

## Die Anerkennung finaler EU-/EWR- Betriebsstättenverluste in Deutschland

Wirtschaftsjuristin Lisa Bernhardt, LL.B.

### A. Einleitung

#### I. Problemaufriss

Ausländische Direktinvestitionen, worunter auch die Errichtung einer Betriebsstätte im europäischen Ausland fällt,<sup>1</sup> erfolgen mit der Intention, Gewinne zu erwirtschaften. Unternehmerischer Betätigung ist immer die Gefahr immanent, dass es zu Verlusten kommt.<sup>2</sup> Als Folge der vorangeschrittenen Verdichtung des internationalen Wirtschaftsverkehrs sind auf nationaler Ebene die Finanzverwaltung und Finanzgerichtsbarkeit und auf europäischer Ebene der EuGH zunehmend mit Fällen konfrontiert, in denen Gewinne und Verluste in unterschiedlichen EU-Mitgliedsstaaten anfallen. Hierbei stellt sich die Frage, ob das Inland als Ansässigkeitsstaat des Stammhauses verpflichtet ist, Verluste der ausländischen Betriebsstätte anzuerkennen. Die Problemstellung ist in der nachfolgenden Abbildung grafisch aufbereitet.

Die Klärung der Frage richtet sich primär nach dem Europarecht. Es besteht zwar kein ausdrücklicher Harmonisierungsauftrag auf Ebene der direkten Steuern i.S.d. Art. 113 AEUV,<sup>3</sup> dies entbindet jedoch nicht von der Pflicht, die Grundfreiheiten, insb. die Niederlassungsfreiheit, bei der Ausübung des nationalen Steuerrechts zu wahren.<sup>4</sup> Seit 2005 hat sich der EuGH in einer Reihe von Entscheidungen der Frage innereuropäischer Verlustverrechnung gewidmet.<sup>5</sup> Dabei hat er versucht, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Ziel eines gemeinsamen Binnenmarktes (Art. 3 III 1 EUV) und dem Interesse

<sup>1</sup> *Paetsch*, Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung, S. 8f.

<sup>2</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 15.

<sup>3</sup> *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 39; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 16, 87f.; *Tiedtke/Mohr*, EuZW 2008, 424 (424).

<sup>4</sup> *Blottko*, SteuerStud 2008, 586 (586).

<sup>5</sup> Beginnend mit EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 - Marks & Spencer; Urt. v. 15.5.2008 - C-414/0, DStR 2008, 1030 - Lidl Belgium; Urt. v. 21.2.2013 - C-123/11, DStR 2013, 392 - A Oy; Urt. v. 3.2.2015 - C-172/13, DStR 2015, 337 - Kommission/Vereinigtes Königreich; Urt. v. 17.12.2015 - C-388/14, DStR 2016, 28 - Timac Agro; Urt. v. 12.06.2018 - C-650/16, DStR 2018, 1353 - Bevola & Trock; Urt. v. 19.6.2019 - C-608/17, DStR 2019, 1345 - Holmen; Urt. v. 19.6.2019 - C-607/17, IStR 2019, 597, mit Anm. *Heckerodt*, 600ff. - Memira Holding.

des Stammhausstaates, die Auslandsverluste aus haushaltspolitischen Erwägungen nicht anzurechnen, zu schaffen.<sup>6</sup> Der deutsche Gesetzgeber wurde bisher nicht aktiv.<sup>7</sup> Die Finanzgerichtsbarkeit und Finanzverwaltung sind verpflichtet, die unionsrechtlichen Vorgaben umzusetzen (Art. 4 III EUV).<sup>8</sup> Trotz der über ein Jahrzehnt anhaltenden Auseinandersetzung scheinen zentrale Rechtsfragen zur innereuropäischen Verlustnutzung nicht hinreichend geklärt zu sein.<sup>9</sup>

## II. Ziel und Gang der Untersuchung

Ziel der Bachelorarbeit ist es, die EuGH-Rechtsprechung auf dem Gebiet der finalen Auslandsverluste sowie deren Umsetzung durch den BFH und die deutsche Finanzverwaltung zu analysieren und aufzubereiten. Der thematische Schwerpunkt liegt auf der materiell-rechtlichen Analyse des Finalitätskriteriums, d.h. welche Anforderungen an das Finalitätskriterium gestellt werden.

Im Blickfeld der Ausführungen ist ein in Deutschland situiertes Unternehmen, sog. Stammhaus, das im EU-Ausland eine Betriebsstätte betreibt, die Verluste erwirtschaftet, sog. Outbound-Fall. Outbound-Fälle erfassen ausländische Unternehmungen eines Steuerinländers.<sup>10</sup>

Die Arbeit ist in vier Kapitel untergliedert. Im ersten Kapitel werden national-, sowie abkommensrechtliche Grundlagen der Betriebsstättenbesteuerung vermittelt. Im zweiten Kapitel werden die Rechtsquellen des Europarechts erläutert sowie der Einfluss von Primär-, und Sekundärrecht auf die direkten Steuern. Anschließend wird die Prüfungsvorgehensweise des EuGH illustriert, um im Anschluss dezidiert auf die einzelnen Prüfungspunkte eingehen zu können. Das dritte Kapitel bildet den Schwerpunkt der Arbeit. Dieses beschäftigt sich mit der sich i.R.d. Verhältnismäßigkeit stellenden Frage, wann Verluste, in Abgrenzung zu laufenden Verlusten, final sind. Analysiert werden nicht nur die Anforderungen, die der EuGH, sondern auch der BFH und die deutsche Finanzverwaltung an die Finalität stellen. Die Auseinandersetzung erfolgt in materiell-, und formell-rechtlicher Sicht. Nachfolgend wird Stellung bezogen, ob es einer Reform bedarf und die aktuellen Vorlagefragen besprochen. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse.

Rechtsprechung und Literatur sind bis November 2021 berücksichtigt worden.

## B. Grundlagen des nationalen und Abkommensrechts

Die Komplexität der innereuropäischen Verlustverrechnung fußt in dem Zusammenspiel mehrerer Regelungsebenen. Neben dem Zusammentreffen von Verfassungsrecht und

---

<sup>6</sup> Cordewener, FS Lehner, 329 (331); Niemann/Dodos, DStR 2021, 441 (441); Blottko, SteuerStud 2008, 586 (586).

<sup>7</sup> Heckerodt, IStR 2019, 171 (176); Kahlenberg, Ubg 2018, 470 (470).

<sup>8</sup> U.a. BFH, Urt. v. 17.7.2008 - I R 84/04, IStR 2008, 704, mit Anm. KB, 705; Urt. v. 3.2.2010 - I R 23/09, IStR 2010, 370; Urt. v. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670, mit Anm. Mitschke, 672; Urt. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663, mit Anm. Benecke, 668 ff.; Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, IStR 2014, 377, mit Anm. Mitschke, 381 ff.; Musil, DB 2011, 2451 (2451).

<sup>9</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354, mit Anm. Wacker, 2363f.

<sup>10</sup> Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 13.134; Cordewener, FS Lehner, 329 (330).

nationalem Steuerrecht, muss gleichzeitig das Unionsrecht, Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) als bilaterale Verträge sowie die ausländische Rechtsordnung des Betriebsstättenstaats beachtet werden.<sup>11</sup>

## I. Besteuerung nach nationalem Recht

Den Ausgangspunkt bildet die Darstellung der Besteuerung nach nationalem Recht, denn DBA begründen keine Besteuerungsrechte,<sup>12</sup> sodass ein Rückgriff auf das jeweilige DBA ein nationales Besteuerungsrecht voraussetzt.<sup>13</sup>

### 1. Grundprinzipien nationaler Besteuerung

Die Besteuerung in Deutschland erfolgt nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip, das primär eine steuerrechtsspezifische Ausgestaltung des allgemeinen Gleichheitsgebots (Art. 3 I GG) darstellt.<sup>14</sup> Die steuerliche Inanspruchnahme soll an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts ausgerichtet sein.<sup>15</sup> Neben Gewinnen müssen somit auch Verluste bei der Besteuerung berücksichtigt werden, sog. objektives Nettoprinzip. Es erfolgt eine Besteuerung der Nettoeinkünfte.<sup>16</sup>

### 2. Begriff des Verlusts und Verlustverrechnung

Der Verlustbegriff wird an einigen Stellen im Ertragssteuerrecht verwendet (vgl. §§ 2a, 23 III, 10d EStG), jedoch mangelt es an einer Legaldefinition.<sup>17</sup> Der Gesetzgeber versteht Verluste als „negative Einkünfte“ (vgl. §§ 2a, 10d EStG).<sup>18</sup> Ein Verlust meint bei Gewinneinkunftsarten höhere Betriebsausgaben als Betriebseinnahmen (vgl. § 4 III 1 EStG) und bei Überschusseinkunftsarten höhere Werbungskosten als Einnahmen (vgl. § 2 II Nr.1 EStG).<sup>19</sup>

Unter Verlustverrechnung ist die Saldierung negativer und positiver Einkünfte zu verstehen;<sup>20</sup> erfolgt diese länderübergreifend, wird von grenzüberschreitender Verlustverrechnung gesprochen. Diese tangiert die Steuersouveränität der Staaten, denn sie betrifft die Zuordnung des Steuersubstrats.<sup>21</sup> Mit anderen Worten wird durch die Verrechnung das inländische Steuersubstrat geschmälert, mithin der Staat in seinem Recht die Besteuerung festzulegen beschränkt. Die Saldierung kann sowohl innerperiodisch (sog. Verlustausgleich) als auch interperiodisch (sog. Verlustabzug) erfolgen.<sup>22</sup>

<sup>11</sup> *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 48.

<sup>12</sup> *Lehner*, in: Vogel/Lehner, DBA, Grundlagen Rn. 65ff.; *Seer*, in: Tipke/Lang, Rz. 1.93.

<sup>13</sup> *Schüller*, Besteuerung grenzüberschreitender Personengesellschaften, S. 47f.

<sup>14</sup> *Gersch*, in: Klein, AO, § 3 Rn. 14; *König*, in: König, AO, § 3 Rn. 75; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 3.121; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, § 2 Rn. 174; *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 9.

<sup>15</sup> *König*, in: König, AO, § 3 Rn. 75; *Gersch*, in: Klein, AO, § 3 Rn. 14; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 3.121, *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, § 2 Rn. 174; *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 9.

<sup>16</sup> *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.54; *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, § 2 Rn. 10.

<sup>17</sup> *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 6; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.5; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 22.

<sup>18</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 22; *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 6.

<sup>19</sup> *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.60; *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 6f.

<sup>20</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 23.

<sup>21</sup> *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 175.

<sup>22</sup> *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 8.61f.; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 23.

### 3. Betriebsstättenbesteuerung nach nationalem Recht

Betriebsstätten werden gegründet, um mit der Unternehmung zu expandieren.<sup>23</sup> Eine Differenzierung zwischen Betriebsstätte und Stammhaus kann erst erfolgen, wenn das Unternehmen an mind. zwei Standorten fest verankert ist. Vom Stammhaus geht im Unterschied zur Betriebsstätte i.d.R. die Leitung aus.<sup>24</sup> Der nationale Betriebsstättenbegriff ist in § 12 S. 1 AO als „jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient“ legal definiert. Eine Geschäftseinrichtung erfordert mind. einen körperlichen Gegenstand, als Basis der unternehmerischen Tätigkeit.<sup>25</sup> Mit „fest“ ist gemeint, dass die Geschäftseinrichtung örtlich betrachtet einen Bezug zu einem Punkt der Erde aufweist und zeitlich betrachtet Kontinuität anvisiert sein muss.<sup>26</sup> Der Unternehmer muss eine eigene und mehr als vorübergehende Verfügungsmacht innehaben.<sup>27</sup> § 12 S. 2 AO listet, nicht abschließend (vgl. „insbesondere“), einige Formen von Betriebsstätten auf:<sup>28</sup> u.a. die Stätte der Geschäftsleitung oder Zweigniederlassung. Der ständige Vertreter nach § 13 AO ist ein weiterer Anknüpfungspunkt der Besteuerung.<sup>29</sup>

Der zentrale steuerrechtliche Unterschied zur Tochtergesellschaft liegt darin, dass die Betriebsstätte rechtlich unselbstständig ist; sie selbst ist nicht Steuersubjekt.<sup>30</sup> Die Konsequenz dessen ist, dass die Besteuerung einheitlich auf Ebene des Stammhauses erfolgt.<sup>31</sup> Das Stammhaus unterliegt, als dahinterstehende Rechtsperson, mit ihrem Welt-einkommen der unbeschränkten Steuerpflicht, §§ 1 I, II KStG. Das bedeutet, dass die Gesamtheit der weltweit erzielten Einkünfte des Unternehmens, d.h. auch diejenigen der ausländischen Betriebsstätte, sei es in Form von Gewinnen oder Verlusten, zunächst von der inländischen unbeschränkten Steuerpflicht umfasst sind.<sup>32</sup> Die unbeschränkte Steuerpflicht knüpft nicht an die Einkünfte, sondern das Steuersubjekt an.<sup>33</sup>

Das Vorliegen einer Betriebsstätte i. S. d. ausländischen Bestimmungsvorschriften<sup>34</sup> stellt auch im Ausland vielfach einen relevanten Anknüpfungspunkt für die Besteuerung dar.<sup>35</sup> Der territoriale Bezug der Betriebsstätte zum EU-Mitgliedsstaat löst i.d.R. eine beschränkte Steuerpflicht aus, sog. Quellenprinzip.<sup>36</sup>

<sup>23</sup> *Froitzheim*, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 9.

<sup>24</sup> Ebd.

<sup>25</sup> *König*, in: *König*, AO, § 12 Rn. 6; *Gersch*, in: *Klein*, AO, § 12 Rn. 2.

<sup>26</sup> *Gersch*, in: *Klein*, AO, § 12 Rn. 2f.; *Froitzheim*, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 16; *König*, in: *König*, AO, § 12 Rn. 9f.; *Watrin/Riegler*, WiSt 2018, 12 (13f.).

<sup>27</sup> *Gersch*, in: *Klein*, AO, § 12 Rn. 5; *Froitzheim*, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 16; *König*, in: *König*, AO, § 12 Rn. 11; *Watrin/Riegler*, WiSt 2018, 12 (13f.).

<sup>28</sup> *Scheller*, Betriebsstätte oder Niederlassung, S. 9; *Gersch*, in: *Klein*, AO, § 12 Rn. 1; *König*, in: *König*, AO, § 12 Rn. 23; *Watrin/Riegler*, WiSt 2018, 12 (13).

<sup>29</sup> *Gersch*, in: *Klein*, AO, § 13 Rn. 1.

<sup>30</sup> *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1457); *Blumenberg/Hundeshagen*, in: *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht, § 7 Rn. 331; *Froitzheim*, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 9; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 45; *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 47.

<sup>31</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 45; *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 202; *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 101.

<sup>32</sup> *Fehrenbacher*, in: *Schnitger/Fehrenbacher*, KStG, § 8 Rn. 91; *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 202; *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 87.

<sup>33</sup> *Lampert*, in: *Gosch*, KStG, § 12 Rn. 2; *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 5.

<sup>34</sup> *Wittowski/Hielscher*, BC 2013, 482 (483).

<sup>35</sup> *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 6; *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, Rz. 13.134; *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 202.

<sup>36</sup> *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 6.

Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte führen dazu, dass die Einkünfte der Betriebsstätte im Inland i. R. d. Welteinkommensprinzip und im Ausland i. R. d. Quellenprinzips besteuert werden.<sup>37</sup> Es liegt eine rechtliche Doppelbesteuerung vor, d.h. ein doppelter Steuerzugriff auf die Betriebsstätte bei ein- und demselben Steuersubjekt durch zwei Staaten.<sup>38</sup> Doppelbesteuerungen sind wettbewerbsverzerrend, konterkarieren somit das Binnenmarktziel.<sup>39</sup>

## II. Besteuerung nach Abkommensrecht

### 1. Funktion und Wirkungsweise von Doppelbesteuerungsabkommen

Zur Vermeidung grenzüberschreitend bedingter Doppelbesteuerung haben die Staaten bilaterale völkerrechtliche Verträge i.S.v. Art. 59 II GG, sog. DBA, geschlossen.<sup>40</sup> Ziel ist u.a. eine Einmalbesteuerung,<sup>41</sup> um dem Leistungsfähigkeitsprinzip zu entsprechen.<sup>42</sup> Innerstaatliche Geltung erhält das DBA durch ein Zustimmungsgesetz.<sup>43</sup> Bei unmittelbarer Anwendbarkeit sind die Regelungen des DBA den nationalen Steuergesetzen vorrangig, vgl. § 2 I AO. Ein Rückgriff auf das DBA darf allerdings erst erfolgen, wenn ein nationales Besteuerungsrecht besteht.<sup>44</sup> Denn DBA begründen keine Besteuerungsrechte, sondern bestätigen oder beschränken bereits vorhandene, indem einer der Staaten auf das Besteuerungsrecht verzichtet oder der Sitzstaat die geleistete Quellensteuer anrechnet.<sup>45</sup> Die meisten Länder, so auch Deutschland, haben sich bei dem Abschluss ihrer DBA an dem OECD-Musterabkommen<sup>46</sup> (OECD-MA) orientiert.<sup>47</sup>

### 2. Abkommensrechtliche Betriebsstättenbesteuerung

#### a. Besteuerung dem Grunde nach

Das einschlägige DBA kann das nationale Besteuerungsrecht einschränken, sodass eine Auseinandersetzung mit dem Abkommensrecht unabdingbar ist. Art. 7 I OECD-MA regelt die „Besteuerung dem Grunde nach“. <sup>48</sup> Gem. der Verteilungsnorm des Art. 7 I 1

<sup>37</sup> Kokott, Das Steuerrecht der EU, § 2 Rn. 185; Watrin/Riegler, WiSt 2018, 12 (14); Froitzheim, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 11f.; König, in: König, AO, § 12 Rn. 1; Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 86 f.

<sup>38</sup> Birk, FS Lang, 1131 (1134); Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 87.

<sup>39</sup> Kokott, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 14.

<sup>40</sup> Rust/Reimer, IStR 2005, 843, (844); Glatz, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 7; Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 1.92; Englisch, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 4.24; Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 93; Birk, FS Lang 1131 (1132f.).

<sup>41</sup> Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 1.92.

<sup>42</sup> Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 87, 93.

<sup>43</sup> Glatz, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 7; Ernst, Die Dienstleistungsbetriebsstätte im Abkommensrecht, S. 32.

<sup>44</sup> Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 1.91; Lehner, in: Vogel/Lehner, DBA, Grundlagen Rn. 65; Gersch, in: Klein, AO, § 12, Rn. 1, 19.

<sup>45</sup> Lehner, in: Vogel/Lehner, DBA, Grundlagen Rn. 65ff.; Seer, in: Tipke/Lang, Rz. 1.93.

<sup>46</sup> In der aktuellen Fassung v. November 2017.

<sup>47</sup> Brüninghaus, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, K 20; Glatz, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 7f.; Ernst, die Dienstleistungsbetriebsstätte im Abkommensrecht, S. 52; Richter/Welling, FR 2011, 1092 (1092).

<sup>48</sup> Berner, Betriebsstättenbesteuerung nach dem AOA, S. 48; Froitzheim, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 37; Haverkamp, in: Mössner, Steuerrecht, Rz. 5.62; Bendlinger, SWI 2007, 496 (498); Kahle/Möding, DStZ 2012, 801 (804).

Hs. 1 OECD-MA steht grundsätzlich dem Ansässigkeitsstaat des Unternehmens das Besteuerungsrecht für die Gewinne zu. Wird die Tätigkeit allerdings mittels einer Betriebsstätte ausgeübt, besteht eine ausreichend starke Verankerung der unternehmerischen Tätigkeit zum Quellenstaat, wodurch dieser berechtigt wird, die Betriebsstättengewinne zu besteuern, Art. 7 I 1 Hs. 2, 2 OECD-MA.<sup>49</sup>

Das Besteuerungsrecht des Quellenstaats hängt maßgeblich davon ab, ob der Betriebsstättenbegriff i.S.d. DBA verwirklicht wird. DBA enthalten eine eigenständige, von § 12 AO zu differenzierende, Betriebsstättendefinition, vgl. Art. 5 I OECD-MA.<sup>50</sup> Diese ist im Interesse eines liberalen grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs restriktiver gefasst als diejenige der AO.<sup>51</sup> Gem. Art. 5 I OECD-MA ist eine Betriebsstätte eine „feste Geschäftseinrichtung, durch die Unternehmenstätigkeit ganz oder teilweise ausgeübt wird“. Eine Auflistung von Regelbeispielen enthält Abs. 2.<sup>52</sup> In Übereinstimmung mit der nationalen Betriebsstättendefinition bedarf es einer festen Geschäftseinrichtung.<sup>53</sup> Im Unterschied zum nationalen Betriebsstättenbegriff müssen zumindest Teile der Unternehmenstätigkeit durch die Betriebsstätte erfolgen, rein dem Unternehmenszweck dienende Tätigkeiten genügen nicht.<sup>54</sup> Auch rein vorbereitende oder Hilfstätigkeiten erfüllen nicht den Betriebsstättenbegriff, Art. 5 IV OECD-MA. Sind die Betriebsstättenmerkmale i.S.d. Art. 5 OECD-MA erfüllt, steht dem Quellenstaat das Besteuerungsrecht zu.

Deutschland wendet bei Einkünften ausländischer Betriebsstätten fast ausschließlich die Freistellungsmethode an, Art. 23A I OECD-MA.<sup>55</sup> Diese sorgt dafür, dass Einkünfte ausländischer Betriebsstätten im Inland freigestellt sind.<sup>56</sup> Nach st. Rspr. des BFH schließt die Freistellungsmethode negative Einkünfte mit ein, d. h. im Gleichlauf zu Gewinnen werden auch Verluste im Inland nicht erfasst, sog. Symmetriethese.<sup>57</sup> Diese Auslegung der Freistellungsmethode ist nicht zwingend.<sup>58</sup>

---

<sup>49</sup> *Haverkamp*, in: Mössner, Steuerrecht, Rz. 5.64; *Ernst*, Die Dienstleistungsbetriebsstätte im Abkommensrecht, S. 61ff.

<sup>50</sup> *Hruschka*, in: Schönfeld/Ditz, DBA, Art. 5 Rz. 2; *Watrin/Riegler*, WiSt 2018, 12 (14); *Görl/Gradl*, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 5 Rn. 2; *Ernst*, Die Dienstleistungsbetriebsstätte im Abkommensrecht, S. 65; *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 25; *Wittowski/Hielscher*, BC 2013, 482 (484).

<sup>51</sup> *Görl/Gradl*, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 5 Rn. 2.

<sup>52</sup> *Hruschka*, in: Schönfeld/Ditz, DBA, Art. 5 Rz. 86; *Watrin/Riegler*, WiSt 2018, 12 (14); *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, *Görl/Gradl*, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 5 Rn. 77.

<sup>53</sup> *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 25.

<sup>54</sup> *Watrin/Riegler*, WiSt 2018, 12 (15); *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht, S. 25; *Brüninghaus*, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, K 20.

<sup>55</sup> *Schüller*, Besteuerung grenzüberschreitender Personengesellschaften, S. 93f.

<sup>56</sup> *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 91.

<sup>57</sup> *Musil*, in: Weber-Grellet/Musil, Europäisches Steuerrecht, Art. 49 Rn. 155; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 47; *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1457f.); *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 180, 202; *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 91; *Schnitger*, FS Endres, 361 (361); *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 287; *Brandenberg*, FS Kroppen, 473 (474); *Birk*, FS Lang, 1131 (1142f.); *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 140.

<sup>58</sup> *Lüdicke/Lange-Hückstädt*, IStR 2013, 611 (611); *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (447).

### b. Besteuerung der Höhe nach

Art. 7 II OECD-MA regelt die „Besteuerung der Höhe nach“.<sup>59</sup> Die Selbstständigkeit der Betriebsstätte wird für die Aufteilung der Steuerbefugnisse und die Ermittlung des Gewinns fingiert.<sup>60</sup> Unter Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes wird daher eruiert, was die Betriebsstätte als fiktiv selbstständiges Unternehmen bei gleichen oder zumindest ähnlichen Bedingungen und Tätigkeiten erzielt hätte.<sup>61</sup>

Die Ermittlung wird nach dem „Authorised OECD Approach“ (AOA) in zwei Stufen vorgenommen. Auf der ersten Stufe, der sog. Funktionsanalyse, wird untersucht, wie entscheidend die verrichteten Tätigkeiten der Betriebsstätte für den Unternehmenserfolg sind. Ausgehend von den Funktionen werden das Risiko, die eingesetzten Wirtschaftsgüter sowie externe Geschäftsbeziehungen der Betriebsstätte zugeordnet. Auf Basis dieser Zuordnungen werden Innentransaktionen, d.h. Austauschbeziehungen zwischen Betriebsstätte und Stammhaus, erfasst. Diese werden auf der zweiten Stufe analog den OECD-Verrechnungspreisleitlinien bewertet.<sup>62</sup>

Die Funktions- und Risikoanalyse ist entscheidend für die Einordnung der Betriebsstätte als Strategieträger oder Routineunternehmen.<sup>63</sup> Der Strategieträger verrichtet die entscheidenden und mit Risiko behafteten Tätigkeiten; ihm steht der Residualgewinn oder -verlust zu.<sup>64</sup> Das Routineunternehmen erwirtschaftet konstante geringe Gewinne, trägt dafür aber kein Verlustrisiko im regulären Geschäftsverlauf.<sup>65</sup> In Fällen grenzüberschreitender Verlustverrechnung muss demnach eine Betriebsstätte in Form eines Strategieträgers vorliegen.

## C. Europarechtliche Perspektive der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung

Die bilaterale Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse muss ihrerseits den unionsrechtlichen Anforderungen standhalten.<sup>66</sup>

### I. Grundlagen des Europarechts

Eingangs werden europarechtliche Grundlagen komprimiert dargestellt, um anschließend die grenzüberschreitende Verlustverrechnung einer europarechtlichen Prüfung zu unterziehen.

---

<sup>59</sup> Berner, Betriebsstättenbesteuerung nach dem AOA, S. 48; Froitzheim, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 37; Haverkamp, in: Mössner, Steuerrecht, Rz. 5.62; Bendlinger, SWI 2007, 496 (498); Kahle/Möding, DStZ 2012, 801 (804).

<sup>60</sup> Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 1.89; Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rz. 13.134.

<sup>61</sup> Haverkamp, in: Mössner, Rz. 5.76; Berner, Betriebsstättenbesteuerung nach dem AOA, S. 48; Brünighaus, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, K 89; Froitzheim, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 37f.

<sup>62</sup> Berner, Betriebsstättenbesteuerung nach dem AOA, S. 49ff.; Brünighaus, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, K 91-96; Haverkamp, in: Mössner, Rz. 5.103; Froitzheim, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte, S. 38f.

<sup>63</sup> Brünighaus, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, E 1008; Borstell/Hülster, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, M 258.

<sup>64</sup> Borstell/Hülster, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, M 257.

<sup>65</sup> Elbert/von Jesche, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise N 531, 533; Brünighaus, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, E 1008.

<sup>66</sup> Heckerodt, IStR 2019, 171 (173); Lüdicke/Braunagel, in: Lüdicke/Kempf/Brink, Verluste im Steuerrecht, S. 181.

## 1. Rechtsquellen

Das Europarecht i. e. S. gliedert sich seiner hierarchischen Rangfolge nach absteigend in das Primärrecht, die völkerrechtlichen Verträge und das Sekundärrecht.<sup>67</sup> Das Primärrecht bilden hauptsächlich der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) inkl. Protokolle und Anhänge.<sup>68</sup> Die Gründungsverträge stellen die Rechtsgrundlage für die EU und ihr Handeln dar.<sup>69</sup> Für die direkten Steuern ist v.a. das Primärrecht von Relevanz.<sup>70</sup> Bei dem vom Primärrecht abgeleiteten Sekundärrecht handelt es sich um Rechtsakte, die von den Organen der EU erlassen wurden.<sup>71</sup> Sekundärrechtsakte sind gem. Art. 288 AEUV die verbindlichen Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse und die unverbindlichen Empfehlungen und Stellungnahmen.

Es besteht Anwendungsvorrang der europarechtlichen Vorschriften vor nationalem Recht jeden Ranges, d.h. bei einem Widerspruch gehen diese nationalen Regelungen vor, vernichten sie aber nicht.<sup>72</sup> Im Unterschied zum Völkerrecht gilt das Europarecht größtenteils auch innerhalb eines Staates, sog. Supranationalität.<sup>73</sup>

## 2. Sekundärrecht auf Ebene der direkten Steuern

Die EU als Staatenverbund<sup>74</sup> verfügt nur über die Kompetenzen, die ihr die Mitgliedsstaaten in den Verträgen übertragen haben, vgl. Art. 5 I 2, II EUV. Für die indirekten Steuern besteht explizit ein Harmonisierungsauftrag in Art. 113 AEUV.<sup>75</sup> Die direkten Steuern hingegen, wozu die Verlustverrechnung zählt, unterfallen der Autonomie der Mitgliedsstaaten.<sup>76</sup> In diesem Bereich erfolgte nur vereinzelt eine Steuerharmonisierung auf Grundlage von Art. 115 AEUV.<sup>77</sup> Die Kommission unternahm 1990 den Anlauf, einheitliche Vorgaben im Bereich innereuropäischer Verlustverrechnung zu schaffen.<sup>78</sup> Die erforderliche Einstimmigkeit nach Art. 115 wurde nicht erreicht und das Vorhaben eingestellt.<sup>79</sup>

<sup>67</sup> *Wienbracke*, Grundwissen Europarecht, S. 33ff.; *Herdegen*, Europarecht, § 8, Rn. 1.

<sup>68</sup> *Herdegen*, Europarecht, § 8, Rn. 4; *Englisch*, in: Tipke/Lang, Rz. 4.2; *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 1 Rn. 4; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 86; *Wienbracke*, Grundwissen Europarecht, S. 36f.; *Musil*, in: Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, Einführung Rn. 35.

<sup>69</sup> *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 5.

<sup>70</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 1 Rn. 4; *Musil*, in: Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, Einführung Rn. 149; *Braunage*, Verluste bei DBA-Freistellung, in: Lüdicke/Kempf/Brink, Verluste im Steuerrecht, S. 42.

<sup>71</sup> *Hobe/Fremuth*, Europarecht, § 10 Rn. 10, 19; *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 48; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 86.

<sup>72</sup> *Rust*, IStR 2008, 382 (384); *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, § 6 Rn. 52; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 86; *Wienbracke*, Grundwissen Europarecht, S. 57.

<sup>73</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 1 Rn. 2.

<sup>74</sup> *Wienbracke*, Grundwissen Europarecht, S. 31f.; *Pick*, Die Körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 35.

<sup>75</sup> *Pick*, Die Körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 37; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 87, *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 39.

<sup>76</sup> *Blottko*, SteuerStud 2008, 586 (586).

<sup>77</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 1 Rn. 28; *Pick*, Die Körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 38; *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 60f.

<sup>78</sup> KOM(90) 595, endg. v. 6.12.1990, Abl. EG 1991 C 53/30; *Terra/Wattel*, European Tax Law, p. 1018.

<sup>79</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission v. 9.1.2004 – ABl. 2004 C 5, 20; *Niemann/Dodos*, DStR 2016, 1057 (1059); *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 125; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 89ff.



Sekundärrechtsakte – sofern abschließend und wirksam geregelt – gehen dem höherrangigen Primärrecht vor. Der Anwendungsvorrang liegt darin begründet, dass das Sekundärrecht einen Teilbereich des Primärrechts regelt und somit präzisere Regelungen bereithält.<sup>80</sup> Für die innereuropäische Verlustnutzung existiert keine sekundärrechtliche Regelung,<sup>81</sup> sodass die Prüfung direkt anhand des Primärrechts, insb. der Grundfreiheiten, erfolgt<sup>82</sup>.

### 3. Primärrecht auf Ebene der direkten Steuern

Den vier Grundfreiheiten, der Warenverkehrs-, Dienstleistungs-, Personenverkehrs-, (in Form der Niederlassungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit), sowie Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 28 ff., 56 ff., 49ff./ 45 ff. und Art. 63 ff. AEUV), kommt auf Ebene des Primärrechts besondere Bedeutung zu. Sie sollen für eine optimale Allokation der Ressourcen sorgen<sup>83</sup> und sind bedeutsame Instrumentarien zur Verwirklichung des freien Binnenmarkts, als ein Leitziel der EU.<sup>84</sup> Der freie Binnenmarkt steht für die Liberalisierung des Wirtschaftsverkehrs, den Schutz vor Behinderungen für die Freiheit des grenzüberschreitenden Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs (vgl. Art. 3 III 1 EUV, Art. 26 II AEUV).<sup>85</sup> Gemein ist den Grundfreiheiten, dass sie spezifische Ausprägungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots (Art. 18 AEUV) darstellen<sup>86</sup> und einen grenzüberschreitenden Bezug erfordern<sup>87</sup>. Sie begründen subjektive Rechte und sind zwischen Staat und Bürger unmittelbar anwendbar.<sup>88</sup> Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Eingriff bereits bei einer beschränkenden, nicht erst diskriminierenden Maßnahme vorliegen.<sup>89</sup>

## II. Prüfungsvorgehensweise des EuGH im Fall finaler Verluste

Wie unter 2.a.bb. festgestellt, erfolgt die Prüfung direkt anhand des Primärrechts, im Speziellen der Grundfreiheiten. Der EuGH geht wie folgt vor:

1. Der EuGH schaut zuerst, ob der Sachverhalt von dem Schutzbereich der Grundfreiheit, i.d.R. von der Niederlassungsfreiheit, erfasst wird.<sup>90</sup>

<sup>80</sup> *Wienbracke*, Grundwissen Europarecht, S. 149f.

<sup>81</sup> *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 175; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 86.

<sup>82</sup> *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 175; *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 40f.; *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 64, 69.

<sup>83</sup> *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 44.

<sup>84</sup> *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, § 10 Rn. 1; *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 1; *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 39.

<sup>85</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 22 Rn. 1; *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 39; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 97; *Ruffert/Grischek/Schramm*, JuS 2021, 407 (407).

<sup>86</sup> *Hobe/Fremuth*, Europarecht, § 15, Rn. 11; *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, § 10 Rn. 4f.; *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 1 Rn. 5.

<sup>87</sup> *Ruffert/Grischek/Schramm*, JuS 2021, 407 (408); *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 44.

<sup>88</sup> *Wienbracke*, Grundwissen Europarecht, S. 146; *Ruffert/Grischek/Schramm*, JuS 2021, 407 (410).

<sup>89</sup> *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 3; *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 75; *Braunagel*, in: *Lüdicke/Kempf/Brink*, Verluste im Steuerrecht, S. 42; *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, S. 104f.; *Ruffert/Grischek/Schramm*, JuS 2021, 407 (408).

<sup>90</sup> *Ruffert/Grischek/Schramm*, JuS 2021, 407 (408); *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1458).

2. Anschließend wird geprüft, ob die mitgliedstaatliche Maßnahme die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt. Dazu muss der grenzüberschreitende mit dem korrespondierenden innerstaatlichen Sachverhalt objektiv vergleichbar sein und nachteilig behandelt werden.<sup>91</sup>

3. In einem letzten Schritt prüft der EuGH, ob die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden kann. Es bedarf entweder einem geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund, insb. zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Weiterhin muss die Maßnahme verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen, sein.<sup>92</sup> Der Schwerpunkt liegt i.d.R. auf der Erforderlichkeitsprüfung, d.h. es wird geprüft, ob mildere, gleich effektive Mittel zur Zielerreichung vorliegen.<sup>93</sup> Die Angemessenheit ist gewahrt, wenn die konfligierenden Interessen in ein angemessenes Verhältnis gebracht wurden. Bei der Rechtsfigur der finalen Verluste handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>94</sup>

### III. Anwendungsbereich der Grundfreiheit

Der Prüfungsreihenfolge entnehmend, muss zunächst der Anwendungsbereich einer Grundfreiheit eröffnet sein. Für die Verlustverrechnung kommen die Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit in Betracht.<sup>95</sup>

#### 1. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit als Personenverkehrsfreiheit ist in §§ 49 ff. AEUV gesetzlich normiert.<sup>96</sup> Sie umfasst das Recht zur Niederlassung mit dem Bestreben, eine selbstständige unternehmerische Tätigkeit aufzunehmen und zu verrichten sowie Unternehmen zu gründen und leiten. Gem. Art. 49 I 2 AEUV ist auch die Gründung von Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften und Agenturen erfasst, sog. sekundäre Niederlassungsfreiheit.<sup>97</sup> Über den Wortlaut des Art. 49 II AEUV hinaus schützt die Niederlassungsfreiheit nicht nur vor einer Ungleichbehandlung von innerstaatlichem und grenzüberschreitendem Sachverhalt im Aufnahmestaat, sondern auch vor Beeinträchtigungen seitens des Herkunftsstaats.<sup>98</sup> Die Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit muss, ohne zeitlich bestimmt zu sein, durch eine feste Einrichtung erfolgen.<sup>99</sup> Neben Unionsbürgern, d.h. natürlichen Personen mit der Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedsstaates, können sich auch Gesellschaften i.S.d. Art. 54 AEUV auf sie berufen.<sup>100</sup> Die sekundäre Niederlassungsfreiheit erfordert ergänzend die Ansässigkeit in einem Mitgliedsstaat.<sup>101</sup>

<sup>91</sup> Heckerodt/Schulz, DStR 2018, 1457 (1458).

<sup>92</sup> Wienbracke, Grundwissen Europarecht, S. 209.

<sup>93</sup> Pick, Die Körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 155.

<sup>94</sup> Heckerodt/Schulz, DStR 2018, 1457 (1459).

<sup>95</sup> Sedemund/Laboranowitsch, DSz 2008, 414 (415); Dürrschmidt, StuW 2010, 137 (144 ff.).

<sup>96</sup> Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, § 13 Rn. 1; Musil, in: Weber-Grellet/Musil, Europäisches Steuerrecht, Art. 49 Rn. 1.

<sup>97</sup> Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, § 13, Rn. 4.

<sup>98</sup> Musil, in: Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, Art. 49, Rn. 25ff.; u.a. EuGH, Urt. v. 15.05.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 19f - Lidl Belgium; Urt. v. 12.06.2018 - C-650/16, DStR 2018, 1353 Rn. 16f. - Bevola.

<sup>99</sup> Herdegen, Europarecht, § 16 Rn. 22; Hobe/Fremuth, § 18 Rn. 4f.

<sup>100</sup> Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, § 13 Rn. 4; Herdegen, Europarecht, § 16 Rn. 23.

<sup>101</sup> Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 28 Rn. 11.

## 2. Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalfreiheit, seit dem Vertrag von Maastricht primärrechtlich in Art. 63 ff. AEUV normiert,<sup>102</sup> stellt eine objektbezogene Grundfreiheit<sup>103</sup> dar. Zentral ist, dass sie sich als einzige Grundfreiheit nicht auf den Kapitalfluss zwischen Mitgliedsstaaten beschränkt, sondern auch denjenigen zu Drittstaaten erfasst.<sup>104</sup> Der Anwendungsbereich wird hierdurch signifikant erweitert. Mangels gesetzlicher Definition orientiert sich der EuGH an der Auflistung von Kapitaltransaktionen im Anhang der RL 88/361<sup>105</sup>.<sup>106</sup> Unter den Kapitalverkehr werden einseitige Kapitaltransaktionen in Form von Geld (z.B. Wertpapiere) und Sachen (z.B. Unternehmensbeteiligungen) subsumiert; es geht im Kern um das Investieren und Anlegen von Kapital.<sup>107</sup> Der Kapitalverkehrsfreiheit ist nicht nur essenziell für die EU als Wirtschafts- und Währungsunion, sondern auch Voraussetzung für den Binnenmarkt sowie die Verwirklichung der anderen Grundfreiheiten.<sup>108</sup> Alle natürlichen Personen unabhängig ihrer Staatsangehörigkeit<sup>109</sup> sowie juristische Personen (Art. 54 AEUV) können sich auf sie berufen.

## 3. Abgrenzung

Direktinvestitionen lassen sich i.d.R. simultan unter die Definition beider Grundfreiheiten fassen. Keine der beiden Grundfreiheiten beinhaltet eine Subsidiaritätsregelung; sie verweisen lediglich auf die jeweils andere Grundfreiheit.<sup>110</sup> Die Abgrenzung ist elementar bei Drittstaatsangehörigen.<sup>111</sup> Der EuGH differenziert danach, ob die mitgliedstaatliche Regelung einen beherrschenden Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen gewährt. Verfügt der Anteilseigner über einen beherrschenden Einfluss, wird ein Verstoß ausschließlich anhand der Niederlassungsfreiheit geprüft.<sup>112</sup> Inländische Stammhäuser haben auf ihre ausländischen Betriebsstätten stets einen beherrschenden Einfluss, so dass die Prüfung anhand der Niederlassungsfreiheit vollzogen wird.<sup>113</sup>

## IV. Beschränkung: Vergleichbarkeitsprüfung

Der EuGH prüft eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit, indem er den grenzüberschreitenden Sachverhalt einem korrespondierenden innerstaatlichen gegenüber-

---

<sup>102</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 28 Rn. 6; *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, § 14 Rn. 1; *Hobe/Fremuth*, Europarecht, § 20 Rn. 5.

<sup>103</sup> *Ukrow/Ress*, in: *Grabit/ Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Kommentar, Art. 63 AEUV Rn. 369.

<sup>104</sup> *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 49, 75f.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 3; *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 3 Rn. 98.

<sup>105</sup> Kapitalverkehrsrichtlinie, 88/361/EWG, ABI. 1988, L 178/5-18.

<sup>106</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 9; *Hobe/Fremuth*, Europarecht, § 20 Rn. 7; *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 48.

<sup>107</sup> *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, § 14 Rn. 4; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 2; *Hobe/Fremuth*, Europarecht, § 20 Rn. 8.

<sup>108</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 1.

<sup>109</sup> *Wienbracke*, Grundwissen Europarecht, S. 160.

<sup>110</sup> *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 77.

<sup>111</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 3 Rn. 93; *Musil/Schulz*, DStR 2013, 2205 (2210); *Tippelhofer/Lohmann*, IStR 2008, 857 (857).

<sup>112</sup> *Tippelhofer/Lohmann*, IStR 2008, 857 (858); *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 8; *Hobe/Fremuth*, Europarecht, § 20 Rn. 14; EuGH, Ur. v. 8.11.2012 - C-244/11, EuZW 2013, 29 Rn. 21, mit Anm. Tountopoulus, 32ff. - *Kommission/Griechenland*; *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (582); *Musil/Schulz*, DStR 2013, 2205 (2210).

<sup>113</sup> *Musil*, in: *Musil/Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht, Art. 49 Rn. 157.

stellt, sog. vertikaler Verlustausgleich.<sup>114</sup> Im Gegensatz zu Verlusten einer ausländischen Betriebsstätte werden inländische mit Gewinnen des inländischen Stammhauses verrechnet.<sup>115</sup>

Die Verrechnungsbegrenzung stelle einen Liquidationsnachteil dar.<sup>116</sup> Dieser kann Unternehmen davon abhalten, eine Betriebsstätte im Ausland zu eröffnen, sprich in ihrer Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen.<sup>117</sup>

Die Ungleichbehandlung kann nur gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen, wenn die Sachverhalte objektiv vergleichbar sind.<sup>118</sup> Der EuGH betont, dass sich die Vergleichbarkeitsprüfung am Ziel der betroffenen mitgliedstaatlichen Norm zu orientieren habe.<sup>119</sup> Die Vergleichbarkeit ist für den weiteren Prüfungsverlauf entscheidend. Dem nicht gebührend nimmt der EuGH die Vergleichbarkeit z.T. begründungslos an<sup>120</sup> oder geht über sie hinweg<sup>121, 122</sup>. Für Diskussionsbedarf sorgte die Rechtsache (Rs.) *Timac Agro*<sup>123</sup>. Der BFH und die h.M. zogen aus dem Urteil der Rs. *Timac Agro* den Schluss, dass im DBA-Freistellungsfall, da dem Stammhausstaat kein Besteuerungsrecht zusteht, inländische und ausländische Sachverhalte nicht vergleichbar seien.<sup>124</sup> Die Prüfung wäre somit, auch im Finalitätsfall, an dieser Stelle beendet und eine Verlustverrechnung unionsrechtlich nicht geboten.<sup>125</sup> Der EuGH judizierte in *Timac Agro*, wenn Verluste trotz einschlägiger Freistellungsmethode im Inland abgezogen werden, Vergleichbarkeit hergestellt werde.<sup>126</sup> Die Argumentation ist diametral. Es ist nicht schlüssig, einerseits einen Eingriff zu bejahen, wenn die Verlustverrechnung ausnahmsweise zugelassen

<sup>114</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 32ff. - Marks & Spencer; Urt. v. 25.2.2010 - C-337/08, IStR 2010, 213 Rn. 18f., mit Anm. Englisch, 215ff. - X Holding; Urt. v. 15.5.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 24f. - Lidl Belgium; *Ruhland*, Negative Einkünfte und Grundfreiheiten des Unionsrechts, S. 75; *Terra/Walker*, European Tax Law, p. 1043; Englisch, IStR 2014, 561 (561); Niehren, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft, S. 30f., 33f.; Pick, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 95f.; *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, S. 337.

<sup>115</sup> EuGH, Urt. v. 15.5.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 23f. - Lidl Belgium; *Blottko*, SteuerStud 2008, 586 (586).

<sup>116</sup> Statt vielen: EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 32 - Marks & Spencer; Urt. v. 15.5.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 23 - Lidl Belgium; Urt. v. 17.7.2014 - C-48/13, IStR 2014, 563 Rn. 20, mit Anm. *Mitschke*, 565ff. - Nordea Bank.

<sup>117</sup> Statt vielen: EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 33 - Marks & Spencer; Urt. v. 15.5.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 25f. - Lidl Belgium; Urt. v. 17.7.2014, C-48/13, IStR 2014, 563 Rn. 21f., mit Anm. *Mitschke*, 565ff. - Nordea Bank; *Blottko*, SteuerStud 2008, 586 (586).

<sup>118</sup> EuGH, Urt. v. 25.2.2010 - C-337/08, IStR 2010, 213 Rn. 20, mit Anm. Englisch, 215 ff. - X Holding; *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1458); *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 95;

<sup>119</sup> EuGH, Urt. v. 18.07.2007 - C-231/05, IStR 2007, 631 Rn. 38, mit Anm. *Rainer*, 635ff. - Oy AA; Urt. v. 25.02.2010, C-337/08, IStR 2010, Rn. 22, mit Anm. Englisch, 215 ff. - X Holding; Urt. v. 12.06.2018 - C-650/16, DStR 2018, 1353, Rn. 32 - Bevola; *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1458); Englisch, IStR 2014, 561 (561); *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (444).

<sup>120</sup> Exemplarisch: EuGH, Urt. v. 3.2.2015 - C-172/15, DStR 2015, 337 Rn. 23 - Kommission/Vereinigtes Königreich; Englisch, IStR 2014, 561 (561).

<sup>121</sup> Exemplarisch: EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 31ff. - Marks & Spencer.

<sup>122</sup> So auch: *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 96.

<sup>123</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.2005 - C-388/14, DStR 2016, 28 Rn. 65 - Timac Agro.

<sup>124</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.2005 - C-388/14, DStR 2016, 28 Rn. 28 - Timac Agro.

<sup>125</sup> *Benecke/Staats*, IStR 2016, 74 (83, 80); *Heckerodt/Titze/Peter*, IStR 2019, 571 (571); *Eisendle*, ISR 2016, 37 (39); *Mitschke*, FR 2016, 126 (132f.); a.A. *Niemann/Dodos*, DStR 2016, 1057 (1063), *Schlücke*, FR 2016, 126 (131); *Henze*, ISR 311 (313f.); BFH, Urt. 22.2.2017 - I R 2/15, IStR 2017, 490, mit Anm. *Kippenberg*, 496f. u. *Jung/Mielke*, 497f.

<sup>126</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.2005 - C-388/14, DStR 2016, 28 Rn. 28 - Timac Agro.

wird, mithin ein Anreiz für grenzüberschreitende Investitionen geschaffen wird und einen Eingriff zu verneinen, wenn die Abzugsfähigkeit der Verluste von vornherein verwehrt wird.<sup>127</sup> Die Befürchtung, der EuGH habe seine Finalitätsrspr. abgeschafft, wird nach h.M. mit der Rs. *Bevola*<sup>128</sup> entkräftet.<sup>129</sup>

## V. Rechtfertigungsgründe

Zur Rechtfertigung des Eingriffs bedarf es eines Rechtfertigungsgrunds. Die eng auszulegenden geschriebenen Rechtfertigungsgründe (hier: Art. 52 AEUV) sind für die direkten Steuern zu vernachlässigen.<sup>130</sup> Ein besonderes Gewicht kommt den ungeschriebenen, richterrechtlich erschaffenen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu, woraus sich die nachfolgenden Rechtfertigungsgründe gebildet haben.<sup>131</sup> Die alleinige Absicht, das Steueraufkommen zu erhalten, reicht zur Rechtfertigung nicht aus.<sup>132</sup>

### 1. Ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse

Die ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse, mithin des Steuersubstrats, wurde erstmalig in *Marks & Spencer* als Rechtfertigungsgrund anerkannt.<sup>133</sup> Dieser fußt auf dem Territorialitätsprinzip. Der EuGH orientiert sich an den DBA, als Konkretisierung der Steueraufteilung.<sup>134</sup> Dem Wort „ausgewogen“ lässt sich entnehmen, dass zum Schutz der Grundfreiheiten den EU-Staaten nicht grenzenlos die Aufteilung überlassen werden kann.<sup>135</sup> Der EuGH führt aus, dass die Notwendigkeit bestehen könne, Gewinne und Verluste als ihr Gegenstück gleich handzuhaben.<sup>136</sup> Entschließen sich die Mitgliedsstaaten, sei es durch unilaterale oder bilaterale Vereinbarungen in Form eines DBA, ihre Besteuerungsbefugnisse untereinander aufzuteilen, so kann es auch mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein, dem Steuerpflichtigen die Folgen aufzuerlegen. Die Folge

<sup>127</sup> *Schumacher*, IStR 2016, 473 (477f.); *Schiefer*, IStR 2016, 74 (80); *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 101f.; *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1461).

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 12.06.2018 - C 650/16, DStR 2018, 1353 - *Bevola*.

<sup>129</sup> *Heckerodt*, IStR 2019, 171 (177); *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1463); *Heckerodt/Titze/Peter*, IStR 2019, 571 (571); *Müller*, ISR 2018, 281 (283f.); *Kraft*, IStR 2018, 508 (508); *Ribbrock*, BB 2018, 1703 (1703); *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (442).

<sup>130</sup> *Niehren*, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft, S. 35; *Musil*, in: *Musil/Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht, Art. 49 Rn. 37, 105; *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 110.

<sup>131</sup> *Niehren*, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft, S. 35f; Europäisches Steuerrecht, Art. 49 Rn. 37, 107; *Englisch*, in: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, § 7 Rn. 224; *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 111; *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (442).

<sup>132</sup> *Schnitger*, FS Endres, 361 (362); *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 64.

<sup>133</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005- C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 45ff. - *Marks & Spencer*; *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (442); *Musil*, in: *Musil/Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht, Art. 49 Rn. 37, 107; *Englisch*, in: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, § 7 Rn. 224; *Jansen*, Das Steuerverfahren, S. 130.

<sup>134</sup> *Glahe*, IStR 2010, 870 (874); EuGH, Urt. v. 7.6.2006 - C-470/04, DStR 2006, 1691 Rn. 41ff.; EuGH - *N*, Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030, Rn. 31 - *Lidl Belgium*.

<sup>135</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 21.

<sup>136</sup> *Englisch*, in: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, § 7 Rn. 225; *Schnichels*, Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung, S. 198; *Heckerodt*, IStR 2019, 171 (174); EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 45 - *Marks & Spencer*; Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 31 - *Lidl Belgium*; Urt. v. 25.2.2010 - C-337/08, IStR 2010, 213 Rn. 28, mit Anm. *Englisch*, 215 ff. - *X-Holding*.

der Symmetriethese ist, dass Auslandsverluste grundsätzlich nicht im Inland verrechnet werden können.<sup>137</sup>

## 2. Gefahr der zweifachen Verlustberücksichtigung

Die Gefahr, Verluste zweifach zu berücksichtigen („double dip“<sup>138</sup>) und somit einen Steuervorteil zu erlangen, erkennt der EuGH in *Marks & Spencer* als eigenständigen Rechtfertigungsgrund an.<sup>139</sup> Bei Betriebsstätten kann die zweifache Verlustverrechnung erfolgen, indem der Stammhausstaat die Verluste anerkennt und der Betriebsstättenstaat diese bei künftiger Gewinnerzielung erneut verrechnet. Es soll die Steuerhoheit unter Wahrung des Symmetriegedankens garantiert werden.<sup>140</sup>

## 3. Missbrauchskontrolle/ Steuerflucht

Der Rechtfertigungsgrund der Steuerflucht ist eine Ausgestaltung der ausgewogenen Aufteilung der Steuerbefugnisse.<sup>141</sup> Als Steuermissbrauch ordnet der EuGH erst Gestaltungen ein, die nur der Steuerumgehung dienen, also jeglicher wirtschaftlichen Grundlage entbehren.<sup>142</sup> Die Gefahr der Steuerflucht besteht nicht bei Betriebsstätten.<sup>143</sup>

## 4. Kohärenz des Steuersystems

Unter steuerlicher Kohärenz ist zu verstehen, dass ein gewährter steuerlicher Vorteil auch verpflichtet, den unmittelbaren korrespondierenden steuerlichen Nachteil zu tragen.<sup>144</sup> Dreh- und Angelpunkt der Prüfung ist die Unmittelbarkeit. Das Kohärenzgebot vermeidet als Ausgestaltung des Gleichbehandlungserfordernisses eine Besserstellung.<sup>145</sup> Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz wurde 1992 entwickelt, zwischenzeitlich in den Schlussanträgen der Generalanwälte diskutiert, allerdings erst in *KR Wannsee* als Rechtfertigungsgrund anerkannt.<sup>146</sup>

## 5. Kumulatives Vorliegen der Rechtfertigungsgründe

In *Marks & Spencer* hielt der EuGH die ersten drei aufgeführten Rechtfertigungsgründe kumulativ zur Rechtfertigung geeignet.<sup>147</sup> In *Lidl Belgium* und *Oy AA* reichten ihm zwei

<sup>137</sup> *Niehren*, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft, S. 46.

<sup>138</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 92.

<sup>139</sup> EuGH, Ur. v. 13.12.2005, C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 47f. - *Marks & Spencer*.

<sup>140</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 17.

<sup>141</sup> *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 148f.; *Glahe*, IStR 2010, 870 (875); *Axer*, IStR 2007, 162 (164).

<sup>142</sup> *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 149; EuGH, Ur. v. 12.9.2006 - C-196/04, IStR 2006, 670 Rn. 55, mit Anm. *Körner*, 675 - Cadbury Schweppes.

<sup>143</sup> *Watrin/Wittkowski/Lindscheid*, IStR 2008, 637 (638); Schlussanträge GA *Sharpston* v. 14.2.2008 - C-414/06, IStR 2008, 183 Rn. 15, mit Anm. *Rainer*, 187f. - *Lidl Belgium*; *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (582).

<sup>144</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 82; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 113; *Pick*, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 115.

<sup>145</sup> *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 82; *Niehren*, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft, S. 37.

<sup>146</sup> *Niehren*, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft, S. 35; *Jansen*, Das Steuerverfahren, S. 132; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 112f.

<sup>147</sup> EuGH, Ur. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 43ff. - *Marks & Spencer*.

Gründe der Trias;<sup>148</sup> in *X-Holding* genügt die Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der steuerlichen Befugnisse als Rechtfertigungsgrund<sup>149</sup>. Eine fixe Anzahl von Rechtfertigungsgründen ist somit nicht erforderlich.

#### D. Analyse der Rechtsfigur der finalen Verluste

Die beeinträchtigende Maßnahme muss ihrerseits verhältnismäßig sein.<sup>150</sup> Der EuGH versucht das nationale Interesse am Erhalt des Steueraufkommens und das Binnenmarktziel angemessen auszubalancieren.<sup>151</sup>

Nach st. Rspr. wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprochen, wenn der Stammhausstaat sich weigert, die Verluste der EU-Freistellungsbetriebsstätte zu berücksichtigen. Die Weigerung geht allerdings dann über das zur Zielerreichung Erforderliche hinaus, ist mithin unverhältnismäßig, wenn die Verluste final sind.<sup>152</sup> Im Finalitätsfall wird dem Stammhausstaat ausnahmsweise die Pflicht auferlegt, Auslandsverluste steuerwirksam anzuerkennen. Final sind seit *Marks & Spencer* Verluste, deren Berücksichtigungsmöglichkeiten im Quellenstaat in Gänze ausgeschöpft wurden. Damit ist gemeint, dass die Verluste im Quellenstaat weder in vergangenen Wirtschaftsjahren (WJ), im gegenwärtigen noch in künftigen WJ durch sie oder Dritte, insb. durch Übertragung, berücksichtigt werden können.<sup>153</sup>

Der Rechtsfigur der Finalität kommt als Dreh- und Angelpunkt der Verhältnismäßigkeit herausragende Bedeutung zu. Sie wurde mit *Marks & Spencer*<sup>154</sup> eingeführt. Der Anwendungsvorrang führt dazu, dass die europäischen Vorgaben unmittelbar im nationalen Recht zu berücksichtigen sind.<sup>155</sup> Bislang existiert keine gesetzliche Grundlage, die eine Durchbrechung der Symmetriethese im Finalitätsfall zulässt.<sup>156</sup> Daher ist es Aufgabe der Finanzverwaltung und Finanzgerichtsbarkeit, die höherrangigen unionsrechtlichen Vorgaben im Rahmen ihrer Tätigkeit zu wahren (vgl. Art. 4 III EUV) und mithin den Finalitätsbegriff zu konkretisieren.<sup>157</sup> Nachfolgend wird analysiert, welche Erfordernisse der EuGH an die Finalität stellt sowie die nationale Umsetzung. Die Fälle zur Verlustverrechnung werden in zwei Kategorien unterteilt: jene, die aufgrund einer rechtlichen Regelung untergehen (rechtliche Finalität) und solche, bei denen die Finalität auf ein Han-

<sup>148</sup> EuGH, Urt. v. 15.8.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 40ff. - Lidl Belgium; Urt.v. 18.7.2007 - C-231/05, IStR 2007, 631 Rn. 51, mit Anm. Rainer, 635ff. - Oy AA; Schumacher, IStR 2016, 473 (474); Kessler/Eicke, IStR 2008, 581 (582); Schiefer/Quinten, IStR 2013, 261 (261).

<sup>149</sup> EuGH, Urt. v. 25.2.2010 - C-337/08, IStR 2010, 213 Rn. 27 ff., mit Anm. Englisch, 215 ff. - X-Holding; Schiefer/Quinten, IStR 2013, 261 (261).

<sup>150</sup> Ruffert/Grischek/Schramm, JuS 2021, 407 (410).

<sup>151</sup> Schnitger, FS Endres, 361 (364); Cordewener, FS Lehner, 329 (331).

<sup>152</sup> Pick, Die körperschaftsteuerliche Organschaft, S. 157.

<sup>153</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C- 446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - Marks & Spencer.

<sup>154</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C- 446/03, DStR 2005, 2168 - Marks & Spencer.

<sup>155</sup> Rublack, IFSt Nr. 472, S. 27; Weiten, (Finale) Verluste, S. 86; Wienbracke, Grundwissen Europarecht, S. 57.

<sup>156</sup> Rublack, IFSt Nr. 472, S. 7; Weiten, (Finale) Verluste, S. 197.

<sup>157</sup> Weiten, (Finale), S. 198; Rublack, IFSt Nr. 472, S. 7; Hey, FS Gosch, 161 (161); Schlücke, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 39.

deln des Steuersubjektes bzw. einen wirtschaftlichen Grund zurückgeht (tatsächliche Finalität).<sup>158</sup> Streng genommen gibt es keinen Verlustuntergang, der nur auf ein tatsächliches Ereignis zurückzuführen ist. Das tatsächliche Ereignis erfüllt erstmal nur den Tatbestand einer Rechtsnorm und erst die Rechtsfolge ist der Verlustuntergang.<sup>159</sup> Im Unterschied zur rechtlichen Finalität findet bei der tatsächlichen Finalität eine vorgelagerte Willensentscheidung des Steuerpflichtigen statt.<sup>160</sup> Für den Steuerpflichtigen ist der Grund zweitrang; ihm geht es primär um die Möglichkeit zur Verlustverrechnung.<sup>161</sup>

Einig sind sich der EuGH, BFH und die Finanzverwaltung darüber, dass der Steuerpflichtige den Nachweis zu erbringen hat, dass er alle Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung ausgeschöpft hat.<sup>162</sup>

## I. Rechtliche Finalität

Nachfolgend werden die einschlägigen Fälle zur rechtlichen Finalität des EuGH sowie BFH jeweils chronologisch analysiert. Rechtliche Finalität liegt vor, wenn der Verlustuntergang auf Rechtsnormen des Quellenstaats zurückzuführen ist, bspw. keine oder kürzere Verlustabzugsmöglichkeiten.<sup>163</sup> Ein Verlustvortrag ist in beinahe allen Mitgliedsstaaten im Gesetz verankert – wenn auch der Vortragszeitraum und die Höhe variiert; ein Verlustrücktrag in nur wenigen.<sup>164</sup> Aufgrund der Diskrepanzen stellt sich die Frage, ob der Stammhausstaat unionsrechtlich verpflichtet ist, einen Verlust zu berücksichtigen, dessen Untergang ausschließlich auf restriktivere Vorschriften des Betriebsstättenstaats zurückzuführen ist.

### 1. Rechtsprechung des EuGH

#### a. Rs. *Marks & Spencer (C-446/03)* und *Lidl Belgium (C-414/06)*

Ausgehend von *Marks & Spencer* sind Verluste final, wenn sie im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft nicht mehr berücksichtigt werden können, sei es gegenwärtig oder künftig, durch sie oder einen Dritten.<sup>165</sup> Mittels eines Verweises auf *Marks & Spencer* wurden die Finalitätskriterien in *Lidl Belgium* auf Betriebsstätten ausgeweitet.<sup>166</sup> Unter

---

<sup>158</sup> *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 220f.; *Schiefer/Quinten*, IStR 2013, 261 (261); *Quilitzsch*, DB 2010, 2757 (2758); *Heckerodt/Titze/Peter*, IStR 2019, 571 (576f.); *Ditz/Plansky*, DB 2009, 1669 (1672); *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 168.

<sup>159</sup> *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 24; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 225f.; *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 225f.

<sup>160</sup> *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 225.

<sup>161</sup> *Blumenberg*, FS: Herzig, 211 (219).

<sup>162</sup> Jeweils stellvertretend für die Rspr: EuGH, Urt. v. 13.12.2005 – C- 446/03, *Marks & Spencer*, DStR 2005, 2168 2. Leitsatz; BFH, Urt. v. 9.6.2010 – I R 100/09, IStR 2010, 670 2. Leitsatz, mit Anm. *Mitschke*, 672.

<sup>163</sup> *Heckerodt/Titze/Peter*, IStR 2019, 571 (576); *Quilitzsch*, DB 2010, 2757 (2758).

<sup>164</sup> BMF, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich 2020, S. 19- <[https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren\\_Bestellservice/2021-06-21-die-wichtigsten-steuern-im-internationalen-vergleich-2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=11](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2021-06-21-die-wichtigsten-steuern-im-internationalen-vergleich-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=11)>; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 221.

<sup>165</sup> EuGH v. 13.12.2005 - C- 446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - *Marks & Spencer*.

<sup>166</sup> EuGH v. 15.5.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 51 - *Lidl Belgium*; *Quilitzsch*, DB 2010, 2757 (2758); *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 182; *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (442); *Mayr*, BB 2008, 1816 (1816); *Heurung/Schmidt/Kollmann*, Freundesausgabe Baumhoff, 147 (148); *Schnitger*, FS Endres, 361 (364); *Mössner*, FS Lehner, 309 (319); *Graw*, DB 2010, 2469 (2469f.).



die Finalitätskriterien kann sowohl die tatsächlich als auch die rechtlich induzierte Finalität subsumiert werden. Eine Unterscheidung nach Ursache des Verlustuntergangs wurde nicht getroffen.<sup>167</sup> Ob der EuGH mit der Definition auch die rechtliche Finalität erfassen wollte, muss anhand der Folgefälle untersucht werden.

In *Lidl Belgium* erwähnte der EuGH, dass im Staat der Betriebsstätte ein Verlustvortrag gestattet sei.<sup>168</sup> Die Verluste konnten künftig berücksichtigt werden, sodass keine finalen Verluste i.S.d. EuGH-Rechtsprechung vorlagen und eine Auseinandersetzung mit der Thematik der rechtlichen Finalität ausblieb.<sup>169</sup> Vom Hinweis auf den Verlustvortrag wurde z.T. darauf geschlossen, dass auch der rechtlich induzierte Verlustuntergang die Finalitätskriterien erfülle.<sup>170</sup> Zunächst wurde Finalitätsrechtsprechung auch bei rechtlicher Finalität angewandt.<sup>171</sup>

#### b. Rs. KR Wannsee (C-157/07)

Teile der Literatur<sup>172</sup> sowie der BFH<sup>173</sup> ziehen aus der Rs. *KR Wannsee* Rückschlüsse auf die Reichweite der Finalitätskriterien. In *KR Wannsee* wurde die inländische Nachversteuerungsregelung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Europarecht geprüft.<sup>174</sup>

In dem Urteil klagte die deutsche KR Wannsee GmbH, deren österreichische Betriebsstätte Verluste erzielte.<sup>175</sup>

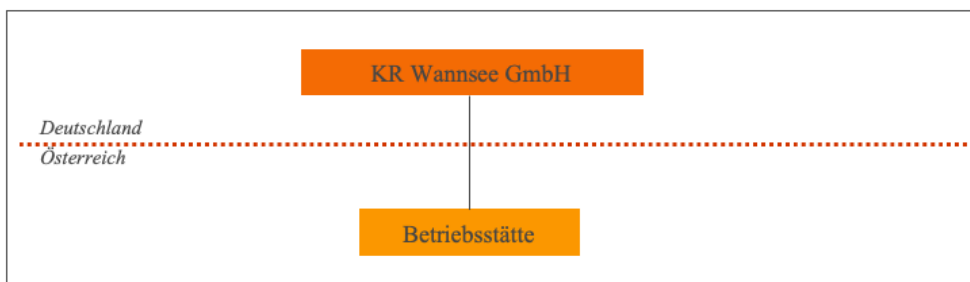


Abb. 1: Fallkonstellation Rs. KR Wannsee

Die Verluste wurden trotz abkommensrechtlicher Freistellung mit Einkünften des inländischen Stammhauses verrechnet.<sup>176</sup> Im Gegenzug wurden spätere, vor Veräußerung

<sup>167</sup> Lang, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: Schön/Heber, 63 (66); Rublack, IFSt Nr. 472, S. 24; Knipping, IStR 2009, 275 (275); Sedemund/Wegner, DB 2008, 2565 (2567); Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 170; Lamprecht, IStR 2008, 766 (768); Kessler/Philipp, IStR 2010, 865 (866).

<sup>168</sup> EuGH, Ur. v. 15.5.2008, C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 49 - Lidl Belgium.

<sup>169</sup> EuGH, Ur. v. 15.5.2008, C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 49ff - Lidl Belgium; Schiefer/Quinten, IStR 2013, 261 (262).

<sup>170</sup> Knipping, IStR 2010, 49 (51); Weerth, IStR 2008, 400 (405); Blumenberg, FS Herzig, 211 (219).

<sup>171</sup> Ditz/Plansky, DB 2009, 1169 (1672); Knipping, IStR 2009, 275 (276f.); Rehm/Nagler, GmbH 2008, 1175 (1175); von Brocke, DStR 2008, 2201 (2202); Mayr, BB 2008, 1816 (1817f.); Tiedtke/Mohr, DStZ 2008, 430 (438); Mayr, BB 2008, 129 (136); Rehm/Nagel, IStR 2008, 129 (136); Sedemund, DB 2008, 1220 (1122).

<sup>172</sup> Lamprecht, IStR 2008, 766 (768); Quilitzsch, DB 2010, 2757 (2758); Kessler/Philipp, IStR 2010, 865 (866); Altwater, DB 2009, 1201 (1205); van Lishaut, FR 2009, 1030 (1036); Schulz-Trieglaff, StuB 2009, 260 (263); Lühn, BB 2009, 90 (92).

<sup>173</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 Rn. 11, mit Anm. Mitschke, 672.

<sup>174</sup> EuGH, Ur. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 27 - KR Wannsee.

<sup>175</sup> EuGH, Ur. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 13 - KR Wannsee.

<sup>176</sup> EuGH, Ur. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 14 - KR Wannsee.

der Betriebsstätte erzielte Gewinne den Einkünften des Stammhauses hinzugerechnet.<sup>177</sup> Die Hinzurechnung war wertmäßig auf die zuvor abgezogenen Verluste begrenzt.<sup>178</sup> Daneben war die österreichische Verlustabzugsregelung nicht erfüllt,<sup>179</sup> so dass die Verluste in keinem der beiden Staaten steuerwirksam erfasst wurden. Die Klage richtete sich gegen die Hinzurechnungsbesteuerung.<sup>180</sup> Der EuGH entschied, dass die Nachversteuerungsregelung, als unmittelbares Gegenstück zur gewährten Verlustverrechnung,<sup>181</sup> aus Gründen der Kohärenz gerechtfertigt sei<sup>182</sup> und die betragsmäßige Begrenzung dafür Sorge, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werde<sup>183</sup>.

Der EuGH ging in *KR Wannsee* nicht auf die Finalitätsrechtsprechung ein, obwohl sie sich geradezu aufzwang und in der dritten Vorlagefrage<sup>184</sup> angelegt war.<sup>185</sup> Im Nachgang wurde kontrovers diskutiert, ob und welche Rückschlüsse sich zum Finalitätsumfang ziehen ließen. Zu Beginn kann festgehalten werden, dass die Verluste im Betriebsstättenstaat unberücksichtigt blieben, weil die dortige Regelung zum Verlustabzug nicht einschlägig war.<sup>186</sup> Die anschließende Veräußerung war für den Verlustuntergang unbedeutend. Ausgehend vom Wortlaut der Finalitätskriterien in *Marks & Spencer* müsste es sich um finale Verluste handeln.<sup>187</sup>

Ein Teil der Literatur deutet das Urteil *KR Wannsee* dahingehend, dass Fälle rechtlich bedingten Verlustuntergangs nicht als final i.S.d. EuGH-Rspr. gelten.<sup>188</sup> Sie stützen ihre Argumentation u.a. auf die Aussage des EuGH, dass „*ein Staat für Zwecke seines eigenen Steuerrechts nicht verpflichtet sein kann, die eventuell ungünstigen Auswirkungen der Besonderheiten einer Regelung eines anderen Staates zu berücksichtigen*“<sup>189</sup>. Des Weiteren führt der EuGH an, dass aus der Niederlassungsfreiheit nicht die Pflicht der Mitgliedsstaaten erwächst, ihr Steuerregime an dasjenige eines anderen Mitgliedsstaats anzupassen, um daraus entstehende Ungleichbehandlungen auszugleichen.<sup>190</sup> Demnach müsse der Ansässigkeitsstaat auch nicht dafür aufkommen, wenn der Quellenstaat durch seine restriktiven Steuervorschriften einen Verlustabzug verhindert oder beschränkt.<sup>191</sup>

Dem kann entgegengesetzt werden, dass die vom EuGH getätigten Aussagen im Kontext einer asymmetrischen Besteuerung, d.h. kein Besteuerungsrecht nach der abkommensrechtlichen Freistellungsmethode von Gewinnen, aber Einbeziehung von Verlusten unter dem Vorbehalt, diese bei späteren Gewinnen hinzuzurechnen, getätigt wurden.

<sup>177</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 16f. - *KR Wannsee*.

<sup>178</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 37 - *KR Wannsee*.

<sup>179</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07 DStRE 2009, 556 Rn. 17 - *KR Wannsee*.

<sup>180</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07 DStRE 2009, 556 Rn. 27 - *KR Wannsee*.

<sup>181</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 42 - *KR Wannsee*.

<sup>182</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 43 - *KR Wannsee*.

<sup>183</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 45 - *KR Wannsee*.

<sup>184</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 22 Nr. 3 - *KR Wannsee*.

<sup>185</sup> So auch, *Cordewener*, EuZW 2015, 295 (297).

<sup>186</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008, C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 17 - *KR Wannsee*.

<sup>187</sup> *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 19.

<sup>188</sup> *Lamprecht*, IStR 2008, 766 (768); *Quilitzsch*, DB 2010, 2757 (2758); *Kessler/Philipp*, IStR 2010, 865 (866); *Alt Vater*, DB 2009, 1201 (1205); *van Lishaut*, FR 2009, 1030 (1036); *Lühn*, BB 2009, 90 (92); BFH, Urt. v. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 Rn. 11, mit Anm. *Mitschke*, 672; *Schulz-Trieglaff*, StuB 2009, 260 (263); *Mitschke*, IStR 2010, 670 (672).

<sup>189</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 49 - *KR Wannsee*.

<sup>190</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - C-157/07, DStRE 2009, 556 Rn. 50 - *KR Wannsee*.

<sup>191</sup> *Quilitzsch*, DB 2010, 2757 (2758).

Darüber hinaus prüft der EuGH in *KR Wannsee* die Vereinbarkeit der Nachversteuerungsregelung mit dem Europarecht und nicht die Abzugsfähigkeit der Verluste auf Ebene des Stammhauses. Eine Aussage darüber hinaus kann M.E. nicht getroffen werden.<sup>192</sup>

c. *Rs. K (C-322/11)*

In *K* begehrte ein finnischer Steuerpflichtiger, den Veräußerungsverlust aus seiner in Frankreich situierten Immobilie mit seinen zu versteuernden finnischen Einkünften zu verrechnen.<sup>193</sup> Das nach dem DBA Frankreich zugesprochene Besteuerungsrecht war in Finnland freigestellt.<sup>194</sup> Der EuGH äußerte i.R.d. Verhältnismäßigkeitsprüfung, dass Frankreich keine Möglichkeit vorsehe, Verluste aus Immobilienveräußerungen zu berücksichtigen und es demnach an einem Ausschöpfen der Möglichkeiten zur Verlustberücksichtigung fehle.<sup>195</sup> Der Ansässigkeitsstaat müsse nicht für die fehlende Verlustberücksichtigungsmöglichkeit aufkommen, indem er die Verluste anerkennt.<sup>196</sup>

Mit *K* übertrug der EuGH seine Finalitätsrechtsprechung auf eine im Privatbesitz gehaltene Immobilie, mithin auf die Kapitalverkehrsfreiheit.<sup>197</sup> Der EuGH bestätigte die Annahme aus *KR Wannsee*, dass ein Verlustuntergang aus rechtlichen Gründen nicht die Finalitätskriterien i.S.d. EuGH-Rechtsprechung erfülle.<sup>198</sup> Er bedient sich wiederholt des Ausdrucks der „Besonderheiten“<sup>199</sup> des quellenstaatlichen Steuersystems. In *KR Wannsee* ist die einseitig, für Auslandsverluste erfolgende Hinzurechnung und in *K* die rechtlich nicht vorgesehene Verrechnungsmöglichkeit für Verluste aus Immobilienveräußerungen gemeint.<sup>200</sup>

Der EuGH bezieht sich explizit auf den Wortlaut der Finalitätskriterien aus *Marks & Spencer*. In letzterem führt der EuGH aus, dass Verluste erst final seien, wenn der Steuerpflichtige alle Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung ausgeschöpft habe.<sup>201</sup> Der EuGH fordert demnach ein aktives Tätigwerden. Er kommt zu dem Ergebnis, wenn von vornherein keine Möglichkeit der Verlustverrechnung zur Verfügung stehe, es an einem Ausschöpfen fehle.<sup>202</sup>

Mit der Entscheidung *Kommission/Vereinigtes Königreich* bestätigte der EuGH, dass Verluste, die untergehen, weil der Quellenstaat keinen Verlustvortrag vorsieht, nach ständiger Rechtsprechung nicht final seien.<sup>203</sup> Zwar kann m.E. zu diesem Zeitpunkt noch nicht von einer gefestigten Rechtsprechung gesprochen werden, da *K* erst nach Klageerhebung entschieden wurde.

<sup>192</sup> So auch: *Ditz/Plansky*, DB 2009, 1669 (1672); *Blumenberg*, FS Herzig, 211 (217); *Thömmes*, IWB 2008, 1209 (1216); *Breuniger/Ernst*, DStR 2009, 1981 (1984); *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 184; *Richter*, BB 2010, 2734 (2736); *Sedemund/Wegner*, FR 2010, 883 (885); *van Lishaut*, FR 2009, 1030 (1036).

<sup>193</sup> EuGH - Urt. v. 7.11.2013 - C-322/11, IStR 2013, 913 Rn. 1f., mit Anm. *Benecke/Staats*, 919 ff. - K.

<sup>194</sup> EuGH - Urt. v. 7.11.2013 - C-322/11, IStR 2013, 913 Rn. 7,9, mit Anm. *Benecke/Staats*, 919 ff. - K.

<sup>195</sup> EuGH - Urt. v. 7.11.2013 - C-322/11, IStR 2013, 913 Rn. 77, mit Anm. *Benecke/Staats*, 919 ff. - K.

<sup>196</sup> EuGH - Urt. v. 7.11.2013 - C-322/11, IStR 2013, 913 Rn. 78ff., mit Anm. *Benecke/Staats*, 919 ff. - K.

<sup>197</sup> *Lang*, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: *Schön/Heber*, 63 (71).

<sup>198</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 223; *Benecke/Staats*, IStR 2013, 919 (920).

<sup>199</sup> EuGH - Urt. v. 07.11.2013, C-322/11, IStR 2013, 913 Rn. 78f., mit Anm. *Benecke/Staats*, 919 ff. - K.

<sup>200</sup> *Lang*, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: *Schön/Heber*, 63 (72).

<sup>201</sup> EuGH - Urt. v. 13.12.2005, C- 446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - *Marks & Spencer*.

<sup>202</sup> EuGH - Urt. v. 7.11.2013, C-322/11, IStR 2013, 913 Rn. 77, mit Anm. *Benecke/Staats*, 919 ff. - K; *Mayr*, BB 2008, 1816 (1816); *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 223.

<sup>203</sup> EuGH, Urt. v. 3.2.2015 - C-172/13, DStR 2015, 337 Rn. 33 - *Kommission/Vereinigtes Königreich*.

Ferner ist mit der Anerkennung rechtlicher Finalität die Gefahr verbunden, dass Mitgliedsstaaten mit engen Verlustabzugsregelungen für ihren Standort als Betriebsstättenstaat werben. Mit restriktiven Verlustabzugsregelungen könnte der Stammhausstaat einen zügigen Untergang der Verluste provozieren und die Verluste könnten alsbald in Hochsteuerländern in Anrechnung gebracht werden. Dies könnte in ein Unterbieten in ihren Abzugsrestriktionen münden.<sup>204</sup>

Es bleibt festzuhalten, dass der EuGH einen Verlustuntergang, der auf rechtliche Gegebenheiten zurückzuführen ist, nicht von seiner Finalitätsrechtsprechung umfasst sieht.

## 2. Rechtsprechung des BFH

In dem Urteil v. 9.6.2010 (Az. I R 100/09) begehrte eine deutsche GmbH, die Verluste ihrer französischen Betriebsstätte mit inländischen Gewinnen zu verrechnen. Die Tätigkeit der Betriebsstätte wurde 2005, ein Jahr nach Ende des Verlustvortragszeitraums, endgültig aufgegeben.<sup>205</sup>

Zu diesem Zeitpunkt war umstritten, ob der rechtlich induzierte Untergang von Verlusten unter die Finalitätsrechtsprechung des EuGH zu subsumieren ist.<sup>206</sup> Der BFH judizierte, dass eine Durchbrechung der Symmetriethese nur ausnahmsweise bei finalen Verlusten i.S.d. EuGH-Rechtsprechung. erfolge, vgl. *Lidl Belgium*.<sup>207</sup> Die Verluste gingen vorliegend unter, weil der Verlustvortragszeitraum verstrichen war und nicht erst mit der Tätigkeitseinstellung.<sup>208</sup> Der BFH legte den Begriff der „Besonderheiten“<sup>209</sup> aus *KR Wannsee* dahingehend aus, dass rechtliche Beschränkungen des Quellenstaats in Gänze erfasst werden.<sup>210</sup> Der BFH machte zwar darauf aufmerksam, dass *KR Wannsee* eine asymmetrische Besteuerung zugrunde lag. Er kam jedoch zu dem Schluss, dass es keinen Grund gebe, eine symmetrische Besteuerung anders zu handhaben.<sup>211</sup> Er betonte, dass jeder Mitgliedsstaat nach derzeitigen Integrationsstand seine Steuerrechtsordnung selbst gestalte. Entscheide sich der Quellenstaat für eine restriktive Steuerregelung als der Stammhausstaat, dürften Letzterem nicht die Negativfolgen auferlegt werden.<sup>212</sup> Es ist festzuhalten, dass der BFH den Finalitätsbegriff negativ definierte, indem er den rechtlich bedingten Verlustuntergang als nicht von der Finalitätsrechtsprechung erfasst ansah. Diese Sichtweise deckt sich mit den unionsrechtlichen Vorgaben.

## 3. Zwischenfazit

Festzuhalten ist, dass Verluste, die aufgrund rechtlicher Vorschriften untergehen, sei es, weil eine Verlustnutzung nicht oder in nur eingeschränkterem Maße besteht, nicht als final i.S.d. EuGH-Rechtsprechung. gelten. In diesen Fällen erachtet der EuGH es für

---

<sup>204</sup> *Kube*, IStR 2008, 305 (310); *Seiler/Axer*, IStR 2008, 838 (842); *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 224; *Qui-litzsch*, DB 2010, 2757 (2761); *Lang*, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: Schön/Heber, 63 (65); *Mayr*, BB 2008, 1816 (1817); *Blumenberg*, FS Herzig, 211 (220); *Hahn*, IStR 2010, 157 (163); *von Brocke*, DStR 2008, 2201 (2202).

<sup>205</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 Rn. 1, mit Anm. *Mitschke*, 672.

<sup>206</sup> s. Kapitel 3.a.(2).

<sup>207</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 2. Leitsatz, mit Anm. *Mitschke*, 672.

<sup>208</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 Rn. 12b, mit Anm. *Mitschke*, 672.

<sup>209</sup> EuGH - Ur. v. 7.11.2013, C-322/11, IStR 2013, 913 Rn. 79, mit Anm. *Benecke/Staats*, 919 ff. - K

<sup>210</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 Rn. 11, mit Anm. *Mitschke*, 672.

<sup>211</sup> Ebd.

<sup>212</sup> Ebd.

unionskonform, die Verluste weder im Ansässigkeitsstaat noch im Quellenstaat zu berücksichtigen.<sup>213</sup> Die Besorgnis, dass die Mitgliedsstaaten ihre Standortattraktivität durch restriktivere Verlustabzugsbestimmungen erhöhen, wurde wesentlich dadurch eingedämmt, dass die rechtliche Finalität nicht als final i.S.d. EuGH- Rechtsprechung eingestuft wird.<sup>214</sup> Der BFH hat sich dieser Sichtweise angeschlossen.

## II. Tatsächliche Finalität

Führen wirtschaftliche bzw. tatsächliche Gründe zum Verlustuntergang liegt ein Fall tatsächlicher Finalität vor.

### 1. Rechtsprechung des EuGH

#### a. Rs. Marks & Spencer (C-446/03)

In *Marks & Spencer*, dem Leitfall zur innereuropäischen Verlustverrechnung,<sup>215</sup> wurde der Frage nachgegangen, ob es mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn der Muttergesellschaft verwehrt wird, die Verluste ihrer ausländischen Tochtergesellschaften im Inland steuerwirksam zu erfassen.<sup>216</sup> Die haushaltspolitischen Folgen einer Verrechnungspflicht wurden allein für Deutschland auf einen zweistelligen Milliardenbetrag veranschlagt.<sup>217</sup>

Marks & Spencer plc, eine britische Einzelhandelsgesellschaft, beschloss aufgrund von Verlusten, ihre französische Tochtergesellschaft zu verkaufen und die Tätigkeit in der belgischen und deutschen Tochtergesellschaft einzustellen.<sup>218</sup> Diese Verluste versuchte sie in Großbritannien in Abzug zu bringen.<sup>219</sup> Das dortige Gruppenbesteuerungssystem („group relief“) sah eine Verlustverrechnung nur für inländische Gesellschaften vor.<sup>220</sup>

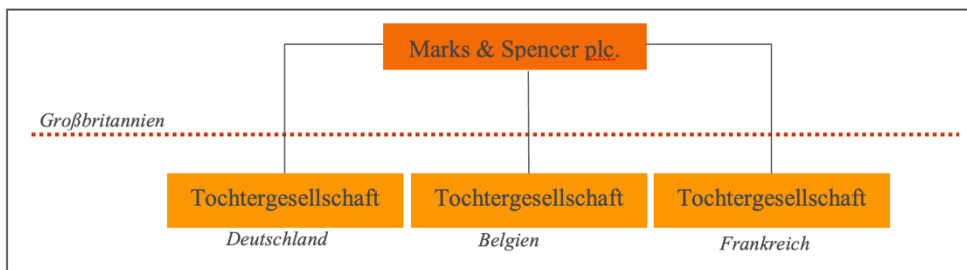


Abb. 2 Fallkonstellation Rs. Marks & Spencer

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung angekommen, stellte der EuGH fest, dass es grundsätzlich mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei, wenn der Muttergesellschaft

<sup>213</sup> Lang, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: Schön/Heber, 63 (73).

<sup>214</sup> Cordewener, FS Lehner, 329 (350).

<sup>215</sup> Blumenberg, FS Herzig, 211 (214); Niemann/Dodos, DStR 2021, 441 (441); Heckerodt/Schulz, DStR 2018, 1457 (1459); Cordewener, FS Lehner, 329 (331); Kahlenberg, Ubg 2018, 470 (470); Hey, in: FS Gosch, 161 (167).

<sup>216</sup> EuGH, Ur. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 27- Marks & Spencer.

<sup>217</sup> Lindemann/Hackemann, IStR 2005, 786 (786) m.w.N.

<sup>218</sup> EuGH, Ur. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 18-21 - Marks & Spencer.

<sup>219</sup> EuGH, Ur. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 22 - Marks & Spencer.

<sup>220</sup> EuGH, Ur. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 24 - Marks & Spencer.

die Nutzung der Auslandsverluste verwehrt wird. Diese zu versagen sei nicht erforderlich, mithin unverhältnismäßig, wenn sog. finale Verluste vorliegen.<sup>221</sup> Verluste sind nach dem EuGH final, wenn

- „die gebietsfremde Tochtergesellschaft die im Staat ihres Sitzes für den von dem Abzugsantrag erfassten Steuerzeitraum sowie frühere Steuerzeiträume vorgesehene Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat, gegebenenfalls durch Übertragung dieser Verluste auf einen Dritten oder ihre Verrechnung mit Gewinnen, die die Tochtergesellschaft in früheren Zeiträumen erwirtschaftet hat, und
- keine Möglichkeit besteht, dass die Verluste der ausländischen Tochtergesellschaft im Staat ihres Sitzes für künftige Zeiträume von ihr selbst oder von einem Dritten, insbesondere im Fall der Übertragung der Tochtergesellschaft auf ihn, berücksichtigt werden“.<sup>222</sup>

Der EuGH schuf einen weiten Anwendungsbereich, indem er inländische und ausländische Direktinvestitionen für vergleichbar hält. Dies führt dazu, obgleich Gewinne im Ansässigkeitsstaat freigestellt sind, dass dieser Verluste grundsätzlich anerkennen müsste. Mit dem Rechtfertigungsgrund der ausgewogenen Aufteilung der Steuerbefugnisse reduzierte er diesen beträchtlich, sodass eine Berücksichtigungspflicht nur im Finalitätsfall zu erfolgen habe.<sup>223</sup> Die nationale Steuerautonomie gewichtet er höher als die Niederlassungsfreiheit.<sup>224</sup>

Das Urteil *Marks & Spencer* erstaunte, denn bis dato traf der EuGH in Fällen direkter Besteuerung fast durchgehend eine Entscheidung zugunsten des Steuerpflichtigen.<sup>225</sup> In *Marks & Spencer* entschied er, dass eine Gleichbehandlung mit inländischen Verlusten nur *ultima ratio*, im Finalitätsfall erfolgen müsse.<sup>226</sup> Der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft Sorge dann für eine „Ausfallhaftung“.<sup>227</sup> Die im Finalitätsfall unionsrechtlich gebotene Verlustverrechnung Sorge für eine Einmalberücksichtigung,<sup>228</sup> einer Gleichstellung mit Inlandsverlusten<sup>229</sup>. Final sind Verluste, wenn alle quellenstaatlichen Möglichkeiten der Verlustnutzung „ausgeschöpft“<sup>230</sup> wurden. Das weit zu verstehende Erfordernis des Ausschöpfens der Verlustberücksichtigungsmöglichkeiten umfasst ausdrücklich die Übertragung an einen Dritten<sup>231</sup>, als „Ausschlusskriterium“<sup>232</sup> der Finalität. In dem vorliegenden Urteil spricht der EuGH der Veräußerung und Einstellung der Unternehmenstätigkeit der Tochtergesellschaft die Möglichkeit zu, die Kriterien der Finalität

<sup>221</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 59 - Marks & Spencer.

<sup>222</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - Marks & Spencer.

<sup>223</sup> Hey, FS Gosch, 161 (168).

<sup>224</sup> Cordewener, EuZW 2015, 295 (296).

<sup>225</sup> Lang, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: Schön/Heber, 63 (63); Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 136; Fähling, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 74.

<sup>226</sup> Hey, GmbHR 2006, 113 (115); Dodos/Niemann, DStR 2016, 1057 (1059); Fähling, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 74.

<sup>227</sup> Dodos/Niemann, DStR 2016, 1057 (1059).

<sup>228</sup> Lang, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: Schön/Heber, 63 (64); Dodos/Niemann, DStR 2016, 1057 (1059); Kokott, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 19.

<sup>229</sup> Schnitger, FS Endres, 361 (364).

<sup>230</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, Marks & Spencer, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - Marks & Spencer.

<sup>231</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, Marks & Spencer, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - Marks & Spencer.

<sup>232</sup> Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 168.

zu erfüllen.<sup>233</sup> Die Aufzählung ist nicht abschließend, sondern begrenzt sich inhaltlich auf die im Sachverhalt relevanten.<sup>234</sup>

Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung geäußert, dass sie einen sofortigen Abzug mit der Option zur Nachversteuerung bevorzugen.<sup>235</sup> Die zeitnahe Berücksichtigung ist aus Liquiditätsgesichtspunkten für die Unternehmen vorteilhafter. Teile der Literatur schlossen sich an und erachteten eine Nachversteuerungsregelung als mildere Maßnahme für unionsrechtlich geboten.<sup>236</sup> In Anbetracht des zuvor unternommenen, jedoch erfolglosen Versuchs, auf sekundärrechtlicher Ebene eine Nachversteuerungsmethode einzuführen, hielten sich die Richter am EuGH zurück. Sie äußerten, dass mildere Maßnahmen nur im Wege einer Harmonisierung geschaffen werden könnten.<sup>237</sup> Dagegen ist anzuführen, dass der EuGH verpflichtet ist, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.

### b. Rs. Lidl Belgium (C-414/06)

In *Lidl Belgium* begehrte das gleichnamige Stammhaus, die Verluste seiner luxemburgischen Betriebsstätte mit inländischen Gewinnen zu verrechnen.<sup>238</sup>

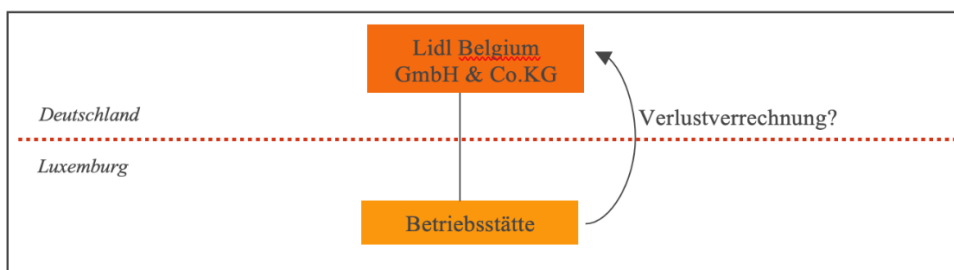


Abb. 3: Fallkonstellation Rs. Lidl Belgium

Die Einkünfte der ausländischen Betriebsstätte waren nach dem DBA Deutschland-Luxemburg freigestellt; gleiches galt nach der Symmetriethese für Verluste.<sup>239</sup> Unter Rückgriff auf *Marks & Spencer* entschied der EuGH, dass erst und nur im Finalitätsfall der Stammhausstaat verpflichtet sei, die Verluste zu berücksichtigen.<sup>240</sup>

Der EuGH judizierte in *Lidl Belgium*, dass die Finalitätskriterien aus *Marks & Spencer* nicht nachgewiesen werden konnten und somit keine Pflicht zur Verlustverrechnung im Stammhausstaat bestehe.<sup>241</sup> Die Finalitätskriterien begriff er als Tatbestandsmerkmale, die kumulativ vorliegen müssen.<sup>242</sup>

<sup>233</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 21 - Marks & Spencer.

<sup>234</sup> Schiefer, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 168.

<sup>235</sup> Weiten, (Finale) Verluste, S. 126.

<sup>236</sup> Wernsmann/Nippert, FR 2006, 153 (159); Hey, GmbHR 2006, 113 (116); Herzig/Wagner, DStR 2006, 1 (8).

<sup>237</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 58 - Marks & Spencer.

<sup>238</sup> EuGH, Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 9ff. - Lidl Belgium.

<sup>239</sup> EuGH, Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, *Lidl Belgium*, DStR 2008, 1030 Rn. 11 - Lidl Belgium.

<sup>240</sup> EuGH, Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 44ff. - Lidl Belgium.

<sup>241</sup> EuGH, Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 51 - Lidl Belgium.

<sup>242</sup> EuGH, Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 47f. - Lidl Belgium; Lang, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: Schön/Heber, 63 (65).

Aus Gründen der Liquidität sprachen sich die Generalanwältin (GA) *Sharpston* und ein Teil der Literatur für die mildere Alternative einer phasengleichen Verlustberücksichtigung mit einer Nachversteuerungsoption aus.<sup>243</sup> Nichtsdestoweniger riss der EuGH diese Alternative nur kurz an.<sup>244</sup> Die fehlende Auseinandersetzung des EuGH stellt m.E. nach ein Versäumnis dar.<sup>245</sup> Eine sofortige steuerwirksame Erfassung der Verluste mit anschließender Nachversteuerung entspricht am ehesten einer an der Leistungsfähigkeit orientierten Besteuerung und sorgt für Entscheidungsneutralität.<sup>246</sup> Zugleich ist anzumerken, dass in Deutschland lange Zeit eine derartige Regelung bestand, § 2a III, IV a.F. EStG.

Festzuhalten ist, dass der EuGH die in *Marks & Spencer* für die Konstellation Mutter-, Tochtergesellschaft aufgestellte Finalitätsrechtsprechung auf die Konstellation Stammhaus-Betriebsstätte übertrug.<sup>247</sup> Die Übertragung der Kriterien auf Betriebsstättenkonstellationen war absehbar, denn durch ihre Unselbstständigkeit stehen Betriebsstätten dem Stammhaus näher als selbstständige Tochtergesellschaften ihren Muttergesellschaften.<sup>248</sup> Eine Umsetzung darüber hinaus erfolgte nicht. Der EuGH behandelte trotz abweichender Rechtsnatur von Betriebsstätten und Tochtergesellschaften diese – ohne entsprechenden Hinweis – in puncto Finalität gleich.<sup>249</sup> Dabei bestehen gerade bei der Verlustverrechnung erhebliche Unterschiede: Eine Verlustverrechnung zwischen Mutter-, und Tochtergesellschaft erfolgt als Ausfluss des Trennungsprinzips nur ausnahmsweise bei Vorliegen einer Organschaft, wohingegen eine Verlustverrechnung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte die Regel darstellt. Sind die Verluste der Betriebsstätte nach dem DBA freigestellt, erfolgt ausnahmsweise keine Verlustverrechnung.<sup>250</sup> Die analoge Anwendung auf den Betriebsstättenfall misst der umgekehrten Regel-Ausnahme-Beziehung keinerlei Bedeutung zu.<sup>251</sup>

Ebenso divergiert die künftige Verlustnutzung beider Investitionsformen bei Übertragung und Einstellung der Tätigkeit.<sup>252</sup> Eine Betriebsstätte geht über, indem ihre Wirtschaftsgüter einzeln übertragen werden. Im Unterschied zur Tochtergesellschaft führt die rechtliche Unselbstständigkeit der Betriebsstätte dazu, dass sie die Verluste nicht selbst nutzen kann und diese dem Stammhaus zugerechnet werden.<sup>253</sup> Ungeachtet dessen erfolgt nur ein Verweis auf die Rs. *Marks & Spencer*, in welcher der EuGH darlegt, dass die

---

<sup>243</sup> Schlussanträge GA *Sharpston* v. 14.2.2008 - C-414/06, IStR 2008, 183 Rn. 23ff., mit Anm. *Rainer*, 187f. - *Lidl Belgium*; *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 294; *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (583).

<sup>244</sup> EuGH, Urt. v. 15.08.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030, Rn. 45 - *Lidl Belgium*; *Bron*, EWS 2008, 238 (239); *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (583); *Sedemund*, DB 2008, 1120 (1122); *Watrin/Wittkowski/Lindscheid*, IStR 2008, 637 (640).

<sup>245</sup> So auch: *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (583).

<sup>246</sup> *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 288, 294.

<sup>247</sup> EuGH v. 15.5.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 51 - *Lidl Belgium*; *Quilitzsch*, DB 2010, 2757 (2758); *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, S. 182; *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (442); *Mayr*, BB 2008, 1816 (1816); *Heurung/Schmidt/Kollmann*, Freundesausgabe Baumhoff, 147 (148); *Schnitger*, FS Endres, 361 (364); *Mössner*, FS Lehner, 309 (319); *Graw*, DB 2010, 2469 (2469f.).

<sup>248</sup> *Mayr*, BB 2008, 1816 (1816); *Balmes/Grammel/Sedemund*, BB 2006, 1474 (1474, 1477); *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, S. 141, 143.

<sup>249</sup> *Weger*, RIW 2008, 600 (604); *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (584); *Rehm/Nagler*, GmbHR 2008, 713 (713).

<sup>250</sup> *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (584); *Blumenberg*, FS Herzig, 211 (229); *Weger*, RIW 2008, 604f.

<sup>251</sup> *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (584).

<sup>252</sup> *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (583f.); *Rublack*, IFSSt Nr. 472, S. 18f.

<sup>253</sup> *Rublack*, IFSSt Nr. 472, S. 18f.



„Übertragung dieser Verluste auf einen Dritten“<sup>254</sup> der Finalität entgegenstehe. Wird eine Betriebsstätte übertragen, muss die Feststellung der Finalität danach erfolgen, ob das Stammhaus diese nutzen kann; dem Dritten bleibt die Verlustverwertung verwehrt.<sup>255</sup> Wenn das Stammhaus seine Tätigkeit in Gänze im Betriebsstättenstaat einstellt, liegt Finalität vor. Ist das Stammhaus im Quellenstaat weiterhin aktiv, bspw. in Form weiterer Betriebsstätten muss geprüft werden, ob eine Verrechnung noch möglich ist.<sup>256</sup> Auch bei Einstellung der Unternehmens-tätigkeit zeigen sich dogmatische Unterschiede. Wird nach der Liquidation eine Tochtergesellschaft neu gegründet, so können aufgrund ihrer rechtlichen Selbstständigkeit frühere Verluste nicht berücksichtigt werden; bei einer Betriebsstätte ist dies u.U. möglich, sodass dort die Gefahr besteht, dass Verluste doppelt steuerwirksam erfasst werden.<sup>257</sup>

Festzuhalten ist, dass der EuGH trotz vielfacher dogmatischer Unterschiede seine für die Konstellation Mutter-, und Tochtergesellschaft entwickelte Rechtsprechung auf Betriebsstättensachverhalte übertragen hat.

#### *c. Rs. Kommission/Vereinigtes Königreich (C-172/13)*

Die Kommission ließ die in Reaktion auf *Marks & Spencer* unternommene britische Gesetzesänderung<sup>258</sup> auf ihre Europarechtskonformität hin überprüfen. Sie rügte, dass die neue Regelung die Finalitätsrechtsprechung in unverhältnismäßiger Weise einschränke, den Anwendungsbereich nahezu ausschließe.<sup>259</sup> Die neue Regelung koppelt den Verlustimport daran, dass direkt am Ende des Entstehungsjahres die Finalität festgestellt werden muss.<sup>260</sup> Die Klage wurde abgewiesen.<sup>261</sup> Der EuGH schien sich der Brisanz der Entscheidung bewusst zu sein, denn er entschied in Besetzung der Großen Kammer.<sup>262</sup> Trotz sich bietender Möglichkeit zur Klärung der Finalitätsrechtsprechung und wiederholter Kritik seitens der Generalanwälte, setzte er sich mit ihr nicht auseinander.<sup>263</sup> Aus dem Urteil lässt sich für Betriebsstättenfälle mitnehmen, dass der EuGH hohe formale Hürden an den Finalitätsnachweis grundsätzlich für europarechtskonform erachtet.

#### *d. Rs. Memira Holding (C-607/17) und Holmen (608/17)*

In *Memira Holding* sowie *Holmen* ging es um konzerninterne Restrukturierungen. Der EuGH setzte sich erstmalig mit den Finalitätskriterien an sich auseinander. Nach *Marks & Spencer* liegen keine finalen Verluste vor, wenn diese auf einen Dritten übertragen werden können.<sup>264</sup> Dieser Ausschlussgrund wird schwerpunktmäßig in beiden Urteilen

---

<sup>254</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C- 446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - Marks & Spencer.

<sup>255</sup> *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 18f.

<sup>256</sup> *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 19.

<sup>257</sup> *Kessler/Eicke*, IStR 2008, 581 (584).

<sup>258</sup> EuGH, Urt. v. 3.2.2015 - C-172/13, DStR 2015, 337 Rn. 3 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>259</sup> EuGH, Urt. v. 3.2.2015 - C-172/13, DStR 2015, 337 Rn. 1,14 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>260</sup> EuGH, Urt. v. 3.2.2015 - C-172/13, DStR 2015, 337 Rn. 14 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>261</sup> EuGH, Urt. v. 3.2.2015 - C-172/13, DStR 2015, 337 Rn. 45 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>262</sup> So auch: *Cordewener*, EuZW 2015, 295 (298).

<sup>263</sup> So auch: *Cordewener*, EuZW 2015, 295 (300); *Cordewener*, FS Lehner, 329 (336); *Hey*, in FS Gosch, 161 (168).

<sup>264</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 55 - Marks & Spencer.

behandelt. Der EuGH judizierte, wenn Verluste auf einen Dritten übertragen, mithin wirtschaftlich verwertet werden könnten, keine finalen Verluste vorliegen.<sup>265</sup> Ausschlaggebend sei nicht die Inanspruchnahme der Übertragungsoption, sondern allein die Möglichkeit.<sup>266</sup> Eine wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit liege insb. vor, wenn der Veräußerer den Wert der Verluste in den Kaufpreis einpreise.<sup>267</sup> Nur wenn die Muttergesellschaft nachweise, dass ihr die Geltendmachung unmöglich sei, könne ausnahmsweise ein finaler Verlust angenommen werden.<sup>268</sup> Im Falle einer Verschmelzung sei nicht entscheidend, ob der Sitzstaat eine rechtliche Übertragung auf Dritte ermögliche.<sup>269</sup> Die Reichweite der Aussagen und die Übertragbarkeit auf Betriebsstättenkonstellationen werden im derzeitigen Vorlagebeschluss des BFH v. 6.11.2019 diskutiert.<sup>270</sup> Hierauf wird in gebotener Kürze unter dem Punkt „Derzeitige Vorlagefragen“ eingegangen.

## 2. Rechtsprechung des BFH

### a. Urt. v. 9.6.2010 (I R 107/09)

In dem Urt. v. 9.6.2010 (Az. I R 107/06) wurde die verlustträchtige EU-Freistellungs-Betriebsstätte noch innerhalb des Verlustvortragszeitraums geschlossen. Für den Untergang der Verluste war nicht das Verstreichen des Vortragszeitraums ursächlich, sondern die Aufgabe der Betriebsstätte, als tatsächliches Ereignis.<sup>271</sup> Der tatsächliche Verlustunterganggrund habe den rechtlichen quasi verdrängt; ein Fall der „überholenden Kausalität“<sup>272</sup> liege vor.<sup>273</sup>

Zum ersten Mal werden die Finalitätskriterien nicht lediglich negativ definiert.<sup>274</sup> Nach Auffassung des BFH sind die Finalitätskriterien erfüllt, wenn der Steuerpflichtige alle Möglichkeiten zur Verlustberücksichtigung ausgeschöpft habe und die Verluste dennoch aufgrund von tatsächlichen Gründen nicht berücksichtigt werden können. Im obiter dictum führte der EuGH beispielhaft<sup>275</sup> tatsächliche die Finalität begründende Gegebenheiten auf. In Bezugnahme zu § 2a IV EStG a.F. seien dies neben der endgültigen Aufgabe der Betriebsstätte, die Umwandlung einer Betriebsstätte in eine Kapitalgesellschaft und die Übertragung der Betriebsstätte, sei es entgeltlich oder unentgeltlich.<sup>276</sup> Der BFH weist darauf hin, dass, wenn eine Verlustberücksichtigung wider Erwarten noch möglich

<sup>265</sup> EuGH, Urt. v. 19.6.2019 - C-608/17, DStR 2019, 1345 Rn. 37 - Holmen AB; Urt. v. 19.6.2019 - C-607/17, IStR 2019, 597 Rn. 25, mit Anm. Heckerodt 600 ff. - Memira Holding.

<sup>266</sup> EuGH, Urt. v. 19.6.2019 - C-607/17, IStR 2019, 597 Rn. 22ff., mit Anm. Heckerodt 600 ff. - Memira Holding.

<sup>267</sup> Brandenburg, FS Kroppen, 473 (482); EuGH, Urt. v. 19.6.2019 - C-607/17, IStR 2019, 597 Rn. 30, mit Anm. Heckerodt 600 ff. - Memira Holding; Urt. v. 19.6.2019 - C-608/17, DStR 2019, 1345 Rn. 38 - Holmen AB.

<sup>268</sup> EuGH, Urt. v. 19.6.2019 - C-607/17, IStR 2019, 597 Rn. 27f., mit Anm. Heckerodt 600 ff. - Memira Holding.

<sup>269</sup> EuGH, Urt. v. 19.6.2019 - C-607/17, IStR 2019, 597 Rn. 27, mit Anm. Heckerodt 600 ff. - Memira Holding; Urt. v. 19.6.2019 - C-608/17, DStR 2019, 1345 Rn. 39 - Holmen AB.

<sup>270</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 1f., mit Anm. Wacker, 2363f.

<sup>271</sup> BFH, Urt. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 20, mit Anm. Benecke/Staats, 668ff.; Quillitzsch, DB 2010, 2757 (2760).

<sup>272</sup> BFH, Urt. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 20, mit Anm. Benecke/Staats, 668ff.

<sup>273</sup> BFH, Urt. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 20, mit Anm. Benecke/Staats, 668ff.; Kessler/Philipp, IStR 2010, 865 (866).

<sup>274</sup> Weiten, (Finale) Verluste, S. 206.

<sup>275</sup> Kirsch, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 225.

<sup>276</sup> BFH, Urt. v. 09.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 18, mit Anm. Benecke/Staats, 668ff.

sein sollte, z.B. durch erneute Eröffnung einer Betriebsstätte im Quellenstaat, ein rückwirkendes, die Finalität beseitigendes Ereignis nach § 175 I 1 Nr. 2 AO vorliege. Der Steuerbescheid könne so nachträglich angepasst werden.<sup>277</sup>

*b. Urt. v. 5.2.2014 (I R 48/11)*

Das Urt. v. 5.2.2014 (Az. I R 48/11) erging in Übereinstimmung mit den beiden Urteilen des BFH v. 9.6.2010. Dem Urteil aus dem Jahre 2014 lag eine verlustträchtige belgische Betriebsstätte einer deutschen GmbH zugrunde, die an eine konzerninterne belgische Schwesergesellschaft veräußert wurde.<sup>278</sup> Den einschlägigen Fall der entgeltlichen Veräußerung einer Betriebsstätte hat der BFH zuvor in I R 107/09<sup>279</sup> als ein mögliches, die Finalität begründendes Ereignis eingestuft. Der BFH hebt hervor, dass eine rein hypothetische Möglichkeit, die Verluste zu nutzen, aus tatsächlich Gründen nahezu ausgeschlossen, nicht schon gegen eine Einstufung als finaler Verlust spreche. Sollte eine Verlustnutzung doch möglich ein, könne mithilfe von § 175 I 1 Nr. 2 AO der Steuerbescheid angepasst werden.<sup>280</sup> Des Weiteren ändere auch die Tatsache, dass der Steuerpflichtige den Verkauf „freiwillig“<sup>281</sup> herbeigeführt habe, nichts an der Einordnung als finaler Verlust.<sup>282</sup> Die Grenze hierbei liegt bei missbräuchlichem Verhalten, § 42 AO. Von missbräuchlichem Verhalten dürfe nicht von vorneherein ausgegangen werden, auch nicht im Falle eines konzerninternen Verkaufs.<sup>283</sup>

Der EuGH war sich der Möglichkeit bewusst, dass Unternehmen bei Erreichen der Verlustzone die Betriebsstätte verkaufen, liquidieren oder umwandeln können, um finale Verluste zu generieren und sie im Anschluss erneut zu eröffnen.<sup>284</sup> Bereits in *Marks & Spencer* äußerte der EuGH, dass die Mitgliedsstaaten Gesetze erlassen könnten, um Verhalten, das rein dem Missbrauch und der Steuerflucht diene, zu verhindern.<sup>285</sup>

### 3. Auffassung der Finanzverwaltung

Das Bundesfinanzministerium (BMF) erließ im Anschluss an das BFH-Folgeurteil zu *Lidl Belgium*<sup>286</sup> einen sog. Nichtanwendungserlass, in dem es anordnete, dass diesem über den konkreten Einzelfall hinaus keine Bedeutung zukomme. Es ist der Auffassung, für die Finalität sei nur entscheidend, ob rechtlich eine Möglichkeit bestand, die Verluste zu berücksichtigen.<sup>287</sup> Die h.L. widerspricht dem BMF zu Recht. Die Auffassung des BFH decke sich nicht mit derjenigen des EuGH; das enge Verständnis des BMF verstoße gegen die unionsrechtlichen Vorgaben.<sup>288</sup> Der EuGH erwähnte in *Lidl Belgium*, dass die Verluste tatsächlich berücksichtigt werden konnten.<sup>289</sup> Die Ausführung ergibt nur Sinn, wenn es auf die tatsächliche Inanspruchnahme ankommt.<sup>290</sup> Mit dem Urt. v. 9.6.2010 (I

<sup>277</sup> BFH, Urt. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 19, mit Anm. *Benecke/Staats*, 668ff.

<sup>278</sup> BFH, Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, DStR 2014, 837 Rn. 1ff.

<sup>279</sup> BFH, Urt. v. 09.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 18, mit Anm. *Benecke/Staats*, 668ff.

<sup>280</sup> BFH, Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, DStR 2014, 837 Rn. 13.

<sup>281</sup> BFH, Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, DStR 2014, 837 Rn. 14.

<sup>282</sup> BFH, Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, DStR 2014, 837 Rn. 14.

<sup>283</sup> BFH, Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, DStR 2014, 837 Rn. 14.

<sup>284</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 227.

<sup>285</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 57 - *Marks & Spencer*.

<sup>286</sup> BFH, Urt. v. 17.7.2008 - I R 84/04, EuZW 2008, 770.

<sup>287</sup> BMF-Schreiben v. 13.07.2009, IV B 5 - S 2118-a/07/10004, DStR 2009, 1585 (1585).

<sup>288</sup> *Knipping*, IStR 2010, 49 (51); *Breuninger/Ernst*, DStR 2009, 1981 (1983).

<sup>289</sup> EuGH, Urt. v. 15.8.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 57 - *Lidl Belgium*.

<sup>290</sup> So auch: *Knipping*, IStR 2010, 49 (51).

R 107/09), das zwei Monate nach dem Nichtanwendungserlass erging, widersprach der BFH ausdrücklich der Finanzverwaltung, indem er Regelbeispiele tatsächlicher, die Finalität begründender Ereignisse aufzählt.<sup>291</sup> Der BFH begegnet der Gefahr der doppelten Verlustberücksichtigung mithilfe von § 175 I Nr. 2 AO, der ermöglicht den Steuerbescheid nachträglich anzupassen.<sup>292</sup>

Das Bayerische Landesamt für Steuern (Bay. LfSt) schloss sich mit dem Erlass des Argumentationspapiers v. 19.2.2010 der Auffassung des BMF an. Darüber hinaus führte es unter Bezugnahme auf *KR Wannsee* aus, dass Verluste, die aufgrund einer beschränkten Verlustabzugsregelung untergingen, die Finalitätskriterien nicht erfüllten.<sup>293</sup> Weiterhin entstünden durch die Aufgabe oder Veräußerung der Auslandsbetriebsstätte keine finalen Verluste, denn es könne im Quellenstaat stets eine neue Betriebsstätte eröffnet werden. Gleiches gelte für die Einbringung in eine Körperschaft.<sup>294</sup> Das Argumentationspapier bindet nur die bay. Finanzämter.<sup>295</sup> Die Argumentation überzeugt nicht. Das Bay. LfSt legte dar, dass der Ansässigkeitsstaat nicht für Verluste aufkommen muss, die aufgrund zeitlich beschränkter Verlustabzugsregelungen untergehen, da es sich um Folgen des dortigen Steuersystems handle.<sup>296</sup> Bei folgerichtiger Anwendung darf nichts anderes gelten für Verluste, für die der Quellenstaat keine Möglichkeit zur Verlustberücksichtigung vorsieht. In beiden Fällen ist der Untergang Folge der quellenstaatlichen Steuerregelungen.<sup>297</sup> Das enge Verständnis des Bay. LfSt führt dazu, dass es den Anwendungsbereich der Finalitätsrechtsprechung auf beinahe Null reduziert.<sup>298</sup>

Festhalten lässt sich, dass die Stellungnahmen der Finanzverwaltung für den Steuerpflichtigen mit erheblichen Rechtsunsicherheiten einhergehen.<sup>299</sup> Bis heute folgten keine weiteren Stellungnahmen seitens der Finanzverwaltung.

#### 4. Zwischenfazit

Die Finalitätsrechtsprechung wurde erstmalig für die Konstellation Mutter-Tochtergesellschaft in *Marks & Spencer* eingeführt. Drei Jahre später wurde sie durch *Lidl Belgium* vollumfänglich auf Betriebsstättensachverhalte übertragen. Der BFH hat die konkreten Finalitätsanforderungen sodann näher ausgestaltet. Er nannte in seinem Urteil v. 9.6.2011 (Az. I R 107/09) in Anlehnung an § 2a IV EStG a.F. die endgültige Aufgabe der Betriebsstätte, die Umwandlung dieser in eine Kapitalgesellschaft und die Übertragung als mögliche tatsächliche, die Finalität begründende Ereignisse. Wenn Verluste dennoch verrechnet werden können, greift er auf § 175 I 1 Nr. 2 AO zurück. Bisher verhindern rein hypothetische Möglichkeiten die Verluste zu nutzen, aus tatsächlich Gründen jedoch abwegige, nicht bereits die Einordnung als finaler Verlust, vgl. Ur. v. 5.2.2014 (Az. I R 48/11). Diese Handhabung wird gerade durch den derzeitigen Vorlagebeschluss v. 6.11.2019 (Az. I R 32/18) hinterfragt. Der Rechtsanwendungserlass des BMF hat nicht zur Rechtssicherheit beigetragen.

<sup>291</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 18, mit Anm. *Benecke/Staats*, 668ff.

<sup>292</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 19, mit Anm. *Benecke/Staats*, 668ff.

<sup>293</sup> Bay. LfSt, Verfügung v. 19.2.2010, S 1366.1.1-3/10/St32, IStR 2010, 411 Rn. A.I.2.

<sup>294</sup> Bay. LfSt, Verfügung v. 19.2.2010, S 1366.1.1-3/10/St32, IStR 2010, 411 Rn. B.

<sup>295</sup> *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 242.

<sup>296</sup> Bay. LfSt, Verfügung v. 19.2.2010, S 1366.1.1-3/10/St32, IStR 2010, 411 Rn. A.I.2.

<sup>297</sup> So auch, *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 216.

<sup>298</sup> *Quilitzsch*, DB 2010, 2757 (2759); *Kessler/Philipp*, IStR 2010, 865 (867).

<sup>299</sup> So auch, *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 217; *Ditz/Plansky*, IStR 2009, 661 (662); *Knipping*, IStR 2010, 49 (50); *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen, S. 252.

### III. Erfassungszeitpunkt

Nachdem die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Finalität herausgearbeitet wurden, bleibt zu klären, in welchem WJ finale Verluste durch den Stammhausstaat zu berücksichtigen sind. Die Erfassung kann entweder „phasengleich“ im WJ ihrer Entstehung oder „phasenverschoben“ im WJ, in dem sie als final gelten, erfolgen.<sup>300</sup> Der EuGH hat sich nicht geäußert,<sup>301</sup> eine Antwort ist mit Blick auf die verfahrensrechtliche Natur nicht zu erwarten.<sup>302</sup>

Für eine phasengleiche Berücksichtigung spricht, dass die Grundfreiheiten als spezielle Ausprägungen des allg. Diskriminierungsverbots (Art. 18 AEUV) eine Gleichbehandlung zu Inlandssachverhalten, die im WJ ihrer Entstehung berücksichtigt werden, fordern.<sup>303</sup> Allerdings steht i.d.R. zum Entstehungszeitpunkt noch nicht fest, ob die Verluste final i.S.d. EuGH-Rechtsprechung sind. Der Steuerbescheid könnte zwischen Entstehung und Finalitätseintritt bestandskräftig werden, ein Verlustrücktrag wäre dann nicht möglich. Dem abhelfend wird der Finalitätseintritt als rückwirkendes Ereignis i.S.d. § 175 I 1 Nr. 2 AO eingestuft.<sup>304</sup> Für die phasengleiche Berücksichtigung spricht ebenfalls, dass die Leistungsfähigkeit bereits im Entstehungsjahr geschmälert ist.<sup>305</sup> Zudem wirken sich Verluste bereits bei Entstehung i.R.d. negativen Progressionsvorbehalts aus. Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung („*double dip*“) müssten sie daher phasengleich berücksichtigt werden.<sup>306</sup> Jedoch gehen Verluste, die im Finalitätsjahr „rückwirkend“ berücksichtigt werden, für die Unternehmen mit Liquidationsnachteilen einher.<sup>307</sup> Der EuGH entschied sich für die Finalitätsrechtsprechung und gegen eine Nachversteuerungsregelung, sodass er Liquidationsnachteile in Kauf nahm.<sup>308</sup> Für die phasenversetzte Erfassung spricht, dass der Stammhausstaat erst mit Finalitätseintritt zur Berücksichtigung der Verluste verpflichtet ist.<sup>309</sup> Sie ist zudem einfacherer umzusetzen.<sup>310</sup>

Der BFH spricht sich seit dem Ur. v. 9.6.2010 (Az. I R 107/09) in ständiger Rechtsprechung für eine phasenverschobene Erfassung aus. Er begründet dies wie folgt: Zwar spreche für eine phasengleiche Betrachtung das Leistungsfähigkeits-, sowie Gleichheitsprinzip, allerdings stehe zum Entstehungszeitpunkt dem Inland kein Besteuerungsrecht zu, die Steuerprinzipien seien somit ausgesetzt.<sup>311</sup>

<sup>300</sup> *Stiller*, BB 2011, 607 (610f.); *Heckerodt/Titze/ Peter*, IStR 2019, 571 (577); *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 228, 230; *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 232; *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 25; *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, S. 190 ff.; *Mayr*, BB 2008, 1816 (1818); *Blumenberg*, FS Herzig, 211 (222); *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung, S. 232; *Niehren*, Perspektiven der körperlichen Organschaft, S. 69f.

<sup>301</sup> *Blumenberg*, FS Herzig, 211 (222); *Sedemund*, DB 2008, 1120 (1122); *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 228.

<sup>302</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 228; *Sedemund*, DB 2008, 1120 (1122).

<sup>303</sup> *von Brocke*, DStR 2008, 2201 (2203); *Ditz/Plansky*, DB 2009, 1669 (1672), *Heurung/Engel*, GmbHR 2010, 1065 (1072); *Heurung/Engel/Bresgen*, GmbHR 2013, 638 (644); *Cordewener*, IWB 2008, 441 (448).

<sup>304</sup> *Mayr*, BB 2008, 1816 (1819); *Ditz/Plansky*, DB 2009, 1669 (1672); *Sedemund/Wagner*, DB 2008, 2565 (2566); *KB*, IStR 2008, 705 (705); *Scheunemann*, IStR 2006, 145 (152).

<sup>305</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 229f.

<sup>306</sup> *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 26; *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 229; *Mayr*, BB 2008, 1816 (1819).

<sup>307</sup> *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 26.

<sup>308</sup> EuGH, Ur. v. 15.8.2008 - C-414/06, DStR 2008, 1030 Rn. 57 - *Lidl Belgium*; *Blumenberg*, FS Herzig, 211 (222); *Rublack*, IFSt Nr. 472, S. 26.

<sup>309</sup> *Gosch*, IStR 2015, 709 (716).

<sup>310</sup> *Heurung/Engel*, GmbHR 2010, 1065 (1072); *Heckerodt/Titze/ Peter*, IStR 2019, 571 (577).

<sup>311</sup> BFH, Ur. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 21, mit Anm. *Benecke/Staats*, 668ff.

#### IV. Anzuwendendes Recht

Anschließend stellt sich die Frage, ob die Verluste nach dem Recht des Ansässigkeitsstaats des Stammhauses oder der Betriebsstätte zu bestimmen sind. In *Marks & Spencer* bedurfte es keiner Entscheidung. Die Parteien waren sich einig, dass die Verluste nach britischem Recht, dem Steuerrecht des Ansässigkeitsstaats der Muttergesellschaft, bestimmt wurden.<sup>312</sup> In *A Oy* konstatierte der EuGH, dass das Unionsrecht keine Vorgaben hinsichtlich der Verlustermittlung mache, es jedoch zu keiner Ungleichbehandlung zwischen innerstaatlichem und grenzüberschreitendem Fall kommen dürfe.<sup>313</sup>

Nach Auffassung des BFH richtet sich die Ermittlung der Auslandsverluste einzig und allein nach inländischem Recht<sup>314</sup>; auch wenn die nach inländischem Recht ermittelten Verluste höher ausfallen<sup>315</sup>. Die Kosten, die eine zweifache Einkünfteermittlung mit sich bringt, dürfen nach *Meilicke II* nicht unverhältnismäßig hoch sein.<sup>316</sup> Auch GA *Kokott* sprach sich richtigerweise zur Sicherstellung der Gleichbehandlung für eine Berechnung der Auslandsverluste nach inländischem Recht aus.<sup>317</sup>

#### V. Derzeitige Vorlagefragen

Derzeit sind vier Verfahren beim BFH anhängig.<sup>318</sup> Der BFH legte dem EuGH mit dem Vorlagebeschluss v. 6.11.2019 einen Standardfall (Az. I R 32/18) zur Abzugsfähigkeit finaler Verluste einer EU-Freistellungsbetriebsstätte vor. Ein Schlussantrag des zuständigen GA liegt bisher nicht vor. Im Vorlagefall geht es um eine inländische Aktiengesellschaft, die eine Freistellungsbetriebsstätte in Großbritannien eröffnete. Diese erzielte durchgehend Verluste, woraufhin sie eingestellt wurde.<sup>319</sup>

Die erste für die Bachelorarbeit relevante Vorlagefrage setzt sich mit dem Kriterium der Nutzungsmöglichkeit von Verlusten auseinander.<sup>320</sup> Der BFH vertrat bislang die Auffassung, dass ein aus tatsächlichen Gründen untergegangener Verlust oder ein Verlust, dessen Verwertung rechtlich zwar möglich, aus tatsächlichen Gegebenheiten aber nahezu ausgeschlossen, final i.S.d. EuGH-Rechtsprechung sei.<sup>321</sup> Mit Blick auf *Holmen* und *Memira Holding* sind dem BFH Zweifel gekommen. Daraufhin fragt er den EuGH, ob die hypothetische Möglichkeit der Verlustnutzung durch Dritte oder die rechtliche Möglichkeit der erneuten Betriebsstatteneröffnung im Quellenstaat, der Einordnung als

<sup>312</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-446/03, DStR 2005, 2168 Rn. 22 - Marks & Spencer.

<sup>313</sup> EuGH, Urt. v. 18.2.2013, C-123/11, *A Oy*, DStR 2013, 392 Rn. 57ff, mit Anm. *Hruschka*, 396f. - *A Oy*.

<sup>314</sup> BFH, Urt. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 Rn. 8, mit Anm. *Mitschke*, 672; Urt. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 663 Rn. 13, mit Anm. *Benecke/Staats*, 668ff.; Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, IStR 2014, 377 Rn. 9, mit Anm. *Mitschke*, 381ff.

<sup>315</sup> BFH, Urt. 9.6.2010 - I R 100/09, IStR 2010, 670 Rn. 8, mit Anm. *Mitschke*, 672.

<sup>316</sup> EuGH, Urt. v. 30.6.2011 - C-262/09, DStR 2011, 1262 Rn. 46 - *Meilicke II*.

<sup>317</sup> Schlussantrag v. GA *Kokott* v. 19.7.2012 - C-123/11, *A Oy*, IStR 2012, 618 Rn. 73, mit Anm. *Schnitger*, 624ff. u. *Mitschke*, 626ff. - *A Oy*.

<sup>318</sup> BFH v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354, mit Anm. *Wacker*, 2363f.; Vorinstanz FG Hessen v. 4.9.2018 - 4 K 385/17, DStR 2018, 2566; FG Münster v. 28.3.2017 - 12 K 3545/14 G, F, BeckRS 2017, 126388, Rev. eingelegt, Az. BFH: I R 48/17; FG Münster v. 28.3.2017 - 12 K 3541/14 G, F, DStRE 2018, 789, Rev. eingelegt, Az. BFH: I R 49/17; FG Hamburg v. 6.8.2014 - 2 K 355/12, DStRE 2015, 1043, Rev. eingelegt, Az. BFH: I R 17/16; FG Schleswig-Holstein v. 13.3.2019 - 1 K 218/15, DStR 2019, 2304, Rev. eingelegt, Az. BFH: I R 26/19.

<sup>319</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 1f., mit Anm. *Wacker*, 2363f.

<sup>320</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 58, mit Anm. *Wacker*, 2363f.

<sup>321</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 58, mit Anm. *Wacker*, 2363f.; u.a. BFH, Urt. v. 5.2.2014 - I R 48/11, DStR 2014, 837 Rn. 13.

finaler entgegenstehe.<sup>322</sup> Vom Ergebnis ausgehend, wenn bereits jede hypothetische Verlustverwertungsoption ausreiche, verbleibe so gut wie kein Anwendungsbereich für die Finalitätsrechtsprechung mehr.<sup>323</sup> Es ist davon auszugehen, dass der EuGH die schwedischen Konzerne vielmehr darauf hinweisen wollte, dass sie bei den angedachten konzerninternen Umstrukturierungsmaßnahmen die Möglichkeit der Verlustnutzung durch Dritte miteinbeziehen müssten.<sup>324</sup> Die Entscheidung ist für den Bestand der Finalitätsrechtsprechung von erheblicher Relevanz.

Der BFH fragte darüber hinaus in Anlehnung an die Schlussanträge der GA *Kokott* zu *Memira Holding* und *Holmen*, ob nur im WJ des Finalitätseintritts entstandene Verluste anerkannt werden müssten oder auch vorgetragene.<sup>325</sup> Der Gedanke der Einmalberücksichtigung spreche dafür, sowohl vorgetragene als auch erst im WJ des Finalitätseintritts entstandene Verluste anzuerkennen.<sup>326</sup> Außerdem ging der EuGH nicht näher auf die Ausführungen der GA in den Urteilen ein. Der Verweis des BFH auf das Urteil *Kommision/Vereinigtes Königreich* überzeugt nicht, denn Deutschland hat eine derartige Regelung gerade nicht implementiert.<sup>327</sup> Der EuGH wird sich höchstwahrscheinlich dafür aussprechen, dass auch vorgetragene Verluste die Finalitätskriterien erfüllen können.

Die letzte Vorlagefrage ist verfahrensrechtlicher Natur. Der BFH möchte wissen, ob die Verluste wertmäßig auf die nach ausländischem Recht ermittelte Höhe begrenzt seien.<sup>328</sup> Der EuGH führt an, dass ansonsten finale Verluste im Vergleich zu laufenden bessergestellt würden.<sup>329</sup> Dem ist zu entgegnen, dass es st. Rspr. entspricht, Verluste nach den Vorschriften des Ansässigkeitsstaates zu ermitteln und so dem Gleichbehandlungserfordernis nachzukommen. Es kann daher mit großer Sicherheit vorausgesagt werden, dass der EuGH letzterem zustimmt.

## VI. Reformbedarf

Aus ökonomischer Perspektive ist die Verlustverrechnung für Unternehmen von Relevanz, denn sie führt zu einem Liquidationsvorteil, ggf. zu einer Steuereinsparung.<sup>330</sup> Zudem spricht die Masse an Verfahren eindringlich für eine rechtssichere Aussage, wann Verluste final sind.<sup>331</sup>

Der EuGH hat sich mittlerweile in einem Zeitraum von über 15 Jahren mit unterschiedlichen Facetten der Finalitätsrechtsprechung auseinandergesetzt. Dennoch ist es ihm nicht gelungen, der Finalitätsrechtsprechung „trennscharfe Konturen“<sup>332</sup> zu verleihen. Seit Einführung mit *Marks & Spencer* wirft die Finalitätsrechtsprechung mehr Fragen auf, als sie beantwortet. Ihre inhaltliche Ausgestaltung bzw. Reichweite ist bis heute nicht

---

<sup>322</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 62, mit Anm. *Wacker*, 2363f.

<sup>323</sup> So auch: *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (450).

<sup>324</sup> So auch: *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (450).

<sup>325</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 65ff., mit Anm. *Wacker*, 2363f.

<sup>326</sup> So auch: *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (452).

<sup>327</sup> So auch: *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (452).

<sup>328</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 69ff., mit Anm. *Wacker*, 2363f.

<sup>329</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 71, mit Anm. *Wacker*, 2363f.

<sup>330</sup> *Cordewener*, EuZ 2015, 295 (295).

<sup>331</sup> So auch: *Cordewener*, FS Lehner, 329 (330).

<sup>332</sup> *Cordewener*, EuZ 2015, 295 (297).

abschließend geklärt.<sup>333</sup> Die volatile Rechtsprechungshistorie sorgt für erhebliche Unsicherheiten,<sup>334</sup> die sich unmittelbar auf die mit der Umsetzung in das nationale Recht beauftragten Finanzgerichtsgerichte durchschlagen.<sup>335</sup> Ein Beispiel ist der voreilige Schluss aus *Timac Agro*.<sup>336</sup> Die widersprüchliche sowie auslegungsbedürftige Rechtsprechung und mangelnde Bereitschaft seitens der Finanzverwaltung, zu kooperieren, münden in eine nicht unerhebliche, zusätzliche Belastung der Gerichte.<sup>337</sup> Die damit einhergehende Gefahr für den Steuerpflichtigen, sich mit der Finanzverwaltung streiten zu müssen, führt dazu, dass grenzüberschreitende Investitionen an Attraktivität einbüßen. Dies ist für den Binnenmarkt nicht förderlich.<sup>338</sup>

Die Finalitätsrechtsprechung hat sich schlicht als nicht „praktikabel“<sup>339</sup> herausgestellt. Sie wurde wiederholt von den GA hinterfragt,<sup>340</sup> es wurde sogar für eine gänzliche Aufgabe plädiert<sup>341</sup>. Es ist daher nicht nachvollziehbar, warum sich der EuGH dieser Kritik nicht stellt und für rechtssichere Aussagen sorgt. Zudem fordert der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit, dass Vorschriften klar, konkret und vorhersehbar für den Steuerpflichtigen sind.<sup>342</sup> Diesem Rechtsgrundsatz wird die Finalitätsrechtsprechung nicht gerecht.<sup>343</sup>

Betrachtet man die Entwicklung der Rechtsprechung ist fraglich, was von der Finalitätsdoktrin noch übriggeblieben ist. Der Anwendungsbereich wurde vom EuGH peu à peu eingeschränkt,<sup>344</sup> sodass eine Berufung auf die Finalitätsdoktrin kaum mehr möglich erscheint.<sup>345</sup> Er hat zwar mit *Lidl Belgium* und *K* seine Finalitätsrechtsprechung auf Betriebsstätten und im Privatbesitz gehaltene Immobilien ausgeweitet.<sup>346</sup> *KR Wannsee* in Zusammenschau mit *K* sind dahingehend zu verstehen, dass bei rechtlich induziertem Verlustuntergang keine Finalität i.S.d. EuGH vorliegt, wodurch ein großer Anwendungs-

<sup>333</sup> *Weiten*, (Finale) Verluste, S. 197f.; *Niemann/Dodos*, DStR 2021, 441 (441); Schlussantrag GA *Kokott* v. 19.7.2012, C - 123/11, IStR 2012, 618 Rn. 2, mit Anm. *Schnitger*, 624ff. u. *Mitschke*, 626ff. - A Oy.

<sup>334</sup> So auch: *Schumacher*, IStR 2016, 473 (479); *Schiefer*, IStR 2016, 79 (80).

<sup>335</sup> So auch: *Hey*, FS Gosch, 161 (171); *Cordewener*, FS Lehner, 329 (343).

<sup>336</sup> BFH, Urt. v. 22.2.2017 - I R 2/15, IStR 2017, 490 Rn. 38 mit Anm. *Kippenberg*, 496f. und Anm. *Jung/Mielke*, 497f.

<sup>337</sup> *Cordewener*, EuZ 2015, 295 (297f.) m.w.N.

<sup>338</sup> Schlussanträge der GA *Kokott* v. 23.10.2014 - C-172/13, IStR 2014, 855 Rn. 44, mit Anm. *Benecke/Staats*, 862ff. - Kommission/Vereinigtes Königreich; *Schiefer*, IStR 2016, 79 (80).

<sup>339</sup> Schlussanträge der GA *Kokott* v. 23.10.2014 - C-172/13, IStR 2014, 855 Rn. 47ff., mit Anm. *Benecke/Staats*, 862ff. - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>340</sup> Schlussanträge der GA *Kokott* v. 23.10.2014 - C-172/13, IStR 2014, 855 Rn. 42ff., mit Anm. *Benecke/Staats*, 862ff. - Kommission/Vereinigtes Königreich; Schlussanträge der GA *Kokott* v. 19.7.2012 - C-123/11, IStR 2012, 618 Rn. 47ff., mit Anm. *Schnitger*, 624ff. u. *Mitschke*, 626ff. - A Oy; Schlussanträge des GA *Mengozzi* v. 21.3.2013 - C-322/11, ECLI:EU:C:2013:183 Rn. 80ff. - K.

<sup>341</sup> Schlussanträge der GA *Kokott* v. 23.10.2014, C-172/13, ECLI:EU:C:2014:2321 Rn. 50 - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>342</sup> EuGH, Urt. v. 01.07.2014 - C-573/12, EU:C:2014:2037, Rn. 127 - Ålands Vindkraft.

<sup>343</sup> So auch: Schlussanträge der GA *Kokott* v. 23.10.2014 - C-172/13, IStR 2014, 855 Rn. 80, mit Anm. *Benecke/Staats*, 862ff. - Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>344</sup> *Hey*, FS Gosch, 161 (168).

<sup>345</sup> Schlussanträge des GA *Kokott* v. 23.10.2014 - C-172/13, IStR 2014, 855, Rn. 38, mit Anm. *Benecke/Staats*, 862ff. - Kommission/Vereinigtes Königreich; *Kokott*, Das Steuerrecht der EU, § 5 Rn. 19.

<sup>346</sup> *Cordewener*, FS Lehner, 329 (332f.).



bereich wegfällt. Wenn noch geringe Einnahmen möglich sind, scheidet Finalität gleichsam aus.<sup>347</sup> Zusätzlich erachtet der EuGH die britische, sehr restriktive Gesetzesanpassung für unionskonform. Ob nun bereits eine nur hypothetische Berücksichtigungsmöglichkeit der Verluste der Einordnung als finaler Verlust entgegensteht, bleibt abzuwarten.<sup>348</sup> Die Rechtslage stellt sich wie folgt dar: Der EuGH versucht krampfhaft, an der Finalitätsrechtsprechung festzuhalten, reduziert gleichzeitig den Anwendungsbereich aber so drastisch, dass er ihn nahezu aufgibt. Es ist einzugestehen, dass eine Umsetzung in nationales Recht daher schwerfällt; die britische Gesetzesanpassung könnte als Orientierung für eine Mindestumsetzung dienen.<sup>349</sup>

Zusammengefasst bedarf es von Seiten des EuGH akut einer Klarstellung, wann Verluste final sind. Sodann kann auch der nationale Gesetzgeber aktiv werden. Die derzeitige Situation ist für alle Beteiligten unbefriedigend.

## E. Fazit

Der nationale Gesetzgeber hat die unionsrechtlichen Vorgaben der Finalitätsrechtsprechung bislang nicht umgesetzt. Diese müssen nunmehr von der Finanzverwaltung und Finanzgerichtsbarkeit gewahrt werden, vgl. Art. 4 III EUV.

Die von Deutschland abgeschlossenen DBA ordnen für Betriebsstätteneinkünfte nahezu ausschließlich die Freistellungsmethode an. Nach Auffassung des BFH bedeutet dies, dass sowohl Gewinne als auch Verluste im Inland unberücksichtigt bleiben, sog. Symmetriethese. Diese erklärt der EuGH für unionskonform, wodurch der Ansässigkeitsstaat des Stammhauses grundsätzlich berechtigt ist, die Anerkennung ausländischer Betriebsstättenverluste zu verweigern. Die Symmetriethese müsse allerdings dann durchbrochen werden, sei unverhältnismäßig, wenn finale Verluste vorliegen. Verluste sind seit der Leitentscheidung *Marks & Spencer* final, wenn der Steuerpflichtige alle Möglichkeiten diese im gegenwärtigen VZ, in vergangenen sowie künftigen VZ, inkl. der Übertragung auf Dritte, ausgeschöpft habe. Im Finalitätsfall ist der Ansässigkeitsstaat ausnahmsweise verpflichtet, die finalen Auslandsverluste im Inland steuerwirksam zu erfassen. Die Nachweispflicht der Finalität obliege dem Steuerpflichtigen und den Mitgliedsstaaten ist es gestattet, Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch zu verhindern.

Aus der Rechtsprechung der letzten zwei Jahrzehnte, die auf Ebene des EuGH und BFH zu verschiedenen Facetten der Finalitätsrechtsprechung erging, lassen sich folgende Grundaussagen ziehen: Die Finalitätskriterien wurden erstmalig mit *Marks & Spencer* im Jahre 2005 für die Konstellation Tochtergesellschaft-Muttergesellschaft angewandt. Drei Jahre später übertrug *Lidl Belgium* diese vollumfänglich, ohne die Finalitätskriterien weiter auszuarbeiten, auf die Konstellation Stammhaus-Betriebsstätte. Im Laufe der Zeit hat der EuGH seine Finalitätsrechtsprechung nach und nach in sachlicher Hinsicht eingeschränkt. Aus *KR Wannsee* und *K* wird der Schluss gezogen, dass der Ansässigkeitsstaat des Stammhauses nicht zum Import rechtlich induzierter Verluste verpflichtet sei, wodurch ein beachtlicher Anwendungsbereich wegfällt. Der EuGH judizierte, dass schon geringe Einnahmen gegen die Einordnung als finaler Verlust sprächen.

Der BFH hat die abstrakten Finalitätskriterien aus *Marks & Spencer* in materiell sowie formell-rechtlicher Hinsicht ausgearbeitet. Er nahm gestützt auf *KR Wannsee* eine Unterteilung in tatsächlich und rechtlich induzierte Finalität vor. Verluste seien nicht final,

<sup>347</sup> EuGH, Urt. v. 3.2.2015, C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, DStR 2015, 337 Rn. 36; bereits in: EuGH, Urt. v. 21.2.2013, C-123/11, *A Oy*, DStR 2013, 392 Rn. 53ff.

<sup>348</sup> BFH, Beschl. v. 6.11.2019 - I R 32/18, DStR 2020, 2354 Rn. 61ff., mit Anm. *Wacker*, 2363f.

<sup>349</sup> *Heckerodt*, IStR 2019, 171 (177).

wenn ihr Untergang auf rechtliche Beschränkungen des Quellenstaats zurückgeht. Es könnten somit ausschließlich Verluste, die aus tatsächlichen Gründen untergehen, final sein. Der BFH präzisierte in seinem Urt. v. 9.6.2010 (I R 107/09), dass die Umwandlung der ausländischen Betriebsstätte in eine Kapitalgesellschaft, die Übertragung sowie die Aufgabe der Betriebsstätte mögliche tatsächliche, die Finalität erfüllende Gründe darstellen würden. Er äußerte, dass es zur Annahme der Finalität bislang ausreiche, wenn die Nutzung zwar rechtlich möglich, die Nutzung der Verluste aus tatsächlichen Gründen jedoch nahezu ausgeschlossen sei. Es müsse nicht jede hypothetische, rechtlich vorhandene Möglichkeit ausgeschöpft werden. Seit *Memora Holding* und *Holmen* hegt er hieran Zweifel. Der BFH stellt weiterhin klar, wenn Verluste in Zukunft unerwarteter Weise noch genutzt werden könnten, auf § 175 I 1 Nr. 2 AO zurückgegriffen werden könne. Nach der Auffassung des BFH sind die Verluste nach innerstaatlichem Recht zu bestimmen und phasenverschoben zu erfassen. Die Finanzverwaltung hat nicht zum Verständnis oder Klärung der Finalitätsrechtsprechung beigetragen.

Nach all den Einschränkungen, denen die Finalitätsrechtsprechung in den letzten zwei Jahrzehnten unterlag, muss sich gefragt werden, was von der Finalitätsrechtsprechung noch übriggeblieben ist. Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH für Aufklärung sorgt.

## Quellenverzeichnis

### Literaturverzeichnis

- Altwater, Christian*, Niederlassungsfreiheit vs. nationale Besteuerungsbefugnisse: Eine (Trend-)Analyse der aktuellen EuGH-Rechtsprechung, DB 2009, 1201-1205.
- Axer, Georg*, Der Europäische Gerichtshof auf dem Weg zur „doppelten Kohärenz“ - Eine Zukunft der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Cadbury Schweppes-Urteil, IStR 2007, 162-169.
- Bachmann, Carmen/ Caro, Catharina*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung - Überblick zur EuGH-Rechtsprechung, IWB 2010, 379-384.
- Bambynek, Lucia*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften in der EU - Die Behandlung der stillen Reserven und der vorhandenen Verluste, Wiesbaden 2011 (zitiert: *Bambynek*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen).
- Bendlinger, Stefan*, Gewinnabgrenzung und Gewinnermittlung im DBA-Recht, SWI 2007, 496-503.
- Benecke, Andreas/ Staats, Wendelin*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 7.11.2013 - C-322/11, IStR 2013, 919-922 - K.
- Benecke, Andreas/Staats, Wendelin*, Anm. zu BFH, Urt. v. 9.6.2010 - I R 107/09, IStR 2010, 668-670.
- Berner, Ingo*, Betriebsstättenbesteuerung nach dem AOA - Eine Untersuchung und Implementierung in § 1 Abs. 5 AStG, Tübingen 2016 (zitiert: *Berner*, Betriebsstättenbesteuerung nach dem AOA).
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel/Kotzur, Markus*, Die Europäische Union - Europarecht und Politik, 14. Auflage, Baden-Baden 2021 (zitiert: *Bieber/Epiney/Kotzur*, Die Europäische Union).
- Birk, Dieter*, Doppelbesteuerungsabkommen im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland, in: Tipke, Klaus/Seer, Roman/Hey, Johanna/ Englisch, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Joachim Lang - Gestaltungen der Steuerrechtsordnung, 1131-1145, Köln 2010 (zitiert: *Birk*, FS Lang).
- Birk, Dieter/ Desens, Marc/Tappe, Henning*, Steuerrecht, 24. Auflage, Heidelberg 2021.
- Blottko, Bianca*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung - Darstellung und Problematik und mögliche Lösungsalternativen, SteuerStud 2008, 586-589.

- Blumenberg, Jens*, Die Zukunft der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung in der EU, in: Kessler, Wolfgang/Förster, Guido/ Watrin, Christoph (Hrsg.), Unternehmensbesteuerung - Festschrift für Norbert Herzig zum 65. Geburtstag, 211-230, München 2010 (zitiert: *Blumenberg*, FS Herzig).
- Brandenberg, Hermann*, Finale Verluste - kein Ende in Sicht, in: Seer, Roman/ Lüdicke, Jürgen/ Rasch, Stephan (Hrsg.), Globalisiertes Steuerrecht - Anspruch und Verantwortung - Festschrift für Heinz-Klaus Kroppen, 473-489, 2020 Köln (zitiert: *Brandenberg*, FS Kroppen).
- Brandis, Peter*, „Zurück in die Zukunft?“ - „Finale Verluste“ nach dem EuGH-Urteil „Bevola“, DStR 2018, 2051-2058.
- Breuninger, Gottfried/Ernst, Markus*, Abschied vom Abzug endgültig gewordener ausländischer Betriebsstättenverluste im Inland? - Kein „Import-Stopp“ nach der EuGH-Entscheidung Wannsee!, DStR 2009, 1981-1986.
- Bron, Jan*, EWS Kommentar zu EuGH, Urt. v. 15.5.2008, C-414/06, EWS 2008, 238-239 - Lidl Belgium.
- Bundesministerium der Finanzen*, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich - 2020, [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren\\_Bestellservice/2021-06-21-die-wichtigsten-steuern-im-internationalen-vergleich-2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=11](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2021-06-21-die-wichtigsten-steuern-im-internationalen-vergleich-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=11), zuletzt besucht am 25.01.2021.
- Classen, Claus/Nettesheim, Martin/Oppermann, Thomas (Begr.)*, Europarecht – Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 2021 (zitiert: *Classen/Nettesheim/Oppermann*, Europarecht).
- Cordewener, Axel*, Die grenzüberschreitende Berücksichtigung von („finalen“) Verlusten im EU-Binnenmarkt - eine primärrechtliche Sackgasse?, in: Ismer, Roland/ Rust, Alexander/Waldhoff (Hrsg.), Territorialität und Personalität - Festschrift für Moris Lehner, 329-353, Köln 2019 (zitiert: *Cordewener*, FS Lehner).
- Cordewener, Axel*, EG-rechtlicher Grundfreiheitenschutz in der Praxis - Auswirkungen auf die grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung, IWB 2008, 441-452.
- Cordewener, Axel*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht - „Konvergenz“ des Gemeinschaftsrechts und „Kohärenz“ der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, Köln 2002 (zitiert: *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht).
- Cordewener, Axel*, Die EuGH-Rechtsprechung zur steuerlichen Berücksichtigung von („finalen“) Auslandsverlusten – noch immer kein Ende in Sicht!, EuZW 2015, 295-300.
- Ditz, Xaver/ Plansky, Patrick*, Aktuelle Entwicklungen bei der Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste, DB 2009, 1669-1674.
- Dürschmidt, Daniel*, Grenzüberschreitende Unternehmensumstrukturierungen im nationalen und europäischen Steuerrecht, StuW 2010, 137-159.
- Eisendle, David*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer - Status quo der EuGH-Rspr. zur Berücksichtigung von Auslandsverlusten kraft Unionsrecht, ISR 2016, 37-43.
- Englisch, Joachim*, Nordea Bank - ein weiterer Meilenstein der EuGH-Judikatur, IStR 2014, 561-563.
- Ernst, Matthias*, Die Dienstleistungsbetriebsstätte im Abkommensrecht - Begriffsbestimmung, Abgrenzung und Analyse eines alternativen Betriebsstättenbestands, Frankfurt a.M. 2015 (zitiert: *Ernst*, Die Dienstleistungsbetriebsstätte im Abkommensrecht).
- Fähling, Lars*, Die grenzüberschreitende Verlustverrechnung international agierender Unternehmen - Unter besonderer Berücksichtigung aktueller EuGH-Rspr., Frankfurt am Main 2016 (zitiert: *Fähling*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung).
- Fehrenbacher, Oliver*, Steuerrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2020.

- Froitzheim, Aurelia*, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte und deren Auswirkung auf die Gewinnabgrenzung, Köln 2014 (zitiert: *Froitzheim*, Steuerliche Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte).
- Glahe, Moritz*, Vereinbarkeit von § 1 AStG mit den Europäischen Grundfreiheiten, IStR 2010, 870-877.
- Glatz, Solvejg*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht - Veranlassungsprinzip und Fremdvergleich bei der Betriebsstättengewinnabgrenzung, Wiesbaden 2021 (zitiert: *Glatz*, Abgrenzungsmaßstäbe im Abkommensrecht).
- Gosch, Dietmar*, Über die Zeit im Abkommensrecht, IStR 2015, 709-717.
- Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Matrin (Hrsg.)*, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar AEUV/EUV, Band I, München 2021 (Stand: 09/2021) (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Kommentar).
- Graw, Christian*, Abzug finaler Verluste ausländischer Tochtergesellschaften bei der inländischen Muttergesellschaft, DB 2010, 2469-2473.
- Hahn, Hartmut*, Rechtsvergleichende Anmerkungen zum Thema „Betriebsstättenverluste“- Zugleich eine Besprechung des luxemburgischen Cour administrative vom 10.8.2005, IStR 2010, 157-163.
- Heckerodt, David*, Finale Betriebsstättenverluste: Kein Mythos, sondern Realität! - Das Finalitätskriterium als tertium comparationis, IStR 2019, 171-177.
- Heckerodt, David/ Titze, Günter/ Peter, Markus*, Finale Verlustberücksichtigung – eine Analyse der Schlussanträge der Generalanwältin Kokott am EuGH zur finalen Verlustberücksichtigung - Das Verfahren Memira Holding AB (C-607/14) und das Verfahren Holmen AB (C-608/17), IStR 2019, 571-579.
- Heckerodt, David/Schulz, Samuel*, Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste unter dem Aspekt des Finalitätsgrundsatzes, DStR 2018, 1457-1464.
- Henze, Thomas*, Renaissance der objektiven Vergleichbarkeit als Element der Prüfung von Grundfreiheiten, ISR 2014, 311-314.
- Herdegen, Matthias*, Europarecht, 22. Auflage, München 2020.
- Herzig, Norbert/Wagner, Thomas*, EuGH-Urteil „Marks & Spencer“ - Begrenzter Zwang zur Öffnung nationaler Gruppenbesteuerungssysteme für grenzüberschreitende Sachverhalte, DStR 2006, 1-12.
- Heurung, Rainer/ Engel, Benjamin*, Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung von Betriebsstättenverlusten in der EU - Klärung weiterer Zweifelsfragen durch den BFH, GmbHR 2010, 1065-1073.
- Heurung, Rainer/ Schmidt, Sebastian/Kollmann, Sinja*, Finale Verluste bei gebietsfremden Betriebsstätten, in: Rödder, Thomas/ Wassermeyer, Franz/ Ditz, Xaver (Hrsg.), Internationale Einkünfteabgrenzung - Freundesgabe für Hubertus Baumhoff, 147-158, Köln 2020 (zitiert: *Heurung/Schmidt/Kollmann*, Freundesausgabe Baumhoff).
- Heurung, Rainer/Engel, Benjamin*, Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten in der EU - Klärung weiterer Zweifelsfragen durch den BFH, GmbHR 2010, 1065-1073.
- Heurung, Rainer/Engel, Benjamin/ Bresgen, Ariane*, Berücksichtigung „finaler Verluste“ aus anderen EU-/EWR-Mitgliedsstaaten - Zugleich Anmerkungen zum EuGH-Urteil vom 21.3.2013 - Rs. C-123/11- A Oy, GmbHR 2013, 638-645.
- Hey, Johanna*, Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Marks & Spencer und die Zukunft der deutschen Organschaft - Haben die Mitgliedsstaaten den EuGH domestiziert?, GmbHR 2006, 113-123.
- Hey, Johanna*, Finale Verluste im nationalen und europäischen Recht, in: Lüdicke, Jürgen/Mellinghoff, Rudolf/Rödder, Thomas (Hrsg.), Nationale und Internationale Unternehmensbesteuerung in der Rechtsordnung - Festschrift für Dietmar Gosch zum Ausscheiden aus dem Richteramt, 161-174, München 2016. (zitiert: *Hey*, FS Gosch).

- Hobe, Stephan/Fremuth, Michael*, Europarecht, 10. Auflage, München 2020.
- Jansen, Lothar*, Das Steuerverfahren im Spannungsfeld von Europa- und Verfassungsrecht - Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Spendenrechts, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Jansen*, Das Steuerverfahren).
- Kahle, Holger/Möding, Jörg*, Betriebsstättenbesteuerung: Zur Anwendung und Umsetzung des Authorized OECD-Approach, DStZ 2012, 801-812.
- Kahlenberg, Christian*, Anmerkungen aus Beratersicht zu EuGH, Urt. v. 12.6.2018 - C-650/16, Bevola, Ubg 2018, 470-472.
- Kessler, Wolfgang, Philipp, Moritz*, Zur gemeinschaftsrechtlichen Notwendigkeit der inländischen Berücksichtigung „finaler“ Verluste aus EU-Betriebsstätten - Anmerkungen zur BFH-Judikatur und deren Folgefragen, IStR 2010, 865-870.
- Kessler, Wolfgang (Hrsg.)/ Kröner, Michael (Hrsg.)/ Köhler, Stefan*, Konzernsteuerrecht, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht).
- Kessler, Wolfgang/Eicke, Rolf*, Gedanken zur grenzüberschreitenden Verlustnutzung nach Lidl Belgium, IStR 2008, 581-584.
- Kirsch, Daniel*, Perspektiven der Verlustverrechnung im deutschen Konzern bei Einführung einer Gruppenbesteuerung - Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Ausgestaltung eines ökonomisch nationalen Verrechnungssystems, Hamburg 2018 (zitiert: *Kirsch*, Einführung einer Gruppenbesteuerung).
- Klein, Franz*, Abgabenordnung, Kommentar, 15. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Klein, AO).
- Knipping, Jens*, Das BMF-Schreiben zum BFH-Folgeurteil in der Rechtssache Lidl Belgium, IStR 2010, 49-52.
- Knipping, Jens*, Zur Frage des Definitivcharakters ausländischer Betriebsstättenverluste im Sinne des EuGH-Urteils in der Rechtssache Lidl Belgium bei fehlender Möglichkeit eines interperiodischen Verlustausgleichs im Betriebsstättenstaat, IStR 2009, 275-277.
- Kokott, Juliane*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, München 2018 (zitiert: *Kokott*, Das Steuerrecht der EU).
- König, Ulrich (Hrsg.)*, Abgabenordnung, Kommentar, 4. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: König, AO).
- Kopec, Agnieszka/Welmann, Paula*, (Finale) Verluste im Kapitalgesellschaftskonzern – ein Mythos, EuGH, Urteile v. 19.6.2019 - Rs. C-607/17 „Memira Holding“ und Rs. C-608/17 „Holmen“, IWB 2019, 702-712.
- Kube, Hanno*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung und die Zuordnung von Verantwortung, IStR 2008, 305-312.
- Lamprecht, Philipp*, Betriebsstättenverluste, Verlustvortragsrecht und Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse nach dem Urteil des EuGH in der Rs. KR Wannsee, nachfolgend S.769, IStR 2008, 766-769.
- Lang, Michael*, Ist die Rechtsprechung des EuGH zu den finalen Verlusten am Ende?, in: Schön, Wolfgang/ Heber, Caroline (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 63-87, Heidelberg 2015 (zitiert: *Lang*, Rspr. zu den finalen Verlusten, in: Schön/Heber).
- Lenz, Martin/ Ribbrock, Martin*, Die Berücksichtigung EU-ausländischer Betriebsstättenverluste beim deutschen Stammhaus - Zugleich Anm. zu den BFH-Urteilen vom 9.6.2010 - I R 100/09, DB 2010 S. 1731 und I R 107/09, DB 2010, S. 1733, DB 2010, 1963-1968.
- Lindemann, Hans/ Hackemann, Tim*, Die Rückwirkung von EuGH-Urteilen unter besonderer Betrachtung des „Marks & Spencer“- Falls, IStR 2005, 786-792.

- Lüdicke, Jürgen/Kempf, Andreas/Brink, Thomas*, Verluste im Steuerrecht, Baden-Baden 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lüdicke/Kempf/Brink, Verluste im Steuerrecht).
- Lüdicke, Jürgen/Lange-Hückstädt, Carolin*, Seminar C: Grenzüberschreitende Verlustnutzung, IStR 2013, 611- 616.
- Lühn, Tim*, Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten bei DBA-Freistellung, BB 2009, 90-92.
- Mayr, Gunter*, Endgültige Verluste im Sinne von Marks & Spencer, BB 2008, 1816-1819.
- Mitschke, Wolfgang*, Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten, FR 2011, 24-27.
- Mitschke, Wolfgang*, Anm. EuGH, Urt. v. 17.12.2015 - C-388/14, FR 2016, 132-134 - Timac Agro.
- Mössner, Jörg*, Konstanz oder Brüche in der Rspr. des EuGH zu den direkten Steuern?, in: Ismer, Roland/Rust, Alexander; Waldhoff, Christian (Hrsg.), Territorialität und Personalität – Festschrift für Moris Lehner, 309-327, Köln 2019 (zitiert: *Mössner*, FS: Lehner).
- Mössner, Manfred*, Steuerrecht international tätiger Unternehmen – Handbuch der Besteuerung von Auslandsaktivitäten inländischer Unternehmen und von Inlandsaktivitäten ausländischer Unternehmen, 5. Auflage 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Mössner, Steuerrecht).
- Müller, Stefan*, Erneute Kehrtwende des EuGH bei finalen Verlusten, ISR 2018, 281-284.
- Musil, Andreas/Weber-Grellet, Heinrich*, Europäisches Steuerrecht, Kommentar, München 2019.
- Musil, Andreas*, Was sind finale Verluste?, DB 2011, 2451-2455.
- Musil, Andreas/Schulz, Jan*, Grenzüberschreitende Einkünfteverlagerungen in verbundenen Unternehmen und europarechtliche Handlungsspielräume der Mitgliedsstaaten, DStR 2013, 2205-2211.
- Niehren, Christoph*, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft: Fortentwicklung zu einer Gruppenversteuerung vor europarechtlichem Hintergrund, Berlin 2011 (zitiert: *Niehren*, Perspektiven der körperschaftlichen Organschaft).
- Niemann, Walter/ Dodos, Panagiotis*, Finale Auslandsverluste und ihre grundfreiheitlich gebotene Berücksichtigung in DBA-Freistellungsfällen, DStR 2021, 441-452.
- Niemann, Walter/ Dodos, Panagiotis*, Verrechnung von „finalen“ Auslandsverlusten - auch nach „Timac Agro“!, DStR 2016, 1057-1063.
- Oppermann, Thomas (Begr.)/Classen, Claus/Nettesheim, Martin*, Europarecht - Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 2021 (zitiert: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht).
- Paetsch, Ralf*, Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im Europäischen Binnenmarkt, Köln 2004 (zitiert: *Paetsch*, Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung).
- Pick, Matthias*, Die körperschaftssteuerliche Organschaft im Spannungsfeld des supranationalen und bilateralen Rechts - Eine Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzungen am Maßstab der Diskriminierungsverbote, Wiesbaden 2019 (zitiert: *Pick*, Die körperschaftssteuerliche Organschaft).
- Pohl, Carsten*, Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste – Anmerkungen zu den BFH-Urteilen v. 9.6.2010 – I R 100/09 und I R 107/09, IWB 2010, 626-630.
- Quilitzsch, Carsten*, Die Finalität von Betriebsstättenverlusten, DB 2010, 2757-2761.
- Rehm, Helmut/ Nagler, Jürgen*, Der GmbHR Kommentar zu BFH - Urt. v. 17.7.2008, I R 84/04, GmbHR 2008, 1175-1176.
- Rehm, Helmut/ Nagler, Jürgen*, Der GmbHR Kommentar zu EuGH - Urt. v. 15.5.2008, Rs. C-414/06 GmbHR 2008, 713-714 - Lidl Belgium GmbH & Co.KG.
- Rehm, Helmut/Nagler, Jürgen*, Neues von der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung!, IStR 2008, 129-139.

- Ribbrock, Martin*, „Kommando zurück in Sachen finale Betriebsstättenverluste?“, BB 2018, 1703.
- Richter, Andreas/Welling, Berthold*, Diskussionsbericht zum 40. Berliner Steuergespräch „DBA-Politik der Bundesregierung, FR 2011, 1092-1094.
- Richter, Lutz*, Aktuelle Entwicklungen zur Berücksichtigung finaler ausländischer Betriebsstättenverluste im Ansässigkeitsstaat, BB 2010, 2734-2739.
- Roser, Frank*, Umsetzung und Umfang der Verlustnutzung nach Marks & Spencer -Umsetzungsfragen in der Praxis, Ubg 2010, 30-40.
- Rublack, Carolin*, Berücksichtigung finaler Auslandsverluste - Ein Vorschlag zur Umsetzung der unionsrechtlichen Anforderungen im deutschen Steuerrecht, IFSt-Schrift Nr. 472, Berlin Juni 2011 (zitiert: *Rublack*, IFSt Nr. 472).
- Ruffert, Matthias/Grischek, Frederike/Schramm, Moritz*, Europarecht im Examen - Die Grundfreiheiten, JuS 2021, 407-412.
- Ruhland, Christian*, Negative Einkünfte und Grundfreiheiten des Unionsrechts - ein Vorschlag zur Berücksichtigung inländischer Verluste bei grenzüberschreitender Unternehmenstätigkeit unter Beachtung des Symmetrieprinzip, Hamburg 2017 (zitiert: *Ruhland*, Negative Einkünfte und Grundfreiheiten des Unionsrecht).
- Rust, Alexander*, Rechtsfolgen EG-rechtswidriger Normen, IStR 2008, 382-386.
- Rust, Alexander/ Reimer, Ekkehart*, Treaty Override im deutschen Internationalen Steuerrecht, IStR 2005, 843-849.
- Schaumburg, Harald, Englisch, Joachim*, Europäisches Steuerrecht, 2. Auflage, Köln 2020.
- Scheller, Peter*, Betriebsstätte oder Niederlassung - Ein Querschnitt durch das Steuerrecht, 2020 Nürnberg (zitiert: *Scheller*, Betriebsstätte oder Niederlassung).
- Scheunemann, Marc*, Praktische Anforderungen einer grenzüberschreitenden Verlustberücksichtigung im Konzern in Inbound- und Outboundfällen nach der Entscheidung Marks & Spencer, IStR 2006, 145-152.
- Schiefer, Florian*, Ertragsteuerliche Perspektiven der nationalen und grenzüberschreitenden Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften, Aachen 2014 (zitiert: *Schiefer*, Verlustnutzung bei europäischen Kapitalgesellschaften).
- Schiefer, Florian/ Quinten, Roland*, Berücksichtigung „finaler Verluste“ durch grenzüberschreitende Verschmelzung - Auswirkungen des Urteils in der Rs. A Oy, IStR 2013, 261-266.
- Schiefer, Florian*, Kommentar zum EuGH - Urt. v. 17.12.2015, C-388/14, DB 2008, 80 – Timac Agro.
- Schlücke, Katharina*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen in das deutsche Steuerrecht - Das Beispiel der Betriebsstättenverluste, Baden-Baden 2014 (zitiert: *Schlücke*, Die Umsetzung von EuGH-Entscheidungen).
- Schlücke, Katharina*, Kommentar zu EuGH, Urt. v. 17.12.2015 - C-388/14, FR 2016, 130-132 - Timac Agro.
- Schmidt, Ludwig (Hrsg.)*, EStG, Kommentar, 40. Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter, in: Schmidt, EStG).
- Schnichels, Nicola*, Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die steuerliche Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste, in: *Birk, Dieter/Sänger, Ingo/Töben, Thomas (Hrsg.)*, Forum Steuerrecht 2011- aus dem Münsteraner Studiengang „Steuerwissenschaften“, 185-230, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Schnichels*, Die Auswirkungen der EuGH-Rspr.).
- Schnitger, Arne (Hrsg.)*, *Fehrenbacher, Oliver*, KStG, Kommentar, 2. Auflage, Wiesbaden 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schnitger/Fehrenbacher, KStG).

- Schnitger, Arne*, Ausländische Verluste im Unionsrecht, in: Lüdicke, Jürgen/Schnitger, Arne/Spengel, Christoph (Hrsg.), Besteuerung internationaler Unternehmen: Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag, 361-373, München 2016 (zitiert: *Schnitger*, FS Endres).
- Schönfeld, Jens / Ditz, Xaver (Hrsg.)*, Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schönfeld/Ditz, DBA).
- Schüller, Eva*, Die deutsche Besteuerung grenzüberschreitender Personengesellschaften – Der In- und Outbund-Fall innerhalb der EU, Wiesbaden 2014 (zitiert: *Schüller*, Besteuerung grenzüberschreitender Personengesellschaften).
- Schulz-Trieglaff, Kai*, BFH-Urteile vom 9.6.2010 - I R 100/09 und I R 107/09 - Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste: keine Finalität bei Ausschluss des Verlustabzugs aus rechtlichen Gründen, StuB 2010, 779-783.
- Schulz-Trieglaff, Kai*, Neues zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung: Nachversteuerung verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit – Anmerkungen zum EuGH-Urteil vom 23.10.2008 - Rs. C-157/07, StuB 2009, 260-263.
- Schumacher, Frederik*, Das EuGH-Urteil Timac Agro – Was bleibt von der Rechtsfigur der finalen Verluste übrig?, IStR 2016, 473-479.
- Sedemund, Jan*, Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten - Anm. zum EuGH-Urteil „Lidl“ vom 15.5.2008, DB 2008, 1120-1123.
- Sedemund, Jan/ Wegner, Christoph*, Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten im Licht des BFH-Urteils vom 17.7.2008 („Lidl Belgium“), DB 2008, 2565-2567.
- Sedemund, Jan/Laboranowitsch, Martina*, Ein Lösungsvorschlag zur Abgrenzung von Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit – IFRS als Ausweg aus dem Dilemma, DStZ 2008, 414-420.
- Sedemund, Jan/Wegner, Christoph*, Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten, FR 2010, 883-885.
- Seiler, Christian/Axer, Georg*, Die EuGH-Entscheidung im Fall „Lidl Belgium“ als (Zwischen-) Schritt auf dem Weg zur Abstimmung von nationaler Steuerhoheit und europäischem Recht, IStR 2008, 838-843.
- Stiller, Wojciech*, Ende der langwierigen Diskussion zur Nutzung von Verlusten einer im EU-Ausland gelegenen Betriebsstätte, BB 2011, 607-613.
- Terra, Ben/Wattel, Peter*, European Tax Law, 6<sup>th</sup> Edition, Alphen aan der Rijn 2012.
- Thömmes, Otmar*, Nachversteuerung zuvor zum Abzug zugelassener Betriebsstättenverluste verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit, Anm. zu EuGH, Urt. v. 23.10.2008 - Rs. C-157/07 - KR Wannsee, 1209-1116.
- Tiedtke, Klaus/Mohr, Martin*, Die Grundfreiheiten als zulässiger Maßstab für die direkten Steuern, EuZW 2008, 424-428.
- Tiedtke, Klaus/Mohr, Martin*, Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten, DStZ 2008, 429- 442.
- Tipke, Klaus (Begr.)/Lang, Joachim (Hrsg.)*, Steuerrecht, Kommentar, 24. Auflage, Köln 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht).
- Tippelhofer, Martina/Lohmann, Adrian*, Niederlassungsfreiheit vs. Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern – Zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rechtssache Burda (C-284/06), IStR 2008, 857-864.
- Van Lishaut, Ingo*, Reform der Konzernbesteuerung (II), FR 2009, 1030-1037.
- Vogel, Klaus (Begr.)/Lehner, Moris/Ismer, Roland (Hrsg.)*, Doppelbesteuerungsabkommen, Kommentar, 7. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Vogel/Lehner/Ismer).
- Vögele, Alexander/Borstell, Thomas/Bernhardt, Lorenz*, Verrechnungspreise, 5. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Vögele/Borstell/Bernhardt).



- von Brocke, Lidl Belgium und die praktischen Folgen, DStR 2008, 2201-2204.
- Wangler, Clemens/Gühne, Thomas, Inländische Nutzung ausländischer Betriebsstättenverluste, FR 2010, 1113-1120.
- Watrin, Christoph/Riegler, Fabian, Der Begriff der Betriebsstätte und seine Bedeutung für die Begründung von Besteuerungsansprüchen, WiSt 2018, 12-17.
- Watrin, Christoph/Wittkowski, Ansa/Lindscheid, Friederike, EuGH: Keine Sofortverrechnung ausländischer Betriebsstättenverluste - Das Urteil in der Rs. Lidl Belgium aus betriebswirtschaftlicher Sicht, IStR 2008, 637- 642.
- Weerth, Jan, Abzugsfähigkeit von Betriebsstättenverlusten aus anderem EU-Mitgliedsstaat bei DBA-Freistellung, Anm. zum EuGH-Urt. v. 15.5.2008 - Rs. Lidl Belgium, IStR 2008, 405- 406.
- Weger, Martin, Verbot der Verrechenbarkeit von EU-Betriebsstättenverlusten über die Grenze - EuGH locuta, causa finita? - Zugleich Besprechung von EuGH, RIW 2008, 840 - Lidl Belgium & Co.KG/Finanzamt Heilbronn, RIW 2008, 600-606.
- Weiten, Philipp, (Finale) Verluste aus ausländischen EU/ EWR-Direktinvestitionen - Eine Untersuchung zur inländischen Berücksichtigung ausländischer Verluste aus deutscher Steuerperspektive, Aachen 2015 (zitiert: Weiten, (Finale) Verluste).
- Wernsmann, Rainer, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im Konzern, FR 2006, 153-156.
- Wienbracke, Mike, Grundwissen Europarecht, München 2018.
- Wittkowski, Ansa/Hielscher, Stephan, Vorsicht Falle: Wie leicht Betriebsstätten im Ausland entstehen und was das steuerlich bedeutet, BC 2013, 482-485.
- Wittkowski, Ansa/Lindscheid, Friederike, Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste nach dem JStG 2009, IStR 2009, 225-230.

## Rechtsprechungsverzeichnis

### Gerichtshof der Europäischen Union

Urt. v. 13.12.2005	C-446/03 – Marks & Spencer	DStR 2005, 2168
Urt. v. 15.5.2008	C-414/06 – Lidl Belgium	DStR 2008, 1030 IStR 2008, 400 mit Anm. Englisch, 404f. u. Weerth, 405ff.
Urt. v. 17.12.2015	C-388/14 – Timac Agro	DStR 2016, 28
Urt. v. 12.6.2018	C-650/16 – Bevola & Trock	DStR 2018, 1353
Urt. v. 19.6.2019	C-608/17 – Holmen	DStR 2019, 1345
Urt. v. 19.6.2019	C-607/17 – Memira Holding	IStR 2019, 597 mit Anm. Heckerodt, 600ff.
Urt. v. 3.2.2015	C-172/13 – Kommission/Vereinigtes Königreich	DStR 2015, 337
Urt. v. 21.2.2013	C-123/11 – A Oy	DStR 2013, 392 mit Anm. Hruschka, 396f.
Urt. v. 23.10.2008	C- 157/07 – KR Wannsee	IWB 2008, 1109

Urt. v. 7.11.2013	C-322/11 – K	IStR 2013, 913 mit Anm. <i>Beneck/Staats</i> , 919ff.
Urt. v. 17.7.2014	C-446/03 – Nordea Bank	IStR 2014, 563 mit Anm. <i>Mitschke</i> , 565ff.
Urt. v. 25.2.2010	C-337/08 – X Holding	IStR 2010, 213 mit Anm. <i>Englisch</i> , 215ff.
Urt. v. 18.7.2007	C-231/05 – Oy AA	IStR 2007, 631 mit Anm. <i>Rainer</i> , 635ff.
Urt. v. 7. 9. 2006	C-470/04 - N	DStR 2006, 1691
Urt. v. 12.9.2006	C-196/04 - Cadbury Schweppes	IStR 2006, 670 mit Anm. <i>Körner</i> , 675
Urt. v. 30.6.2011	C-262/09 – Meilicke II	DStR 2011, 1262
Urt. v. 01.07.2014	C-573/12, Ålands Vindkraft	EU:C:2014:2037
Urt. v. 8.11.2012	C-244/11, Kommission/ Griechenland	EuZW 2013, 29 mit Anm. <i>Tountopoulos</i> , 32ff.

### Schlussanträge

Schlussanträge GA <i>Kokott</i> v. 19.7.2012	C-123/11 - A Oy	IStR 2012, 618 mit Anm. <i>Schnitger</i> , 624ff. u. <i>Mitschke</i> , 626ff.
Schlussanträge GA <i>Maduro</i> v. 7.4.2005	C-446/03 - Marks & Spencer	ECLI:EU:C:2005:201
Schlussanträge GA <i>Sánchez-Bordona</i> v. 17.1.2018	C-650/16 - Bevola	ECLI:EU:C:2018:15
Schlussanträge GA <i>Sharpston</i> v. 14.2.2008	C-414/06 - Lidl Belgien	IStR 2008, 183 mit Anm. <i>Benecke/Staats</i> , 62ff.
Schlussanträge GA <i>Kokott</i> v. 23.10.2014	C-172/13 - Kommission/Vereinigtes Königreich	IStR 2014, 855 mit Anm. <i>Benecke/Staats</i> , 862ff.
Schlussanträge GA <i>Geelhoed</i> v. 23.2.2006	C-374/04 - ACT Group Litigation	ECLI:EU:C:2006:139
Schlussanträge GA <i>Mengozzi</i> v. 21.3.2013	C-321/11 - K	ECLI:EU:C:2013:183

### Bundesfinanzhof

Urt. v. 17.7.2008	I R 84/04	IStR 2008, 704 mit Anm. <i>KB</i> , 705
Urt. v. 3.2.2010	I R 23/09	IStR 2010, 370
Urt. v. 9.6.2010	I R 100/09	IStR 2010, 670 mit Anm. <i>Mitschke</i> , 672
Urt. v. 9.6.2010	I R 107/09	IStR 2010, 663 mit Anm. <i>Benecke</i> , 668ff.

Urt. v. 5.2.2014	I R 48/11	IStR 2014, 377 mit Anm. <i>Mitschke</i> , 381 ff., DStR 2014, 837
Urt. v. 22.9.2015	I B 83/14	BFH/NV 2016, 375= BeckRS 2016, 94154.
Urt. v. 22.2.2017	I R 2/15	IStR 2017, 490 mit Anm. <i>Kippenberg</i> , 496f. u. <i>Jung/Mielke</i> , 497f.
Beschluss v. 6.11.2019	I R 32/18	DStR 2020, 2354 mit Anm. <i>Wacker</i> , 2363f.
Verfahren ausgesetzt	I R 48/17 I R 17/16 I R 49/17	

### Finanzgerichte

FG Hessen v. 4.9.2018	4 K 385/17	DStR 2018, 2566
FG Münster v. 28.3.2017	12 K 3545/14 G, F	BeckRS 2017, 126388
FG Münster v. 28.3.2017	12 K 3541/14 G, F	DStRE 2018, 789
FG Hamburg v. 6.8.2014	2 K 355/12	DStRE 2015, 1043
FG Schleswig-Holstein v. 13.3.2019	1 K 218/15	DStR 2019, 2304

Abgeschlossen Februar 2022

[www.logos-verlag.de](http://www.logos-verlag.de) unter ‚Zeitschriften‘

[www.w-hs.de/Re](http://www.w-hs.de/Re)

URN: [urn:nbn:de:hbz:1010-opus4-40909](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:1010-opus4-40909) ([www.nbn-resolving.de](http://www.nbn-resolving.de))

URL: <https://whge.opus.hbz-nrw.de/frontdoor/index/index/docId/4090>

**Impressum:** Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10,  
D - 45665 Recklinghausen, [www.w-hs.de/wirtschaftsrecht](http://www.w-hs.de/wirtschaftsrecht)



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

**logos**

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH  
Georg-Knorr-Str. 4, Gebäude 10  
D-12681 Berlin  
<http://www.logos-verlag.de>