

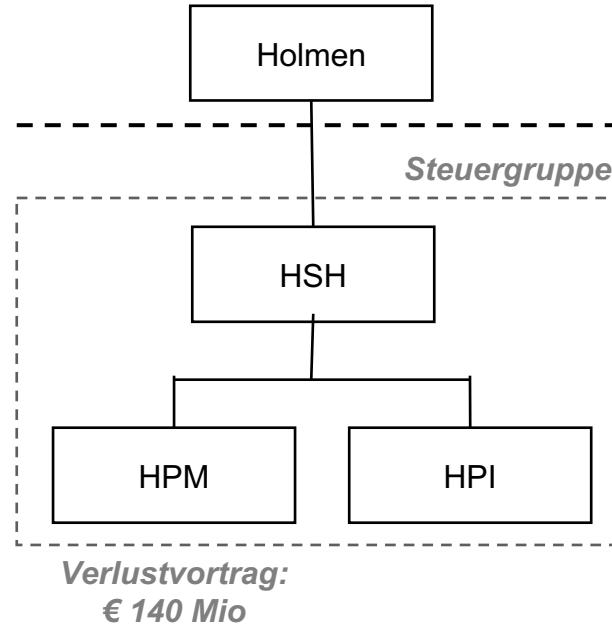
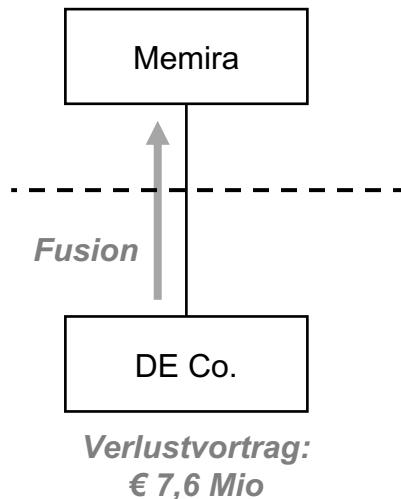
UPDATE ZUM ABZUG FINALER AUSLÄNDISCHER VERLUSTE NACH *MEMIRA* UND *HOLMEN*



Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LL.M. (NYU)

PwC Wissenschaftlicher Beirat, 2. Oktober 2019

MEMIRA UND HOLMEN | FAKTEN



EuGH 19. Juni 2019, C-607/17, **Memira Holding AB**, EU:2019:510 (Schlussanträge GA Kokott vom 10. Januar 2019)

EuGH 19. Juni 2019, C-608/17, **Holmen**, EU:2019:511 (Schlussanträge GA Kokott vom 10. Januar 2019)

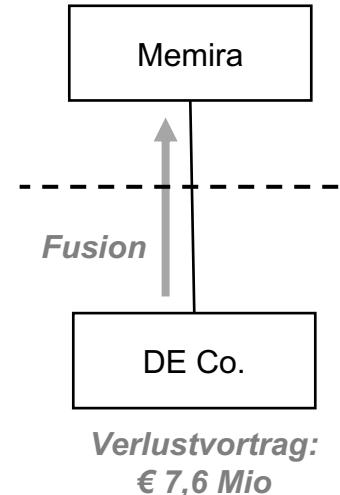
MARKS & SPENCER | AUSNAHME

- EuGH 13. Dezember 2004, C-446/903, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, Rn. 55:

- 55 Der Gerichtshof ist insoweit der Auffassung, dass die im Ausgangsverfahren streitige beschränkende Maßnahme dann über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die verfolgten Ziele im Wesentlichen zu erreichen, wenn
- die gebietsfremde Tochtergesellschaft die im Staat ihres Sitzes für den von dem Abzugsantrag erfassten Steuerzeitraum sowie frühere Steuerzeiträume vorgesehenen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat, gegebenenfalls durch Übertragung dieser Verluste auf einen Dritten oder ihre Verrechnung mit Gewinnen, die die Tochtergesellschaft in früheren Zeiträumen erwirtschaftet hat, und
 - 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.

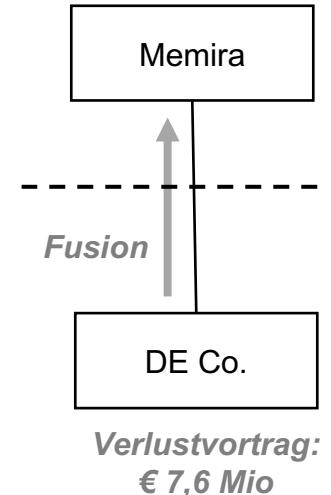
MEMIRA | ÜBERBLICK

- EuGH 19. Juni 2019, C-607/17, **Memira Holding AB**, EU:2019:510 (Schlussanträge AG Kokott vom 10. Januar 2019)
- Die Vorlagefragen laufen darauf hinaus, ob die Verluste deshalb „final“ („definitiv“, „endgültig“) sind, weil eine Verschmelzung in Deutschland zum Verlustuntergang führt.
 1. Ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein Verlust einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft im Sinne etwa des Urteils vom 21. Februar 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), endgültig ist und die Muttergesellschaft somit nach Art. 49 AEUV diesen Verlust abziehen darf, relevant, dass gemäß den im Mitgliedstaat der Tochtergesellschaft geltenden Regelungen für andere Rechtssubjekte, die mit der Gesellschaft, bei der die Verluste entstanden sind, nicht identisch sind, die Möglichkeit zum Verlustabzug beschränkt ist?
 2. Sollte eine Beschränkung im Sinne von Frage 1 relevant sein, ist dann zu berücksichtigen, ob es im konkreten Fall im Mitgliedstaat der Tochtergesellschaft tatsächlich noch ein anderes Rechtssubjekt gibt, das einen Verlustabzug hätte vornehmen können, wenn dies dort zulässig wäre?
- Siehe zu Frage „finaler Verluste“ bei einer Verschmelzung bereits EuGH, 21. März 2013, C-123/11, **A Oy**, EU:C:2013:84



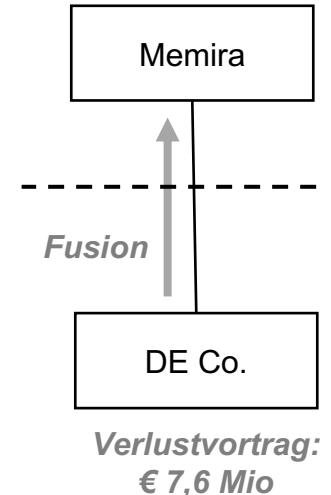
MEMIRA | SCHLUSSANTRÄGE

- Schlussanträge GA Kokott vom 10. Januar 2019
 - Ungleichbehandlung und Vergleichbarkeit im Lichte von *Timac Agro* (C-388/14) und *Bevola* (C-650/16) → ✓
 - **Vorlagefrage 1:** Relevanz der fehlenden Verlustübertragung im Wege einer Fusion nach den Regeln des Staates der einbringenden Gesellschaft
 - *Vermeidung doppelter Verlustverwertung* → ~ (faktisch fraglich, ob die deutsche Tochtergesellschaft angesichts vorhandener liquider Mittel alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat)
 - Ausgewogene *Aufteilung der Besteuerungsrechte* → ✓
 - **Argument 1:** Steuerautonomie der Mitgliedstaaten
 - Ausschluss des Verlustübertrags durch Fusion im deutschen Recht führt nicht zur Endgültigkeit
 - Ein vortragsfähiger Verlust ist nicht final und wird auch später nicht final, wenn aufgrund Liquidation ein weiterer Verlustvortrag ausscheidet (Hinweis auf C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*)
 - Kein Wahlrecht des Steuerpflichtigen, wo die Verluste genutzt werden können



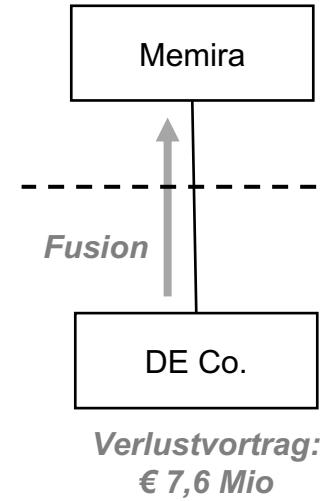
MEMIRA | SCHLUSSANTRÄGE

- Schlussanträge AG Kokott 10. Januar 2019
 - Ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsrecht → ✓
 - *Argument 2:* Differenzierung zwischen faktischer und rechtlicher Finalität? → Gibt es bei Gesellschaften überhaupt rechtlich verwertbare Verluste, die faktisch nicht verwertbar sind? → Immer faktische Möglichkeit der Übertragung/Verkauf an einen Dritten (Einpriesung der Verluste), wenn auch rechtlich möglich (also zB Mantelkaufregeln nicht greifen). Umgekehrt: Verlustuntergang basiert entweder auf der Rechtsordnung des Mitgliedsstaates (Ausschluss Verlustübergang) oder auf der freien Entscheidung des Steuerpflichtigen, nicht zu verkaufen, sondern zu liquidieren/verschmelzen. → = *Antwort auf Frage 2*
 - *Argument 3:* Memira ≠ Betriebsstätten iSv Bevola, bei denen das Leistungsfähigkeitsprinzip im Vordergrund steht.
 - *(Hilfs)Argument 4:* Berücksichtigung eines „fairen Binnenmarktes“ („BEPS-Debatte“) → Wäre eine Verlustverwertung in Schweden möglich, wären die „deutschen Verluste“ eine viel geringere Belastung als für einen inländischen Konkurrenten (Wettbewerbsvorteil für auslandsbeherrschte Konzerne)



MEMIRA | SCHLUSSANTRÄGE

- Schlussanträge AG Kokott 10. Januar 2019
 - **Vorlagefrage 2:** Relevanz der konkreten Fusionsmöglichkeiten im Konzern → X
 - **Argument 1:** Irrelevant, weil es rechtlich verwertbare, aber faktisch nicht verwertbare Verluste nicht geben kann
 - **Argument 2:** Irrelevant, weil nach der Rechtsprechung (zB C-446/03, *Marks & Spencer*) auch die Verwertbarkeit durch einen „Dritten“ (und nicht bloß durch eine konzernzugehörige Person) die „Endgültigkeit“ ausschließt.

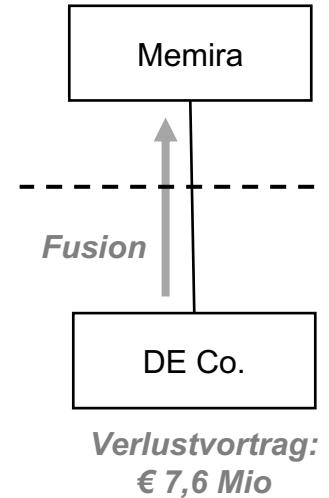


MEMIRA | SCHLUSSANTRÄGE

■ Schlussanträge AG Kokott 10. Januar 2019

■ *Ergebnis:*

1. Art. 49 in Verbindung mit Art. 54 AEUV setzt für eine grenzüberschreitende Verlustverrechnung voraus, dass es rechtlich möglich ist, die Verluste im Sitzstaat der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen, und diese Möglichkeit durch den Steuerpflichtigen wahrgenommen wurde. Unter einer solche Berücksichtigungsmöglichkeit fällt auch eine Realisierung der Verluste im Wege einer Fusion mit einem Dritten oder eine Realisierung im Wege eines Verkaufs der Gesellschaft an einen Dritten.
2. Für dieses Ergebnis ist es irrelevant, ob der Konzern im konkreten Fall noch über weitere Gesellschaften im Mitgliedstaat der Tochtergesellschaft verfügt, auf die ein Verlustübertrag möglich gewesen wäre.

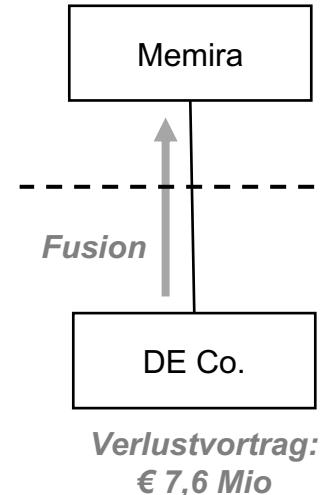


MEMIRA | URTEIL

- EuGH 19. Juni 2019, C-607/17, **Memira Holding AB**, EU:2019:510

- **Vorlagefrage 1:** Relevanz der fehlenden Verlustübertragung im Wege einer Fusion nach den Regeln des Staates der einbringenden Gesellschaft

- 25 Bei einer Fallgestaltung wie der von Memira geplanten wären die Verluste, selbst wenn die Voraussetzungen aller anderen in Rn. 55 des Urteils Marks & Spencer genannten Fälle der Nichtübertragbarkeit vorlägen, selbst dann nicht als endgültig anzusehen, wenn weiterhin eine Möglichkeit besteht, diese Verluste wirtschaftlich durch ihre Übertragung auf einen Dritten zu nutzen.
 - 26 Wie von der Generalanwältin in den Nrn. 65 bis 70 ihrer Schlussanträge ausgeführt, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein Dritter die Verluste der Tochtergesellschaft in deren Sitzstaat steuerlich berücksichtigen kann, etwa nachdem diese gegen einen Preis, der den Wert des in der künftigen Abzugsfähigkeit der Verluste bestehenden Steuvorteils einbezieht, übertragen wurde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Februar 2013, A, C-123/11, EU:C:2013:84, Rn. 52 ff., sowie Urteil vom heutigen Tag, Holmen, C-608/17, Rn. 38).
 - 27 Somit reicht bei einer Fallgestaltung wie der von Memira geplanten, wenn diese nicht nachweist, dass die in der vorstehenden Randnummer genannte Möglichkeit ausgeschlossen ist, allein der Umstand, dass das im Sitzstaat der Tochtergesellschaft geltende Recht die Verlustübertragung bei Fusionen nicht zulässt, nicht aus, um die Verluste der Tochtergesellschaft als endgültig anzusehen.

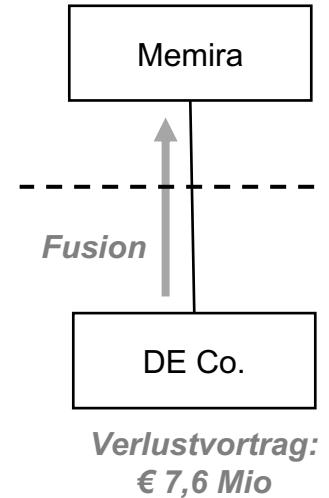


MEMIRA | URTEIL

- EuGH 19. Juni 2019, C-607/17, **Memira Holding AB**, EU:2019:510

- **Vorlagefrage 2:** Relevanz der konkreten Fusionsmöglichkeiten im Konzern

- 30 Insoweit sind, wie auch im Rahmen der Antwort auf die erste Frage ausgeführt, die sich aus dem Recht des Sitzstaats der Tochtergesellschaft für die Übertragung von Verlusten durch Fusion ergebenden Beschränkungen nicht entscheidend, solange die fehlende Möglichkeit einer Berücksichtigung der Verluste bei einem Dritten, etwa nach einer Übertragung gegen einen den steuerlichen Wert dieser Verluste einbeziehenden Preis, von der Muttergesellschaft nicht nachgewiesen wurde.
- 31 Wird dieser Nachweis erbracht und sind die übrigen in Rn. 55 des Urteils Marks & Spencer genannten Voraussetzungen erfüllt, müssen die Finanzbehörden davon ausgehen, dass die Verluste einer gebietsfremden Tochtergesellschaft endgültig sind und es folglich unverhältnismäßig wäre, der Muttergesellschaft die Berücksichtigung dieser Verluste nicht zu gestatten.
- 32 Angesichts dessen kommt es bei der Beurteilung, ob es sich um endgültige Verluste handelt, nicht darauf an, ob es im Sitzstaat der Verluste erwirtschaftenden Tochtergesellschaft andere Rechtssubjekte gab, auf die die Verluste der Tochtergesellschaft durch eine Fusion hätten übertragen werden können, wenn es eine Möglichkeit dazu gegeben hätte.

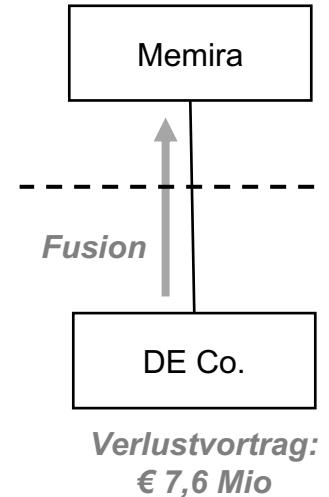


MEMIRA | URTEIL

■ EuGH 19. Juni 2019, C-607/17, *Memira Holding AB*,
EU:2019:510

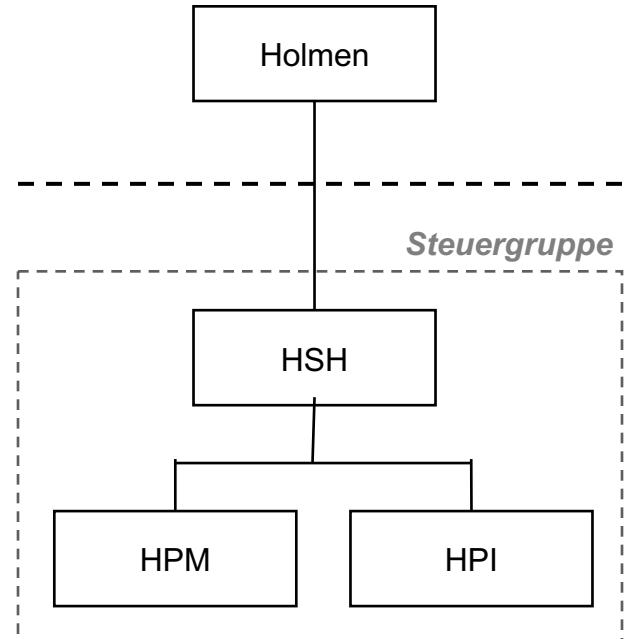
■ **Ergebnis**

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Verluste einer gebietsfremden Gesellschaft im Sinne von Rn. 55 des Urteils vom 13. Dezember 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), endgültig sind, ist der Umstand, dass der Sitzmitgliedstaat der Tochtergesellschaft bei einer Fusion keine Übertragung der Verluste einer Gesellschaft auf einen anderen Steuerpflichtigen zulässt, während der Sitzmitgliedstaat der Muttergesellschaft bei der Fusion inländischer Gesellschaften eine solche Übertragung vorsieht, nicht entscheidend ist, sofern nicht die Muttergesellschaft nachweist, dass es ihr unmöglich ist, diese Verluste, insbesondere durch eine Übertragung, so geltend zu machen, dass sie bei einem Dritten für künftige Zeiträume steuerlich berücksichtigt werden können.
2. Für den Fall, dass der in der ersten Frage genannte Umstand relevant sein sollte, kommt es nicht darauf an, dass es im Sitzstaat der Tochtergesellschaft kein anderes Rechtssubjekt gibt, das die Verluste im Rahmen einer Fusion hätte geltend machen können, wenn dort ein Abzug zulässig gewesen wäre.



HOLMEN | ÜBERBLICK

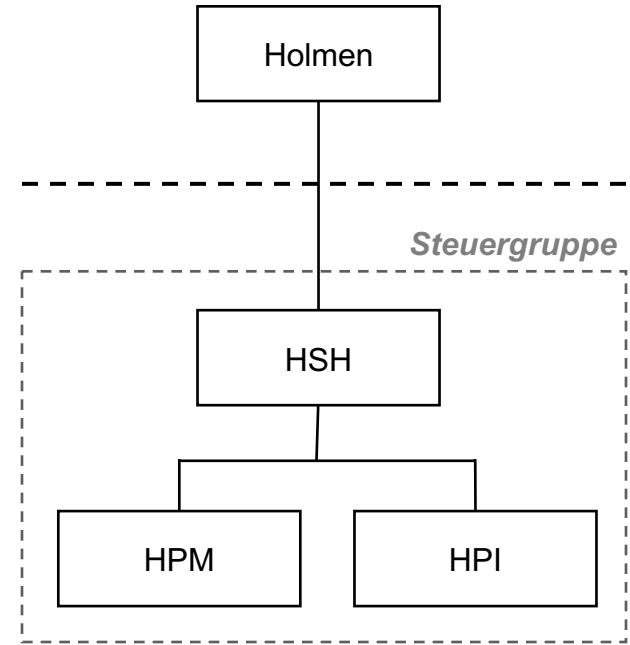
- EuGH 19. Juni 2019, C-608/17, *Holmen*, EU:2019:511 (Schlussanträge AG Kokott vom 10. Januar 2019)
- Die Vorlagefragen laufen darauf hinaus, ob die Verluste auch dann „final“ („definitiv“, „end-gültig“) werden können, wenn es sich um eine indirekt gehaltene Tochtergesellschaft handelt bzw welche Bedeutung Verlustverwertungs-beschränkungen haben:
 1. Setzt die Berechtigung einer Muttergesellschaft in einem Mitgliedstaat – wie sie sich u. a. aus dem Urteil Marks & Spencer ergibt –, aufgrund von Art. 49 AEUV endgültige Verluste einer Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat in Abzug zu bringen, voraus, dass die Tochtergesellschaft von der Muttergesellschaft direkt gehalten wird?
 2. Ist ein Verlust auch insoweit als ein endgültiger Verlust anzusehen, als er aufgrund der Rechtsvorschriften im Sitzstaat der Tochtergesellschaft nicht mit den in einem bestimmten Jahr dort erzielten Gewinnen verrechnet werden konnte, sondern stattdessen vorgetragen wurde, um möglicherweise in einem kommenden Jahr abgezogen werden zu können?
 3. Ist bei der Beurteilung, ob ein Verlust endgültig ist, die Tatsache zu berücksichtigen, dass die Abzugsmöglichkeit eines anderen Beteiligten als desjenigen, bei dem der Verlust entstanden ist, aufgrund der Rechtsvorschriften im Sitzstaat der Tochtergesellschaft beschränkt ist?
 4. Wenn eine Beschränkung wie die in Frage 3 genannte zu beachten ist: Muss berücksichtigt werden, inwieweit die Beschränkung dazu geführt hat, dass ein Teil der Verluste faktisch nicht mit den Gewinnen eines anderen Beteiligten verrechnet werden konnte?



Verlustvortrag:
€ 140 Mio

HOLMEN | SCHLUSSANTRÄGE

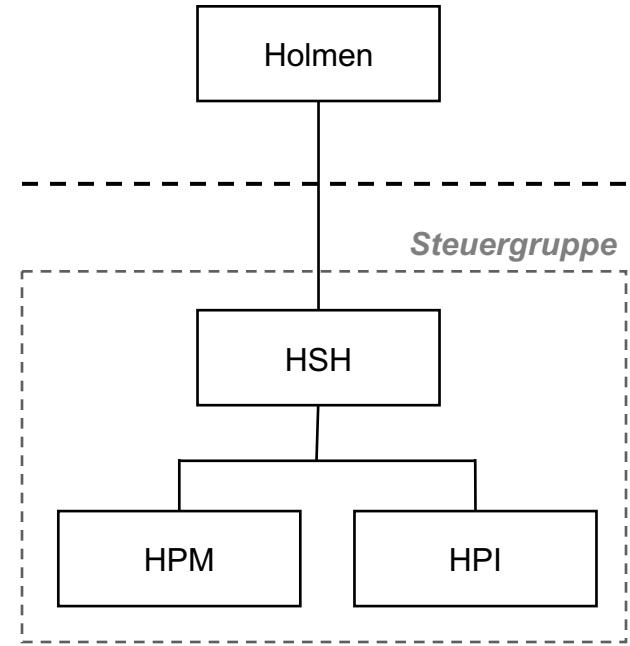
- Schlussanträge AG Kokott 10. Januar 2019
 - Ungleichbehandlung und Vergleichbarkeit im Lichte von *Timac Agro* (C-388/14) und *Bevola* (C-650/16) → ✓
 - Rechtfertigung? → ✓
 - **Vermeidung doppelter Verlustverwertung** → X
(Einstellung sämtlicher wirtschaftlicher Tätigkeiten, Verlustberücksichtigung bei HSH ausgeschlossen)
 - **Berücksichtigung der Steuerautonomie** → ✓
 - **Argument 1:** Rechtlicher Ausschluss von Verlustübertragung an Dritten führt nicht zur „Endgültigkeit“
 - **Argument 2:** Ein vortragsfähiger Verlust ist nicht final und wird auch später nicht final, wenn aufgrund Liquidation ein weiterer Verlustvortrag ausscheidet (Hinweis auf C-172/13, Kommission/Vereinigtes Königreich)



Verlustvortrag:
€ 140 Mio

HOLMEN | SCHLUSSANTRÄGE

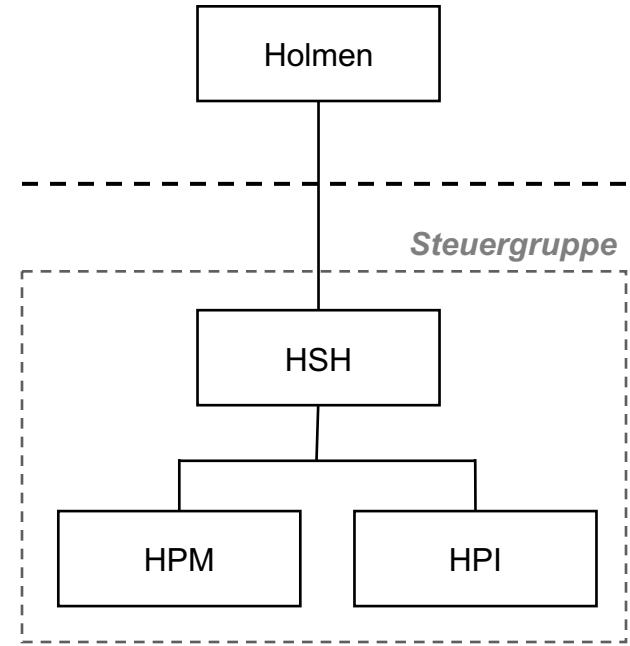
- Schlussanträge AG Kokott 10. Januar 2019
 - *Berücksichtigung der Steuerautonomie* → ✓
 - (*Folge*)Argument 3: Autonomieprinzip steht Berücksichtigung entgegen (konkret ergaben sich die aufgelaufenen Verlustvorträge aus einer spanischen Verlustverwertungsbeschränkung trotz erzielter Gewinne)
 - Argument 4: Differenzierung zwischen faktischer und rechtlicher Finalität? → Immer faktische Möglichkeit der Übertragung/Verkauf an einen Dritten (EINPREISUNG der Verluste), wenn auch rechtlich möglich (also zB Mantelkaufregeln nicht greifen).
 - Argument 5: Holmen ≠ Betriebsstätten iSv Bevola, bei denen das Leistungsfähigkeitsprinzip im Vordergrund steht.
 - (*Hilfs*)Argument 6: Berücksichtigung eines „fairen Binnenmarktes“ („BEPS-Debatte“)



Verlustvortrag:
€ 140 Mio

HOLMEN | SCHLUSSANTRÄGE

- Schlussanträge AG Kokott 10. Januar 2019
 - **Vorlagefrage 1 (mittelbare Beteiligung)**
 - Keine stillschweigende Anerkennung in C-446/03, *Marks & Spencer*
 - Vorrang einer Verlustverrechnung mit der unmittelbaren Muttergesellschaft zur Vermeidung eines „Wahlrechts“ des Steuerpflichtigen und zur Vermeidung einer doppelten Verlustverwertung in Drei-Staaten-Verhältnissen
 - **Vorlagefrage 2 (spanische Verlustverrechnungsbeschränkung)** → Ein „lediglich“ vorgetragene Verlust ist kein finaler Verlust, auch wenn er aufgrund einer Verlustausgleichsbeschränkung nicht mit früheren Gewinnen verrechnet werden konnte.
 - **Vorlagefragen 3 und 4 (Abzugsfähigkeit bei Dritten)** → Keine finalen Verluste, wenn für die Enkelgesellschaft die Möglichkeit der Verlustübertragung auf einen Dritten besteht. Es kommt nicht darauf an, ob Dritte den Verlust im konkreten Fall auch effektiv verwenden konnten.



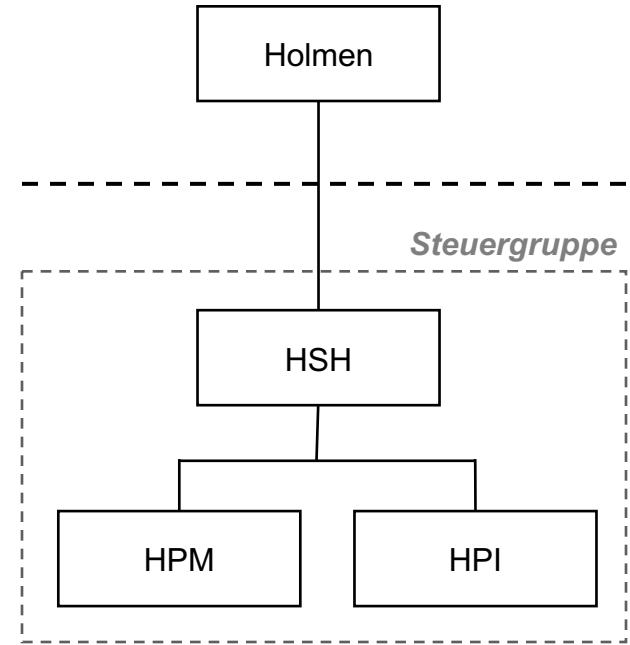
Verlustvortrag:
€ 140 Mio

HOLMEN | SCHLUSSANTRÄGE

■ Schlussanträge AG Kokott 10. Januar 2019

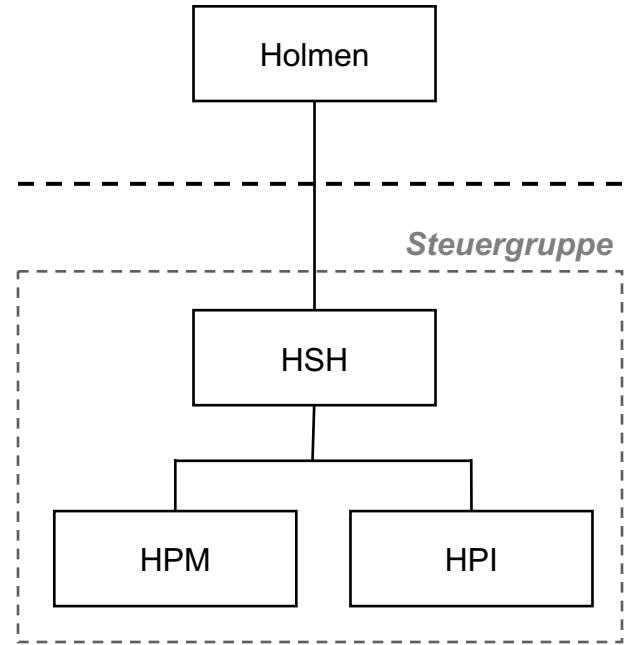
■ *Ergebnis:*

1. Art. 49 in Verbindung mit Art. 54 AEUV setzt für eine grenzüberschreitende Verlustverrechnung bei der Muttergesellschaft voraus, dass die defizitäre Tochtergesellschaft direkt gehalten wird.
2. Der „lediglich“ vorgetragene Verlust ist nicht als sogenannter finaler Verlust zu betrachten, auch wenn er aufgrund einer Verlustausgleichsbeschränkung im Staat der Tochtergesellschaft nicht mit früheren Gewinnen verrechnet werden konnte.
3. Für die Betrachtung der Finalität von Verlusten einer Enkelgesellschaft ist auch die Möglichkeit der Übertragung und Verrechnung von Verlusten auf Dritte und damit auch auf ihre Muttergesellschaft (bzw. weitere konzernzugehörige Gesellschaften) in diesem Mitgliedstaat mit einzubeziehen. Ob deren Abzugsmöglichkeiten beschränkt sind, ist allein für die Frage nach deren „finalen“ Verlusten entscheidend.



HOLMEN | URTEIL

- EuGH 19. Juni 2019, C-608/17, *Holmen*, EU:2019:511
 - **Vorlagefrage 1 (mittelbare Beteiligung)**
 - **Variante 1** → Tochter- und Enkelgesellschaft in unterschiedlichen Mitgliedstaaten → Erfordernis einer unmittelbaren Verbindung selbst bei Finalität nicht unverhältnismäßig (Verhinderung einer Wahlmöglichkeit)
 - **Variante 2** → Tochter- und Enkelgesellschaft i, selben Mitgliedstaat → Erfordernis einer unmittelbaren Verbindung wäre mangels Wahlmöglichkeitsrisikos unverhältnismäßig.

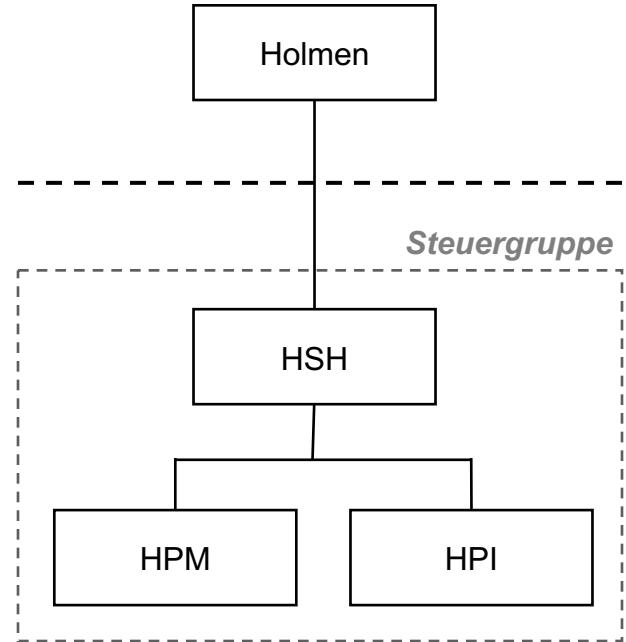


HOLMEN | URTEIL

- EuGH 19. Juni 2019, C-608/17, *Holmen*, EU:2019:511

- **Vorlagefrage 3 (Abzugsfähigkeit bei Dritten)**

- ³⁷ Folglich wären bei einer Fallgestaltung wie der von Holmen geplanten die Verluste, selbst wenn die Voraussetzungen aller anderen in Rn. 55 des Urteils Marks & Spencer genannten Fälle der Nichtübertragbarkeit gegebenenfalls vorlägen, auch dann nicht als endgültig anzusehen, wenn weiterhin eine Möglichkeit besteht, diese Verluste wirtschaftlich zu nutzen, indem sie vor dem Abschluss der Abwicklung auf einen Dritten übertragen werden.
 - ³⁸ Wie von der Generalanwältin in den Nrn. 57 bis 63 ihrer Schlussanträge ausgeführt, kann nämlich nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein Dritter die Verluste der Tochtergesellschaft in deren Sitzstaat steuerlich berücksichtigen kann, etwa nachdem diese gegen einen Preis, der den Wert des in der künftigen Abzugsfähigkeit der Verluste bestehenden Steuervorteils einbezieht, übertragen wurde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Februar 2013, A, C-123/11, EU:C:2013:84, Rn. 52 ff., sowie Urteil vom heutigen Tag, Memira Holding, C-607/17, Rn. 26).
 - ³⁹ Somit reicht bei einer der von Holmen geplanten Fallgestaltungen, wenn sie nicht nachweist, dass die in der vorstehenden Randnummer genannte Möglichkeit ausgeschlossen ist, allein der Umstand, dass das im Sitzstaat der Tochtergesellschaft geltende Recht im Jahr der Abwicklung keine Verlustübertragung zulässt, nicht aus, um die Verluste der Tochter- oder der Enkelgesellschaft als endgültig anzusehen.

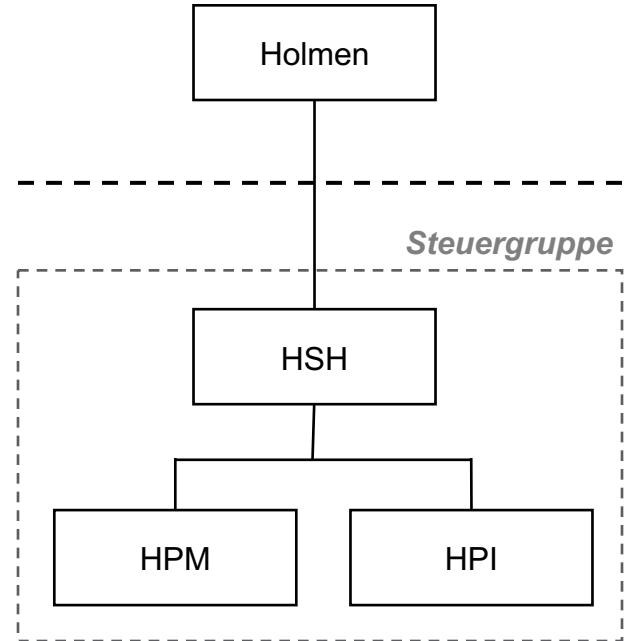


HOLMEN | URTEIL

- EuGH 19. Juni 2019, C-608/17, *Holmen*, EU:2019:511

- **Vorlagefragen 2 und 4 (spanische Verlustverrechnungsbeschränkung)**

- ⁴² Insoweit sind, wie auch im Rahmen der Antwort auf die dritte Frage ausgeführt, jegliche sich aus dem Recht des Sitzstaats der Tochtergesellschaft für die Übertragung von Verlusten ergebenden Beschränkungen nicht entscheidend, solange die fehlende Möglichkeit einer Geltendmachung der Verluste durch einen Dritten, insbesondere nach einer Übertragung gegen einen den steuerlichen Wert dieser Verluste einbeziehenden Preis, nicht von der Muttergesellschaft nachgewiesen wurde.
 - ⁴³ Wird dieser Nachweis erbracht und sind die übrigen in Rn. 55 des Urteils Marks & Spencer genannten Voraussetzungen erfüllt, müssen die Finanzbehörden davon ausgehen, dass die Verluste einer gebietsfremden Tochtergesellschaft endgültig sind und es folglich unverhältnismäßig wäre, der Muttergesellschaft die Berücksichtigung dieser Verluste nicht zu gestatten.
 - ⁴⁴ Angesichts dessen kommt es für die Beurteilung der Frage, ob die Verluste endgültig sind, nicht darauf an, inwieweit die Möglichkeiten der verlustbringenden Gesellschaft zum Vortrag dieser Verluste beschränkt waren und inwieweit die Möglichkeiten anderer auch im Sitzmitgliedstaat der verlustbringenden Tochtergesellschaft ansässiger Rechtssubjekte desselben Konzerns, sich Verluste der Tochtergesellschaft übertragen zu lassen, beschränkt waren.



**Verlustvortrag:
€ 140 Mio**

FOLGERUNGEN | EUGH VS. GA

Thema	EuGH	GA
Bloßes faktisches Untergehen von Verlusten durch Liquidation oder Fusion macht diese „endgültig“?	✗	✗
Abstrakte Möglichkeit der Übertragung auf Dritte schließt Endgültigkeit aus? (= Wirtschaftliche Nutzung auf Ebene der Muttergesellschaft durch Verkauf.)	✓	✓
Ein Verlust kann aber dann endgültig sein, wenn dieser rechtlich nicht auf den Erwerber übergehen kann? (Da dieser dann auch wirtschaftlich nicht realisiert werden kann.)	✓	~/X
Differenzierung zwischen faktischer und rechtlicher Finalität?	~/X	✓
Nur Verluste des letzten Jahres können „final“ werden, nicht aber Verlustvorträge?	~/X	✓
Der Ausschluss mittelbar verbundener Konzerngesellschaften ist stets verhältnismäßig?	~/X	✓

FOLGERUNGEN | KSTR 2013

- Werden vortragsfähige Verluste auch niemals final? → *Kokott versus EuGH?*
- Beispiel aus Österreich:
 - Nachversteuerung finaler Verluste bei Ausscheiden aus der österreichischen Unternehmensgruppe (§ 9 Abs 6 Z 7 öKStG)?
 - Ausgenommen von der Nachversteuerung sind nur Verluste des letzten Besteuerungszeitraums vor Liquidation (Rz 1094 öKStR 2013, unter Hinweis auf C-172/13, *Kommission/Vereinigtes Königreich*)

1094

Im Falle des Untergangs (Liquidation oder Insolvenz) des ausländischen Gruppenmitglieds ist bei tatsächlichem und endgültigem Vermögensverlust der zuzurechnende Betrag um die während der Gruppenzugehörigkeit nicht steuerwirksamen Teilwertabschreibungen zu kürzen. Ein gezieltes Liquidieren ausländischer Gruppenmitglieder (ohne tatsächlichem und endgültigem Vermögensverlust) zur Vermeidung einer Nachversteuerung ist daher nicht möglich. Die Kürzung der Nachversteuerung bei Untergang lehnt sich an die Systematik von [§ 10 Abs. 3 KStG 1988](#) an. Bei Untergang mit tatsächlichem und endgültigem Vermögensverlust erfolgt eine Kürzung des zuzurechnenden (nachzuversteuernden) Betrages um die in der Gruppenzeit nicht steuerwirksamen Teilwertabschreibungen. Die Kürzung hängt nicht davon ab, ob nach [§ 10 Abs. 3 Z 1 KStG 1988](#) in die Steuerwirksamkeit optiert worden ist oder nicht. Der bei Ausscheiden zuzurechnende Betrag kann bis auf höchstens Null gekürzt werden.

Liegen bei einem ausländischen Gruppenmitglied aus dem EU/EWR-Ausland Verluste vor, die im letzten Besteuerungszeitraum (Liquidationszeitraum) vor Abschluss der Liquidation entstanden sind (finale Verluste iSd EuGH Rsp in der Rs [C-172/13](#) vom 3.2.2015, Kommission/Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland), sind diese aus unionsrechtlichen Gründen nicht nachzuversteuern. Der finale Verlust ist daher dem Kürzungsbetrag für die Nachversteuerung gemäß [§ 9 Abs. 6 Z 7 letzter Satz KStG 1988](#) gegenüberzustellen. Der höhere der beiden Beträge ergibt den finalen Kürzungsbetrag für die Nachversteuerung.

FOLGERUNGEN | *FUSIONSRL*

- Die Schlussanträge GA Kokott vom 10. Januar 2019 in *Memira* befassen sich auch mit der *FusionsRL* und kamen zu dem Ergebnis, dass sich aus deren Art 6 „[e]ine Nutzung des in Deutschland vorgetragenen Verlustes für die Zwecke der schwedischen Besteuerung“ jedenfalls nicht ergibt.
- Interessante Aussage zum *Verhältnis zwischen Richtlinienrecht und Grundfreiheiten* → Gültigkeitsfrage als Maßstab im Vorlageverfahren?

23. Da aber das Unionsrecht mit der Fusionsrichtlinie eine eigene Rechtsnorm für die steuerlichen Konsequenzen grenzüberschreitender Zusammenschlüsse von Gesellschaften enthält, ist zunächst diese speziellere Vorschrift zu prüfen (dazu unter Nrn. 25 ff.). Denn der Gerichtshof hat mehrfach entschieden, dass „jede nationale Regelung in einem Bereich, der auf Unionsebene abschließend harmonisiert wurde, anhand der fraglichen Harmonisierungsmaßnahme und nicht anhand des Primärrechts zu beurteilen“ ist.¹⁰

24. Selbst wenn die Fusionsrichtlinie eine solch abschließende Harmonisierung darstellen würde, könnte dies aber nicht verhindern, dass die Richtlinie primärrechtskonform auszulegen und gegebenenfalls inzident auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten zu prüfen wäre. Denn der Gerichtshof hat schon früh entschieden, dass das Verbot von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nicht nur für nationale Maßnahmen, sondern auch für Maßnahmen der Unionsorgane gilt.¹¹ Die Verträge als Primärrecht bleiben „Grundlage, Rahmen und Grenze“¹² aller Rechtsakte der Union. Daher wird, sollte sich aus der Fusionsrichtlinie keine Verlustverrechnung ergeben, anschließend eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zu prüfen sein (dazu unter Nrn. 28 ff.).

VIELEN DANK!

