28 (2005), 9 (28 ff.).

¹⁶ Hennrichs DStJG 24 (2001), 301 (317 ff.).

¹⁷ Zu Recht betont Sieker DStJG 28 (2005), 155, die Bedeutung dieser Vorfrage.

¹⁸ Zur Wechselwirkung zwischen Rückstellungsbildung und Verlustrücktrag Siegel StuB 1999, 195 (196 ff.).

¹⁹ Zu dieser M. Wendt DStJG 28 (2005), 41 (47 f.).

²⁰ BFH 22.8.2012 – I R 9/11, BStBl. II 2013, 512 (515); s. auch bereits BFH 6.9.2006 – XI R 26/04, BStBl. II 2007, 167 (170); BFH Vorlagebeschluss 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1017).

zögerten Aufwands- bzw. Verlustberücksichtigung lässt sich aber keinem der beiden Konzepte entnehmen und kann damit auch nicht als Kompromiss der gegensätzlichen Ansätze begründet werden.²¹ Gerade das Abschnittsprinzip kann als Rechtfertigung nicht herangezogen werden, auch wenn es in seiner Reinform einen vollständigen Ausschluss von Verlustvorträgen zulassen würde und als Grundlage der Forderungen eines auf wenige Jahre begrenzten Verlustvortrags fungiert.²² Jedenfalls in der von *Paul Kirchhof* gegebenen Erklärung des zeitlichen Zusammenhangs zwischen staatlichen Aufwendungen und deren Inanspruchnahme durch Marktteilhaber der Steuerpflichtigen²³ müsste gerade aus dem Abschnittsprinzip, wenn man aus Billigkeitsgründen die strenge Jährlichkeit aufbricht und in bestimmten Grenzen einen Verlustvortrag zulässt, die Forderung nach sofortiger voller Berücksichtigung von Verlusten folgen. Ebenso wenig lässt sich dem Lebenseinkommensprinzip eine Verteilung des Verlustvortrags entnehmen, solange nicht auch Gewinne entsprechend gestreckt und vorgetragen werden können. Zwar erlaubt die Bildung stiller Reserven eine zeitliche Verlagerung von Gewinnen. Es besteht jedoch keine Abstimmung zwischen der durch § 10d Abs. 2 EStG bewirkten Streckung von Verlustvorträgen und der aufgeschobenen Berücksichtigung von Gewinnen infolge des Realisationsprinzips.

Auch liefert die Unterscheidung zwischen den *Modalitäten* der Verlustverrechnung und dem *Kernbereich* der Verlustberücksichtigung²⁴ keine tragfähige Rechtfertigung für die Streckung. Zwar begründen temporäre gegenüber endgültigen Effekten eine geringere Schwere des Eingriffs.²⁵ Auch der weniger schwere Eingriff muss jedoch gerechtfertigt werden, wenn man sich nicht auf den – umstrittenen – Bagatellvorbehalt²⁶ stützen kann, was in Anbetracht der erheblichen Zins- und Liquiditätsnachteile infolge der Verluststreckung jedoch ausscheidet. Voraussetzung der mithin erforderlichen Rechtfertigung ist ein tauglicher Rechtfertigungsgrund. Bereits an einem solchen fehlt es jedoch. Der Fiskalzweck als solcher scheidet aus.²⁷ Dass der Gesetzgeber allein das Ziel von Steuermehreinnahmen verfolgt,²⁸ lässt sich mit der Figur des „qualifizierten Fiskalzwecks“²⁹ schon deshalb nicht überdecken, weil die Mindestbesteuerung zur angeblichen Dämpfung konjunktureller Einnahmeschwankungen nur in sehr begrenztem Umfang beitragen kann.³⁰ Keinesfalls geht es um die Bekämpfung einer haushaltsnotstandsähnlichen Situation.

²¹ Für weitgehend unergiebig hält auch *Drüen* FR 2013, 393 (400), die Grundsatzkontroverse zwischen Abschnitts- und Lebenseinkommensprinzip.

²² Insb. *Kube* DStR 2011, 1781 (1787); *Kube* DStR 2011, 1829 (1835).

²³ *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/P. Kirchhof* EStG § 2 Rn. A 135 ff.; *P. Kirchhof* Gutachten F zum 57. DJT 1988, F 76 ff.

²⁴ BFH Aussetzungsbeschluss 26.8.2010 – I B 49/10, BStBl. II 2011, 826 (828); BFH Vorlagebeschluss 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1018).

²⁵ Deutlich BVerfG 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111 (125); *Dorenkamp* Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung – Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung, IFSt-Schrift Nr. 461, 2010, 14.

²⁶ BVerfG 23.3.1971 – 2 BvL 2/66, 2 BvR 168, 196, 197, 210, 472/66, BVerfGE 30, 367 (389).

²⁷ St. Rspr., s. bereits BVerfG 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 (80); ferner BVerfG 1.6.1965 – 2 BvR 616/63, BVerfGE 19, 76 (84 f.); BVerfG 29.5.1990 – 1 BvL 20, 26/84 und 4/86, BVerfGE 82, 60 (89); BVerfG 5.2.2002 – 2 BvR 305, 348/93, BVerfGE 105, 17 (45); BVerfG 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (182).

²⁸ BT-Drs. 15/1518, 13: „Der Grund für die Beschränkung ist in dem gewaltigen Verlustvortragspotenzial der Unternehmen zu sehen, das diese vor sich herschieben. Um das Steueraufkommen für die öffentlichen Haushalte kalkulierbarer zu machen, ist es geboten, den Verlustvortrag zu strecken. Nur so ist auf Dauer eine Verstetigung der Staatseinnahmen gewährleistet.“

²⁹ BFH Vorlagebeschluss vom 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1021), gestützt auf *Kube* DStR 2011, 1781 (1789); *Desens* FR 2011, 745 (749).

³⁰ *Dorenkamp* Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung – Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung, IFSt-Schrift Nr. 461, 2010, 35 ff.

4. Untergang von Verlusten

Die gestreckte Geltendmachung von Verlustvorträgen ist zwar nicht alleinige Ursache des Untergangs von Verlusten, sie ist aber mitursächlich, weil der sich langsamer abbauende Verlustvortrag einem größeren Finalitätsrisiko unterliegt. Zum Untergang von Verlusten kommt es allgemein durch zeitliche Befristungen des Verlustvortrags, deren Einführung in Deutschland zwar diskutiert,³¹ aber bisher nicht umgesetzt wurde. Jedoch finden sich mittlerweile eine Reihe spezieller Tatbestände, die zum Untergang von Verlustvorträgen führen. Hierzu gehören insbesondere § 8c Abs. 1 KStG, § 4 Abs. 6 UmwStG. Der Große Senat des BFH hat zudem mit der Ablehnung der Vererblichkeit von Verlusten³² einerseits, mit seiner Rechtsprechung zu Unternehmeridentität für die Geltendmachung gewerbesteuerlicher Fehlbeträge³³ andererseits zur Gefährdungslage mit beigetragen.

III. Verfassungswidrigkeit von Definitiveffekten

Bereits im Aussetzungsbeschluss vom 26.8.2010, wiederholt im Vorlagebeschluss vom 26.2.2014, hat der I. Senat den Gleichheitssatz als verletzt angesehen, soweit Verlustverrechnungsbeschränkungen zu „Definitiveffekten“³⁴ führen. Man könnte mit den Worten des EuGH von Finalität sprechen: Der Verlust wirkt sich endgültig nicht mehr aus, sei es aus tatsächlichen, sei es aus rechtlichen Gründen.³⁵ Hier sieht auch der I. Senat die Grenze der Verhältnismäßigkeit überschritten. Dem ist ungeachtet der schon die Verluststreckung betreffenden Bedenken³⁶ uneingeschränkt zuzustimmen. Dabei kann es entgegen den Andeutungen des BFH³⁷ auch nicht darauf ankommen, ob der Steuerpflichtige den Verlustuntergang hätte verhindern können bzw. durch eigene Handlungen herbeigeführt hat. Zwar beeinflusst die Ausweichbarkeit der Grundrechtsverletzung die Schwere des Eingriffs.³⁸ Indes kann die Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips – jenseits von Fällen des Gestaltungsmissbrauchs – nicht generell vom Wohlverhalten des Steuerpflichtigen abhängig gemacht werden. Ebenso wenig wie die Verwirklichung von Steuertatbeständen ein Vorsatz- oder Verschuldenselement voraussetzt, kann dem Steuerpflichtigen entgegengehalten werden, er hätte den Verlustuntergang durch einen anderweitigen Willensentschluss verhindern können.³⁹

Weniger klar sind die konkreten Rechtsfolgen, die sich aus dem Auftreten von Definitiveffekten ergeben. Relativ unproblematisch sind nur die Fälle der Unmöglichkeit infolge von Liquidation oder Tod des Steuerpflichtigen, in denen Bestehen und Höhe des nicht mehr nutzbaren Verlustvortrags allein § 10d Abs. 2 EStG zuzuschreiben sind.⁴⁰ Zweifelhaft ist dagegen, welcher Norm im Fall rechtlicher Finalität der Verlustuntergang anzulasten ist

³¹ Zu dieser Diskussion s. Tipke/Lang/Hey Steuerrecht, § 8 Rn. 69.

³² BFH 17.12.2007 – GrS 2/04, BStBl. II 2008, 608.

³³ BFH 3.5.1993 – GrS 3/92, BStBl. II 1993, 616; BFH 11.10.2012 – IV R 3/09, BStBl. II 2013, 176; krit. Tipke/Lang/Montag Steuerrecht, § 12 Rn. 36.

³⁴ BFH Vorlagebeschluss 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1020).

³⁵ BFH Vorlagebeschluss 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1020).

³⁶ Siehe oben II.3.

³⁷ BFH Vorlagebeschluss 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1023); ähnlich BFH 20.9.2012 – IV R 29/10, BStBl. II 2013, 505 (508).

³⁸ Näher hierzu Tipke/Lang/Hey Steuerrecht, § 3 Rn. 127.

³⁹ Deshalb vermag auch die vom I. Senat vorgenommene Differenzierung zwischen Insolvenz und Liquidation (BFH 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1023)) nicht zu überzeugen.

⁴⁰ Jedenfalls aufgrund des Verlustuntergangs infolge Todes des Steuerpflichtigen könnte man von Finalität aus tatsächlichen Gründen sprechen, allerdings wäre diese Differenzierung ähnlich fragwürdig wie im europarechtlichen Kontext, s. unten IV.4. Entscheidend ist vielmehr, dass in diesen Fällen keine weitere Norm hinzutritt, die ein Verlustverrechnungsverbot enthält.

und welche Norm ganz oder teilweise für verfassungswidrig zu erklären ist.⁴¹ So determiniert § 10d Abs. 2 EStG im Zusammenspiel mit § 8c KStG oder § 4 Abs. 6 UmwStG lediglich die Höhe des untergehenden Verlustvortrags, ist aber nicht selbst Ursache des Wegfalls der Verlustnutzungsmöglichkeit. Wäre der Verlustuntergang seinerseits gerechtfertigt – diese Frage wird das BVerfG in Bezug auf § 8c KStG auf Vorlage des FG Hamburg beantworten⁴² – würde sich hieran bei konsequenter Fortschreibung der Ausgangsthese des I. Senats, dass die Verluststreckung selbst verfassungsrechtlich unbedenklich ist, nichts ändern, auch wenn § 10d Abs. 2 EStG zur Erhöhung des untergehenden Verlusts führt.⁴³ Zu einem anderen Ergebnis käme man nur, wenn man in der Kombination zweier – für sich betrachtet jeweils verfassungsrechtlich unbedenklicher Vorschriften – einen zusätzlichen Eingriff sähe, der weitergehende Rechtfertigung erfordert. Zudem ist die Frage aufgeworfen, wie das verfassungswidrige Ergebnis zu vermeiden ist: Durch Einschränkung der den Verlustuntergang verursachenden Norm, z. B. § 8c KStG, oder durch Einschränkung von § 10d Abs. 2 EStG? Hieraus könnten sich Folgerungen für den Zeitpunkt der Berücksichtigung des ansonsten final werdenden Verlusts ergeben.

Zuzustimmen ist dem I. Senat deshalb auch dahingehend, dass sich unverhältnismäßige Definitiveffekte der Mindestbesteuerung weder im Wege einer verfassungsrechtlich gebotenen teleologischen Reduktion⁴⁴ noch durch Billigkeitsmaßnahmen vermeiden lassen.⁴⁵ Dies liegt nicht nur daran, dass Definitiveffekte strukturell in der Mindestbesteuerung angelegt sind, damit nicht nur Einzelfälle treffen, vielmehr vom Gesetzgeber planvoll in Kauf genommen wurden und damit gerade nicht durch die Rechtsprechung überspielt werden dürfen, sondern auch daran – und hier zeigen sich deutliche Parallelen zur Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH zu den finalen Verlusten – dass es gesetzlicher Regelungen bedarf, wann und in welcher Weise Definitivverluste berücksichtigt werden.⁴⁶ Soll dies rückwirkend im ersten Jahr der Mindestbesteuerung erfolgen oder durch Aufrollen der dem Veranlagungszeitraum, in dem der Verlust definitiv wird, zeitlich unmittelbar vorangehenden Veranlagungszeiträume? Zur Auflösung der Frage, wann der definitive Verlust zu berücksichtigen ist,⁴⁷ hat sich der Senat zu Recht nicht als befugt angesehen. Im Fall der europarechtswidrigen Verlustfinalität hat der I. Senat dagegen, vom Gesetzgeber allein gelassen und vom Anwendungsvorrang zur Entscheidung gezwungen, hierzu freihändig geurteilt⁴⁸ – ohne den eigentlich zur Klärung berufenen EuGH zu konsultieren.

IV. Der finale Verlust und seine grenzüberschreitende Berücksichtigung im Europäischen Recht

1. Unterschiede zwischen europäischer und nationaler Verlustfinalität

Parallelen zwischen verfassungswidrigen „Definitiveffekten“ und europarechtswidrigen „finalen Verlusten“ sind bereits angeklungen. Der Ausgangspunkt ist dennoch zunächst ein

⁴¹ Hierzu *Drüen* FR 2013, 393 (402).

⁴² FG Hamburg Vorlagebeschluss 4.4.2011 – 2 K 33/10, EFG 2011, 1460.

⁴³ Angedeutet in BFH Vorlagebeschluss 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1023 f.).

⁴⁴ BFH 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1023); anders noch BFH 26.8.2010 – I B 49/10, BStBl. II 2011, 826 (829).

⁴⁵ Einer verfassungskonformen Auslegung steht bereits der Wortlaut entgegen, s. Herrmann/Heuer/Raupach/*Hallerbach* EStG § 10d Anm. 13.

⁴⁶ S. BFH 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016 (1023 f.).

⁴⁷ Letztlich hängt dies von der Beurteilung der Verluststreckung ab: Akzeptiert man diese als verfassungskonform, folgt daraus die Berücksichtigung im letztmöglichen Zeitpunkt, andernfalls müsste der Verlust im ersten Jahr des Eingreifens der Mindestbesteuerung Berücksichtigung finden.

⁴⁸ S. IV.4.a).

anderer. Die europäischen Grundfreiheiten sind nicht der Reparaturbetrieb zur Herstellung einer leistungsfähigkeitsgerechten Besteuerung. Hierzu mag der unionsrechtliche allgemeine Gleichheitssatz, der in der Grundrechtecharta⁴⁹ auch positivrechtlich verankert ist, irgendwann beitragen. Bisher hat der EuGH den unionsrechtlichen Gleichheitssatz indes nicht zu einem Gebot gleichmäßiger Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entwickelt.⁵⁰ So wirkt der allgemeine unionsrechtliche Gleichheitssatz bisher nicht auf die Steuerrechtsordnung des einzelnen Mitgliedstaates ein, sondern bewirkt über die speziellen Gleichheitssätze der Grundfreiheiten nur die gleichmäßige Anwendung des vorgefundenen nationalen Steuerrechts auf innerstaatliche und grenzüberschreitende Sachverhalte.

2. Fehlende Harmonisierung der Verlustverrechnung als Kern des unionsrechtlichen Problems

Zugleich liegt in den unterschiedlichen Wertungen der nationalen Gesetzgeber eine der Ursachen des Problems der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung. Die Variationsbreite zwischen den mitgliedstaatlichen Steuerrechtsordnungen hinsichtlich Umfang und Zeitpunkt der steuerwirksamen Berücksichtigung von Aufwand und der steuerlichen Nutzung von Verlusten, sei es im horizontalen und vertikalen Ausgleich oder hinsichtlich Rück- und Vortragsfähigkeit, ist groß.⁵¹

Die Durchsetzung der Freizügigkeitsgarantien im Hinblick auf Auslandsverluste trifft auf zwei zentrale Hindernisse: zum einen die fehlende Harmonisierung, zum anderen die nationale Budgethoheit ohne Fiskalausgleich. Die fehlende Harmonisierung wirft die Frage auf, zu welchen Bedingungen die Gleichbehandlung von In- und Auslandsinvestition herzustellen ist, zu den Bedingungen des Quellen- oder des Ansässigkeitsstaates? Davon zu unterscheiden ist die Frage, welcher Staat die Kosten der Gleichbehandlung zu tragen hat. Solange es keinen nachträglichen Korrekturmechanismus im Sinne eines zumindest punktuellen sekundären Finanzausgleichs gibt, kann die Zuordnung nur auf der Primärebene der Verwirklichung von Steuertatbeständen vorgenommen werden. Auch zur Herstellung einer sachgerechten Aufkommensverteilung auf Sekundärebene bedürfte es eines Zusammenwirkens der Mitgliedstaaten im Sinne einer Harmonisierung,⁵² zu der diese keine Bereitschaft erkennen lassen. Der EuGH kann hieran letztlich nichts ändern. Lässt sich auf der Primärebene keine sachgerechte Kostenverteilung erreichen, tendiert der Gerichtshof über die Figur der Wahrung der Ausgewogenheit der Besteuerungsrechte⁵³ zu einer Einschränkung der Grundfreiheiten.

3. Die Lösungsversuche des EuGH

a) Kompromisshaftigkeit der Rechtsprechung

Diese Zerrissenheit kommt bereits in der Leitentscheidung *Marks & Spencer*⁵⁴ zum Ausdruck. Zwar hielt der EuGH auch bei Anwendung des Quellenprinzips In- und Auslands-

⁴⁹ Zunächst nur die EU-Organe bindend, infolge von Art. 6 Abs. 3 EUV im Rang von unmittelbar geltendem Primärrecht, s. Schaumburg/Englisch/Schaumburg Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 2.8.

⁵⁰ Schaumburg/Englisch/Englisch Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 12.5.

⁵¹ Vgl. etwa *PwC/BDI-Report: Internationale Verlustverrechnung*, 2011, 49 ff.

⁵² Ein solcher findet sich in der Zinsrichtlinie für die einzelnen Staaten zugestandene Erhebung von Quellensteuer im Übergangszeitraum, vgl. Art. 12 der Richtlinie des Rates vom 3.6.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (2003/49/EG), ABl. EG 2003 Nr. L 157, 49.

⁵³ Schaumburg/Englisch/Englisch Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 7.223 ff.

⁵⁴ EuGH 13.12.2005 – C-446/03, EuGHE 2005, I-10837 – *Marks & Spencer*.

investition für vergleichbar, was zum grundsätzlichen Schluss führt, dass Auslandsverluste trotz Freistellung von Auslandsgewinnen im Ansässigkeitsstaat berücksichtigt werden müssen, schränkte diese Feststellung aber auf der Rechtfertigungsebene mit der Wahrung der Ausgewogenheit der Verteilung der Besteuerungsrechte massiv ein. Übrig geblieben ist der Anspruch auf Berücksichtigung sog. finaler Auslandsverluste, die im Quellenstaat weder vom Steuerpflichtigen noch von einem Dritten genutzt werden können. *Lidl Belgium*⁵⁵ fügte dem außer einigen Klarstellungen auf der Rechtfertigungsebene nichts wesentlich Neues hinzu.

In den Folgejudikaten *Krankenheim Ruhesitz Wannsee*,⁵⁶ *X-Holding*,⁵⁷ *A Oy*⁵⁸ und *K*⁵⁹ hat der EuGH den Finalitätsbegriff dann kontinuierlich verengt, freilich ohne seine Grundaussage, dass Verluste als ultima ratio vom Ansässigkeitsstaat berücksichtigt werden müssen, aufzugeben.⁶⁰ Selbst in der zuletzt ergangenen Anschlussentscheidung *Kommission/Vereinigtes Königreich* vom 3.2.2015,⁶¹ in der es darum ging, ob Großbritannien die Vorgaben der *Marks & Spencer*-Entscheidung zutreffend umgesetzt hat, fühlte sich der EuGH nicht zu einer grundsätzlichen Neuorientierung bemüht. Der Gerichtshof scheint an *Marks & Spencer* festhalten zu wollen, obwohl die nunmehr getroffene Aussage, Endgültigkeit⁶² liege nicht vor, wenn der Sitzstaat der Tochtergesellschaft „jegliche Möglichkeit des Verlustvortrags ausschließt“,⁶³ eigentlich das genaue Gegenteil von *Marks & Spencer* bedeutet.⁶⁴ Der EuGH lässt den offen zutage getretenen Widerspruch indes unkommentiert im Raum stehen.⁶⁵ Ob die dogmatisch nicht minder problematische⁶⁶ Feststellung, Unternehmen mit Inlandsbetriebsstätten und Auslandsbetriebsstätten seien nicht in vergleichbarer Situation, (in der Rechtssache *Nordea Bank Danmark* vom 17.7.2014⁶⁷) diese offenen Widersprüche durch den Wechsel von der Rechtfertigungsebene auf die Tatbestandsebene auflösen und die Aufgabe der leeren Hülle der *Marks & Spencer*-Doktrin erlauben wird,⁶⁸ lässt

⁵⁵ EuGH 15.5.2008 – C-414/06, EuGHE 2008, I-3601 – *Lidl Belgium*.

⁵⁶ EuGH 23.10.2008 – C-157/07, EuGHE 2008, I-8061 (Rn. 42) – *Krankenheim Ruhesitz Wannsee*.

⁵⁷ EuGH 25.2.2010 – C-337/08, Slg 2010, I-1215 – *X-Holding*.

⁵⁸ EuGH 21.2.2013 – C-123/11, DStR 2013, 392 – *A Oy*, mit Anm. *Korneev* EWS 2013, 135, der ebenfalls davon ausgeht, dass die Entscheidung keine grundsätzliche Abkehr von *Marks & Spencer* darstellt; a. A. *Hruschka* DStR 2013, 396 (397).

⁵⁹ EuGH 7.11.2013 – C-322/11, DStR 2013, 2441 – K.

⁶⁰ *Gosch* BFH/PR 2013, 403 (405); *Lachmayer* ÖStZ 2013, 565 (567); *Schaumburg/Englisch/Englisch* Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 7.247.

⁶¹ EuGH 3.2.2015 – C-172/13, DStR 2015, 337 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*.

⁶² Gemeint ist wohl: zur Berücksichtigung von Auslandsverlusten verpflichtende Endgültigkeit.

⁶³ EuGH 3.2.2015 – C-172/13, DStR 2015, 337 (Rn. 33) – *Kommission/Vereinigtes Königreich*.

⁶⁴ EuGH 13.12.2005 – C-446/03, EuGHE 2005, I-10837 (Rn. 55 und 59) – *Marks & Spencer*, definiert die eine ausnahmsweise Berücksichtigung von Auslandsverlusten erfordernde Endgültigkeit des Ausschlusses der Verlustverrechnung im Quellenstaat genauso.

⁶⁵ Zu Recht mit deutlichen Worten kritisiert von *Cordewener* EuZW 2015, 295 (298 ff.). Die fehlende Bereitschaft des EuGH, für Klarheit zu sorgen, ist vor allem deshalb kaum verzeihlich, weil auch die Generalanwälte *Kokott*, Schlussanträge *A Oy*, C-123/11, Rn. 47 ff. und Schlussanträge *Kommission/Vereinigtes Königreich*, C-172/13, Rn. 42 ff., und *Mengozi*, Schlussanträge K, C-322/11, Rn. 80 ff., dazu aufgefordert haben.

⁶⁶ S. IV.3.b).

⁶⁷ EuGH 17.7.2014 – C-48/13, IStR 2014, 563 (Rn. 24) – *Nordea Bank*. Die Verneinung der Vergleichbarkeit ist umso unverständlicher, als für die Betriebsstättenergebnisse in Dänemark nicht die Freistellungs-, sondern die Anrechnungsmethode galt. Anders noch EuGH 7.11.2013 – C-322/11, DStR 2013, 2441 (Rn. 46) – K.

⁶⁸ In diese Richtung *Englisch* IStR 2014, 561 (562 f.) mit der markanten Formulierung „*Marks & Spencer* 2.0“.

sich noch nicht feststellen, weil das Gericht davon ausging, Dänemark habe durch die freiwillige Gewährung des Abzugs von Auslandsverlusten seinerseits eine Gleichstellung herbeigeführt. So bleibt bis heute offen, was von der Grundaussage der Verrechenbarkeit finaler Auslandsverluste übrig ist.

b) Kritik

Abgesehen von den zahlreichen Detailproblemen ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur grenzüberschreitenden Verlustberücksichtigung gleich aus drei zentralen Gründen unbefriedigend:

Sie wird *erstens* dem Anspruch des Steuerpflichtigen auf Gleichbehandlung von In- und Auslandsinvestition nicht gerecht, weil die Beschränkung auf die Berücksichtigung von Auslandsverlusten als ultima ratio die zeitliche Dimension der Verlustverrechnung verkennt. Das ist besonders eklatant im Fall der Gruppenbesteuerung. Der entscheidende Vorteil der Organschaft liegt in der Möglichkeit der unmittelbaren Verlustnutzung gegenüber dem bloßen Verlustvortrag auf den einzelnen Ebenen der Gruppe. Genau diesen Vorteil hält die Rechtsprechung zum finalen Verlust dem Steuerpflichtigen vor.⁶⁹

Sie greift *zweitens* mit der Pflicht des Ansässigkeitsstaates, den im Quellenstaat finalen Verlust anzuerkennen, sehr wohl – und zwar final – in die Ausgewogenheit der Aufkommensverteilung zwischen den Mitgliedstaaten ein. Gegenüber einer sofortigen Verlustberücksichtigung, die dann wenigstens dem Gleichbehandlungsanspruch des Steuerpflichtigen Rechnung trüge, ergibt sich nur ein temporärer Unterschied, wenn man dem Sitzstaat bei sofortigem Verlustausgleich ein Nachversteuerungsrecht⁷⁰ zubilligen würde, was zur Vermeidung doppelter Verlustberücksichtigung aus Gründen der Kohärenz zwingend wäre.

Diese Widersprüche mag man als Ausgleich zwischen den Interessen der Steuerpflichtigen und der Mitgliedstaaten, als Ergebnis eines Abwägungsprozesses im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, hinnehmen; nahezu unauflösbar ist aber das *dritte* Problem der Bestimmung des Verlusts und seiner Finalität bei fehlender Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Steuerrechtsordnungen.⁷¹ Dieser zunächst scheinbar nicht bedachte Punkt erklärt die Rückzugsgefechte des EuGH seit *Marks & Spencer*.

Bereits in der Entscheidung *Krankenheim Ruhesitz Wannsee*, also nur wenige Monate nach der Rechtssache *Lidl Belgium*,⁷² die bezüglich der Finalität noch ganz auf der Linie von *Marks & Spencer* lag, hat der EuGH in sehr grundsätzlicher Weise dem Problem der fehlenden Harmonisierung Rechnung getragen.⁷³ Mit der – allerdings noch vagen – Formulierung, der Ansässigkeitsstaat solle nicht „jeden“ Nachteil, der durch die Steuerrechtsordnung des Quellenstaates ausgelöst wird, ausgleichen müssen, erkennt der Gerichtshof, dass sich Verlustverrechnungsregeln nicht ohne weiteres aus dem Gesamtpaket der steuerlichen Rahmenbedingungen des Quellenstaates herauslösen lassen. Restriktive Verlustverrechnungsregeln korrespondieren häufig mit (besonders) niedrigen Körperschaftsteuersätzen. Zwar nützt dies dem Steuerpflichtigen, der keine niedrig besteuerten Gewinne erzielt, sondern (nur) nicht verrechenbare Verluste erleidet, wenig. Welche Regelung sich im Ergebnis auswirkt, wird jedoch der Risikosphäre des Steuerpflichtigen zugeordnet, der sich zwischen

⁶⁹ M. Lang European Taxation 2014, 530 (539) erhebt daher die – aus seiner Sicht allerdings politisch unrealistische – Forderung der sofortigen Verlustberücksichtigung mit Nachversteuerung.

⁷⁰ S. etwa Schlussanträge *Sharpston* zu C-414/06 – *Lidl Belgium*, Rn. 25.

⁷¹ Dieses Problem adressiert das FG Köln in seinem Vorabentscheidungsersuchen vom 19.2.2014 – 13 K 3906/09, EFG 2014, 1901 (1906) (Az. EuGH C-388/14 – *Timac Agro Deutschland*), mit großer Deutlichkeit.

⁷² EuGH 15.5.2008 – C-414/06, EuGHE 2008, I-360 (Rn. 47 ff.) – *Lidl Belgium*.

⁷³ EuGH 23.10.2008 – C-157/07, EuGHE 2008, I-8061 (Rn. 48 ff.) – *Krankenheim Ruhesitz Wannsee*; EuGH 7.11.2013 – C-322/11, DStR 2013, 2441 (Rn. 78 ff.) – K.

unterschiedlichen Standorten entscheiden kann.⁷⁴ Im Hinblick auf die Symmetrie der Zuordnung staatlicher Besteuerungsrechte geht es nicht um Kohärenz aus der Sicht des einzelnen Steuerpflichtigen,⁷⁵ so dass es auf die Frage eines untrennbaren logischen Zusammenhangs vor- und nachteiliger Elemente der quellenstaatlichen Steuerrechtsordnung nicht ankommt.

Wie weitreichend diese Einschränkung im Ergebnis ist, hängt davon ab, wie die Aussage zu verstehen ist, die Grundfreiheiten dienen nicht dazu, „jede“ Ungleichbehandlung, die aus dem Zusammentreffen der nationalen Steuerrechtsordnungen resultieren, zu verhindern. Wann ist die Finalität nicht den „besonderen“⁷⁶ Rahmenbedingungen des Quellenstaates zuzuschreiben? Ist hierfür ein europäischer Verlustverrechnungsstandard zugrunde zu legen? Gibt es eine solche überhaupt?⁷⁷ Wo die Grenze zwischen hinzunehmenden und nicht mehr hinzunehmenden Ungleichbehandlungen verläuft, bleibt ebenso unklar wie die Frage, welchem Staat nach welchen Grundsätzen die Verantwortung für einen erst durch das Zusammenwirken zweier Rechtsordnungen entstehenden Nachteil zuzurechnen ist.⁷⁸

Dabei ist das Problem nicht auf die unterschiedlichen Verlustverrechnungsmodalitäten beschränkt, sondern betrifft die gesamte Gewinnermittlung. Der Verlust als Saldogröße lässt sich nicht isoliert herausbrechen. Der Ansässigkeitsstaat kann zu einer Gleichbehandlung nur unter Zugrundelegung seines eigenen Steuerrechts verpflichtet werden.⁷⁹ Resultiert der Verlust im Quellenstaat etwa aus einer vom dortigen nationalen Steuergesetzgeber gewährten Sonderabschreibung, so würde die Pflicht zu Anerkennung (finaler) Verluste durch den Ansässigkeitsstaat zu einer Co-Finanzierung fremder Subventionen führen.

Immer mehr stellt sich heraus, dass der größte Irrtum des EuGH darin liegt, die fehlende Harmonisierungsbereitschaft der Mitgliedstaaten mit den Grundfreiheiten überspielen zu können.⁸⁰ Bei normativer Betrachtung kann fehlende Harmonisierung Diskriminierungen nicht rechtfertigen.⁸¹ In der Besteuerungswirklichkeit verhindert fehlende Harmonisierung jedoch die Gleichbehandlung. Dies zeigt sich vor allem in Bezug auf den Anspruch auf Gleichbehandlung von Auslands- mit Inlandssachverhalten allenthalben. Der Anspruch auf Gleichbehandlung von Auslandsdividenden mit Inlandsdividenden in körperschaftsteuerrechtlichen Anrechnungssystemen⁸² ist ebenso wenig umsetzbar⁸³ wie die grenzüberschreitende Öffnung des Gemeinnützigkeitsrechts für Spenden an im EU-/EWR-Ausland ansäs-

⁷⁴ Lachmayer ÖStZ 2013, 565 (568); Eisenbarth Grenzüberschreitende Verlustverrechnung als Kerngebiet des Europäischen Steuerrechts, Diss., 2011, 231.

⁷⁵ Zutreffend Schaumburg/Englisch/English Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 7.246.

⁷⁶ EuGH 23.10.2008 – C-157/07, EuGHE 2008, I-8061 (Rn. 49) – Krankenhaus Ruhesitz Wannsee; EuGH 7.11.2013 – C-322/11, DStR 2013, 2441 (Rn. 79) – K.

⁷⁷ Zweifelnd M. Lang European Taxation 2014, 530 (537).

⁷⁸ Dass in Krankenhaus Ruhesitz Wannsee Österreich und nicht Deutschland, um dessen § 2a EStG es vor dem EuGH ging, die Verantwortung traf, mag daran gelegen haben, dass die österreichische Verlustverrechnungsbeschränkung, die letztlich zum endgültigen Ausfall der Verlustnutzung führte, ihrerseits wohl europarechtswidrig war, andeutungsweise a. a. O. Rn. 51. Dieser Gedanke lässt sich auf eine allgemein geltende Verlustvortragsbeschränkung nicht übertragen.

⁷⁹ Schaumburg/Englisch/English Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 7.248 mit zahlreichen Nachweisen.

⁸⁰ Ebenso M. Lang European Taxation 2014, 530 (539).

⁸¹ Oder umgekehrt formuliert: Diskriminierungsverbote führen zu Harmonisierungsgeboten, was die Mitgliedstaaten freilich nicht sonderlich beeindruckt.

⁸² EuGH 7.9.2004 – C-319/02, EuGHE 2004, I-7477 Rn. 29 – Manninen; EuGH 6.3.2007 – C-292/04, EuGHE 2007, I-1835, Rn. 31 – Meilicke; EuGH 30.6.2011 – C-262/09, Slg 2011, I-5669 Rn. 34 – Meilicke II.

⁸³ Knobbe-Keuk FS Klein, 1994, 347 (351 f.).

sige gemeinnützige Institutionen.⁸⁴ Und auch die grenzüberschreitende Verlustverrechnung scheint im Ergebnis nur zu funktionieren, wenn Quellen- und Ansässigkeitsstaat (zufällig) über identische Regeln verfügen.⁸⁵

4. Umsetzung durch den I. Senat des BFH

a) Unterscheidung zwischen Finalität aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen zwecks Aufrechterhaltung der Marks & Spencer Grundsätze

Ungereimtheiten in der Rechtsprechung des EuGH übertragen sich unmittelbar auf die sie umsetzende Rechtsprechung der nationalen Spruchkörper. Die Rechtsprechung des I. Senats zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung enthält folgende Grundaussagen:

1. Trotz der erheblichen Einschränkungen der Ausgangsentscheidung *Marks & Spencer* geht der Senat davon aus, dass sich der EuGH von dem Grundsatz der Notwendigkeit der Verrechnung finaler Verluste nicht abgewendet hat.⁸⁶
2. Auf die Rechtssache *Krankenheim Ruhesitz Wannsee* hat der I. Senat reagiert, indem zwischen Finalität aus Rechtsgründen und aus tatsächlichen Gründen unterschieden wird.⁸⁷
3. Der Anspruch auf Gleichbehandlung von In- und Auslandsinvestition führt nicht dazu, dass der Verlust rückwirkend im Entstehungsjahr berücksichtigt werden muss, vielmehr wird eine Berücksichtigung im Finalitätsjahr für ausreichend erachtet.⁸⁸

Hinsichtlich keiner dieser Fragen hat der I. Senat – anders als das FG Köln⁸⁹ – eine erneute Anrufung des EuGH für erforderlich erachtet, obwohl der EuGH selbst seine Entscheidung in der Ausgangsrechtssache *Marks & Spencer* immer stärker in Frage stellt.⁹⁰ So gerne man dem BFH beipflichten möchte, lassen sämtliche nach *Lidl Belgium* ergangenen Judikate Zweifel aufkommen, ob der EuGH wirklich „seine bisherigen Rechtsstandpunkte *vollauf* beibehalten“⁹¹ hat. Es stellt sich die Frage, ob der BFH die Rückzugstendenzen des EuGH ignorieren darf, auch wenn die zunehmende Rücksichtnahme des EuGH auf die mitgliedstaatlichen Fiskalinteressen und fehlende Abstimmungsbereitschaft in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu den vertraglichen Binnenmarktzielen steht.

Letztlich zeigt die BFH-Rechtsprechung, dass sich die Widersprüche der EuGH-Rechtsprechung auf nationaler Ebene nicht auflösen lassen. Hierzu ungeeignet ist insbesondere die Unterscheidung zwischen Finalität aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen. Danach soll der Verlust berücksichtigt werden, wenn ein Verlustvortrag im Quellenstaat wegen Aufgabe einer Betriebsstätte oder Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft⁹² ausscheidet, nicht dagegen wenn dies Folge eines zeitlich begrenzten Verlustvortrags-

⁸⁴ EuGH 27.1.2009 – C-318/07, Slg 2009, I-359 – Persche; zur Umsetzung BMF 16.5.2011, BStBl. I 2011, 559.

⁸⁵ In diese Richtung auch FG Köln 19.2.2014 – 13 K 3906/09, EFG 2014, 1901, wenn darauf hingewiesen wird, dass die Anwendung der Verlustverrechnungsregeln sowohl des Stammhausstaates als auch des Betriebsstättenstaates zu einem „in vielen Fällen unangemessenen Verwaltungsaufwand“ führe.

⁸⁶ BFH 5.2.2014 – I R 48/11, BFH/NV 2014, 963; zweifelnd etwa *M. Lang* European Taxation 2014, 530 (539).

⁸⁷ BFH 5.2.2014 – I R 48/11, BFH/NV 2014, 963, 2. Leitsatz; zuvor BFH 9.6.2010 – I R 107/09, BFH/NV 2010, 1744 (1746 f.); ebenso FG Düsseldorf 25.10.2011 – 13 K 2775/06, EFG 2012, 1123 (Berücksichtigung abgelehnt, weil der Verlust aus der Vermietungstätigkeit im Quellenstaat Niederlande aufgrund der dortigen Umstellung auf das sog. Boxensystem aus Rechtsgründen nicht mehr zu berücksichtigen war).

⁸⁸ BFH 9.11.2010 – I R 16/00, BFH/NV 2011, 524 (525).

⁸⁹ FG Köln 19.2.2014 – 13 K 3906/09, EFG 2014, 1901.

⁹⁰ Siehe z. B. *Englisch* IStR 2014, 561 (562 f.).

⁹¹ BFH 5.2.2014 – I R 48/11, BFH/NV 2014, 963 (965); Hervorhebung nur hier.

⁹² BFH 9.6.2010 – I R 107/09, BFH/NV 2010, 1744 (1746 f.).

rechts ist.⁹³ Wie wenig diese Unterscheidung zu überzeugen vermag, wird schon daran deutlich, dass Existenz und Höhe des Verlustvortrags stets *rechtlich* determiniert sind. Die in *Krankenheim Ruhesitz Wannsee* und *K* gemachte Einschränkung, ungünstigere Regelungen des Quellenstaates dürften nicht dem Ansässigkeitsstaat angelastet werden, lässt sich nicht erfüllen, wenn Verlusthöhe und Verlustnutzbarkeit nicht ausschließlich nach den Regeln des Ansässigkeitsstaates ermittelt werden. Ob und welcher Verlust bei Schließung einer Betriebsstätte ungenutzt bleibt, d.h. final wird, hängt u.a. von der Existenz eines Verlustrücktrags oder einer Mindestbesteuerung ab. Die Finalitätsursache ist in der Regel eine rechtliche Setzung, weshalb eine Differenzierung zwischen rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht weiterführt. So ist die Möglichkeit der Verlustnutzung bei Umwandlung keine Tatsachen- sondern eine Rechtsfrage.⁹⁴ Die Unterscheidung zwischen Finalität aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen versucht die EuGH-Rechtsprechung zu retten, vielleicht bewusst, ohne die Grenzziehung klar zu machen,⁹⁵ weil andernfalls die Widersprüche der EuGH-Rechtsprechung noch deutlicher zutage getreten wären.

b) Ein Vorschlag zur Präzisierung: Verlustberücksichtigung nur, wenn die Finalität allein auf der Tatsache der Grenzüberschreitung beruht

Die – nunmehr in *Nordea Bank Danmark*⁹⁶ allerdings in Frage gestellte – Ausgangsthese, dass Unternehmen mit Auslands- und Inlandsbetriebsstätten, allgemeiner In- und Auslandsinvestition, vergleichbar sind,⁹⁷ lässt zunächst sowohl die unterschiedlichen steuerlichen Rahmenbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten als auch die ausschließliche Zuordnung des Besteuerungsrechts zum Quellenstaat durch die Freistellungsmethode außer Betracht. Würde man diesen normativen Setzungen der weiterhin souveränen nationalen Gesetzgeber bereits auf Tatbestandsebene Rechnung tragen, liefen die Grundfreiheiten im Bereich des nicht harmonisierten Rechts der direkten Steuern weitgehend leer. Das Wesen der Grundfreiheiten ist indes, die Grenzüberschreitung als solche als Differenzierungsgrund auszuschließen. Deshalb ist an der Feststellung der Vergleichbarkeit der Sachverhalte festzuhalten.⁹⁸

Der aus dem Vergleichbarkeitspostulat eigentlich folgende Anspruch auf (unmittelbare) Verlustberücksichtigung nach den Regeln des Ansässigkeitsstaates, wird dann jedoch *zweifach* eingeschränkt. Zum einen durch die Symmetriethese wonach der Ansässigkeitsstaat grundsätzlich nicht gezwungen sein soll, Verluste anzuerkennen, wenn er Gewinne nicht besteuert.⁹⁹ Die zweite Einschränkung erfolgt im Rahmen der aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gebotenen Durchbrechung dieser Symmetrie. Obwohl es um die Gleichbehandlung von In- und Auslandsinvestition durch den Ansässigkeitsstaat geht, wird zur Bildung einer weiteren Grenze unterstellt, der Sachverhalt spiele sich allein im Quellenstaat ab. Wenn bei Ausblendung des Umstandes, dass es sich um

⁹³ BFH 9.6.2010 – I R 100/09, BStBl. II 2010, 1065 (1067).

⁹⁴ Zutreffend Schaumburg/Englisch/Oellerich *Europäisches Steuerrecht*, 2015, Rn. 8.103; a. A. BFH 9.6.2010 – I R 107/09, BFH/NV 2010, 1744 (1746 f.); Frotscher/Geurts/Frotscher *EStG* § 2a Rn. 49 ff.

⁹⁵ Hierauf deutet *Goschs* Appell an den Gesetzgeber hin, für klare Kriterien zu sorgen, Kirchhof/*Gosch* *EStG* § 2a Rn. 5a; *Gosch* BFH/PR 2008, 491.

⁹⁶ EuGH 17.7.2014 – C-48/13, IStR 2014, 563 – *Nordea Bank Danmark*.

⁹⁷ Z.B. EuGH 23.10.2008 – C-157/07, EuGHE 2008, I-8061 (Rn. 37) – *Krankenheim Ruhesitz Wannsee*.

⁹⁸ Sehr deutlich *Englisch* IStR 2014, 561 f.

⁹⁹ EuGH 15.5.2008 – C-414/06, Slg. 2008, I-3601 (Rn. 33) – *Lidl Belgium*; EuGH 6.9.2012 – C-18/11, IStR 2012, 847 (Rn. 24) – *Philips Electronics*; EuGH 1.4.2014 – C-80/12, DStR 2014, 784 (Rn. 30) – *Felixstowe*.

einen durch die Grundfreiheiten geschützten grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt, nach den Regeln des Quellenstaates kein Verlustausgleich möglich ist, soll der Ansässigkeitsstaat ebenfalls nicht dazu verpflichtet werden können, den – dann allerdings sehr finalen – Auslandsverlust anzuerkennen, selbst wenn der Ansässigkeitsstaat nach seinen eigenen Regeln bei unterstellter Inlandsinvestition den Verlust berücksichtigen müsste.

Man kann die Frage aufwerfen, ob diese doppelte Vergleichsperspektive den Garantiegehalt der Grundfreiheiten verwirklicht. Diese Frage wäre an den EuGH zu stellen. Nimmt man die neuere restriktive Linie des EuGH hin, was den nationalen Gerichten nicht verwehrt ist, schließlich zwingt Art. 4 Abs. 3 AEUV zu Loyalität und nicht zu Wächterschaft,¹⁰⁰ dann führt dies jedoch nicht zu der Differenzierung zwischen Finalität aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen, wie sie vom BFH vorgenommen wird.¹⁰¹ Dies zeigt sich deutlich am Beispiel des Verlustuntergangs infolge von Umwandlungen im Quellenstaat, den der BFH der tatsächlichen Unmöglichkeit zuordnet. Mit Finalität aus „tatsächlichen Gründen“ kann nur gemeint sein, dass der Verlust aus Sicht des Quellenstaates allein aufgrund der *Tatsache* der Grenzüberschreitung der Investition endgültig wird. Weiterhin – dies folgt aus *Krankenheim Ruhesitz Wannsee* – darf die Tatsache der Grenzüberschreitung¹⁰² auch im Quellenstaat nicht zum Anknüpfungspunkt einer rechtlichen Regelung gemacht werden, die die Verlustnutzung einschränkt. Eine solche wäre nämlich ihrerseits – im Zweifel – europarechtswidrig, was freilich allein auf das Konto des Quellenstaates ginge.¹⁰³ Den Ansässigkeitsstaat trifft keine Ausfallbürgschaft für Unionsrechtsverstöße des vorrangig verantwortlichen Quellenstaates.

Unzweifelhaft erfasst sind damit (nur) die Fälle¹⁰⁴ der Aufgabe einer Betriebsstätte, wobei hier außer Betracht bleiben soll, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad¹⁰⁵ anzulegen ist hinsichtlich der Möglichkeit, dass später durch Wiederaufnahme der Betriebsstätte oder Begründung einer neuen Betriebsstätte doch neues Verrechnungspotential im Quellenstaat entsteht. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch der bei Liquidation einer Tochtergesellschaft ungenutzte Verlust im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft zu berücksichtigen ist. Dies hat der EuGH sowohl in *Marks & Spencer* als auch in *Kommission/Vereinigtes Königreich* grundsätzlich bejaht.¹⁰⁶ Allerdings ist zu bedenken, dass die Berücksichtigung des Liquidationsverlusts das Minus zu dem bei einem reinen Inlandsachverhalt eigentlich möglichen unmittelbaren Verlustausgleich im Rahmen der Gruppenbesteuerung war. Zweifelhaft wäre dagegen, ob der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft einen nach Liquidation einer Auslandstochtergesellschaft verbleibenden Verlust auch dann anerkennen muss, wenn im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft keine Gruppenbesteuerung vor-

¹⁰⁰ Die Rechtsprechung des EuGH in Frage zu stellen, wäre Aufgabe der EU-Kommission, vgl. Art. 17 Abs. 1 S. 3 EUV.

¹⁰¹ Der 13. Senat des FG Köln lehnt in seinem Vorlagebeschluss 19.2.2014 – 13 K 3906/09, EFG 2014, 1901 (1906), diese Differenzierung vollständig ab.

¹⁰² Aus Sicht des Quellenstaates: Der Existenz eines ausländischen Investors, der beschränkten Steuerpflicht desjenigen, der den Verlust geltend machen will.

¹⁰³ Zu unionsrechtswidrigen Einschränkungen der Verlustverrechnung im Quellenstaat etwa EuGH 1.4.2014 – C-80/12, DStR 2014, 784 – Felixstowe.

¹⁰⁴ Zu den einzelnen Fallgruppen auch *Eisenbarth* Grenzüberschreitende Verlustverrechnung als Kerngebiet des Europäischen Steuerrechts, Diss., 2011, 234 ff., allerdings ohne dass klar wird, in welchen Fällen eine Anerkennung der Verluste dem Ansässigkeitsstaat zufallen soll.

¹⁰⁵ Zu diesem Problem im Hinblick auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Finalität unbefriedigend EuGH 3.2.2015 – C-172/13, DStR 2015, 337 (Rn. 34 ff.) – *Kommission/Vereinigtes Königreich*.

¹⁰⁶ EuGH 13.12.2005 – C-446/03, EuGHE 2005, I-10837 (Rn. 55 f.) – *Marks & Spencer*; EuGH 3.2.2015 – C-172/13, DStR 2015, 337 (Rn. 26 f.) – *Kommission/Vereinigtes Königreich*; im Anschluss BFH 9.11.2010 – I R 16/10, BFH/NV 2011, 524 (525).

handen bzw. deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind¹⁰⁷ und Liquidationsverluste auch ansonsten nicht auf Anteilseignernebene berücksichtigt werden können.

Freilich wird auch bei nach diesen Vorgaben anzunehmender Finalität die Höhe des zu berücksichtigenden Verlusts nicht durch die Verlustfeststellung im Quellenstaat determiniert, sondern es muss im Ansässigkeitsstaat nur der Verlust berücksichtigt werden, der sich bei einer Schattengewinnermittlung nach den Regeln des Ansässigkeitsstaates ergibt, zusätzlich begrenzt durch die Höhe des im Quellenstaat finalen Verlusts.¹⁰⁸ Es kann also durchaus sein, dass ein Verlust, obwohl er allein infolge der Grenzüberschreitung und nicht wegen restriktiverer Regeln des Quellenstaates final wird, im Ergebnis keine Berücksichtigung findet, weil bei Anwendung der Regeln des Ansässigkeitsstaates gar kein Verlust existiert.

Nicht zwingend ist bei Zugrundelegung der Gewinnermittlungs- und Verlustverrechnungsvorschriften des Ansässigkeitsstaates die phasenverschobene Berücksichtigung erst im Finalitätsjahr, da sich die Finalität nach den Regeln im Quellenstaat richtet, die aber im Ergebnis bei der konkreten Berücksichtigung des Verlusts gar keine Anwendung finden. Allenfalls lässt sich das Hinausschieben mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip begründen, um die Durchbrechung der Freistellungssymmetrie zulasten des an sich unbeteiligten Ansässigkeitsstaates so gering wie möglich zu halten.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten, ob rein national oder grenzüberschreitend, ist nicht nur fiskalisch umkämpft, sondern auch dogmatisch vermint. Der I. Senat des Bundesfinanzhofs scheut die Herausforderungen nicht. Alleine lösen kann er sie indes nicht. Das hat der Senat für die Verfassungsfragen anerkannt. Er sollte es auch für die europarechtlichen Fragen eingestehen,¹⁰⁹ mag die Hoffnung in die dogmatische Stringenz der Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Steuerrechts auch nicht allzu groß sein. Ob der EuGH zu besseren Lösungen kommt, als der I. Senat ist jedoch ebenso wenig entscheidend wie die Frage, ob unternehmensteuerrechtliche Probleme beim Bundesverfassungsgericht gut aufgehoben sind. Der gewaltenteilige Rechtsstaat erfüllt den Gerechtigkeitsanspruch durch die Zuweisung von Kompetenzen und Letztentscheidungsbefugnissen. Dies erfährt der Bundesfinanzhof schmerzhaft im Verhältnis zum Gesetzgeber, dessen Nichtanwendungsgesetzen allein das Bundesverfassungsgericht Einhalt gebieten könnte. Genauso ausgeliefert ist der Bundesfinanzhof den Entscheidungen aus Karlsruhe und Luxemburg. Das hinzunehmen wird einer dogmatisch so profilierten Richterpersönlichkeit wie *Dietmar Gosch* sicherlich schwer fallen. Es bleibt der Trost, dass der I. Senat, indem er diesen Fragen nicht ausweicht, Wissenschaft und Praxis zu intensivem¹¹⁰ Diskurs anregt.

¹⁰⁷ In EuGH 21.2.2013 – C-123/11, DStR 2013, 392 (Rn. 52 ff.) – A Oy, hatte der Gerichtshof die Finalität allerdings in einem Fall bejaht, in dem bei grds. zulässiger Verlustnutzung im Fall einer Fusion lediglich die konkreten Tatbestandsvoraussetzungen im Quellenstaat nicht erfüllt waren.

¹⁰⁸ Wie hier Schaumburg/Englisch/*Englisch* Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 7.248.

¹⁰⁹ In diese Richtung auch Schaumburg/Englisch/*Fehling* Europäisches Steuerrecht, 2015, Rn. 23.16 Fn. 4; Lüdicke/*Reimer* Wo steht das deutsche internationale Steuerrecht, Forum der internationalen Besteuerung, 2009, 31 (43).

¹¹⁰ *Cordewener* EuZW 2015, 295 (297 Fn. 26): „Eine der am intensivsten diskutierten Detailfragen des europäischen Steuerrechts überhaupt“.

NATIONALE UND
INTERNATIONALE
UNTERNEHMENSBESTEUERUNG
IN DER RECHTSORDNUNG

FESTSCHRIFT FÜR
DIETMAR GOSCH
ZUM AUSSCHEIDEN AUS DEM RICHTERAMT

Herausgegeben von
Prof. Dr. Jürgen Lüdicke
Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff
Prof. Dr. Thomas Rödder

2016



www.beck.de

ISBN 978 3 406 68582 8

© 2016 Verlag C.H.Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH
Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza
Satz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark
Umschlaggestaltung: Druckerei C.H.Beck Nördlingen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)