

steueranwaltsmagazin

Online

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

Redaktion: Jürgen Wagner, LL.M.
Konstanz (verantwortlich)

Dr. Jörg Stalleiken,
Flick Gocke Schaumburg,
Bonn

01 **Editorial**
Wagner

02 **Beiträge**
Spilker **Schätzung der
Besteuerungsgrundlagen**

06 Latrovalis/Link/Schuska **Die Neuregelung
der verschärften Hinzurechnungs-
besteuerung nach § 13 AStG durch das
Mindeststeueranpassungsgesetz**

14 Rolletschke **Die Relevanz der Kenntnis
der Finanzbehörde bei pflichtwidriger
Nichtabgabe einer Steuererklärung**

20 Rozanski/Oonk **Termingeschäfte im
deutschen Steuerrecht – Begriff,
Systematik, Verlustverrechnung**

28 Wagner **Abstimmungen, Mehrheiten und
Protokollierung**

Ausgabe 1/2026
28. Jahrgang

I.

steueranwaltsmagazin 4/2025 war das letzte Heft in gedruckter Form. Wir stellen um auf **steueranwaltsmagazin online**. Nach 142 gedruckten Ausgaben im 27. Jahrgang wurde die Website <https://steuerrecht.org> bearbeitet. Vier Ausgaben **steueranwaltsmagazin online** werden im 28. Jahrgang in gewohnter Form (Editorial und Beiträge) als pdf mit einem newsletter „ausgeliefert“ werden. Vier weitere newsletter werden Sie erhalten, wenn Sie mögen. Newsletter 01/2026 ist vor wenigen Tagen erschienen.

Ihr Team bleibt Ihnen erhalten: Der Unterzeichner sowie *Dr. Jörg Stalleiken* (Bonn) und für die Technik zuständig *Udo Schmallenberg* (Geisenheim).

Alles Weitere auf <https://steuerrecht.org>.

II.

„Wenn Politiker Umfragen wie einen Bestellzettel nutzen, dann sind sie eigentlich in Führungspositionen fehl am Platz.“

Renate Köcher, Institut für Demoskopie, Allensbach, 07.03.2026

III.

„Wir haben gewonnen, aber nicht das, was wir wollten.“, so *Manuel Hagel*, Spitzenkandidat der CDU in Stuttgart. Ein verschrobenes Verständnis von Wahlen, Demokratie und Realität.

Ein schönes Frühjahr wünscht

Ihr

Jürgen Wagner, LL. M.

Red. **steueranwaltsmagazin online**

Sie können der Redaktion Texte, Anregungen und Kritik zum **steueranwaltsmagazin online**, insbesondere zur Aufmachung, zur Themenauswahl und -vielfalt sowie zum steuerrechtlichen „Niveau“ zusenden. Wir schließen nicht aus, geeignete Kritik auch abzdrukken.

Redaktion

Dr. Jörg Stalleiken, Rechtsanwalt, Steuerberater, Bonn (JS)

joerg.stalleiken@fgs.de

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich (JW)

wagner@wagner-vereinsrecht.com

Mitschreibende dieser Ausgabe:

Bettina Spilker, Rechtsanwältin in München; *Stefanie Latrovalis*, Managerin, PricewaterhouseCoopers GmbH, Frankfurt/Düsseldorf; *Mathias Link* und *Frederek Schuska*, beide Rechtsanwälte in Düsseldorf; *Stefan Rolletschke*, Ltd. Regierungsdirektor in Düsseldorf; *Frank Rozanski* und *Lennard Oonk*, beide Rechtsanwälte in Hannover; Rechtsanwalt *Jürgen Wagner*, Rechtsanwalt in Allensbach am Bodensee.

Fachbeirat

Allgemeines Steuerrecht

RA/FAStR **Malte Norstedt**, Dinkgraeve Norstedt Krämer, München; RA/FAStR **Dr. Frank Rozanski**, Hannover; RA/FAStR/StB **Katharina Rogge**, Essen; RA/StB **Dr. Jörg Stalleiken**, Flick Gocke Schaumburg, Bonn/Frankfurt/Berlin; RA **Dr. Martin Geraats**, Meyer-Köring, Bonn; RA/FAStR **Dr. Matthias Söffing**, S&P Söffing, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf/München/Zürich/Paris; RA/FA Erbrecht/FAStR **Dr. Michael Holtz**, Flick Gocke Schaumburg, Bonn

Internationales Steuerrecht

RA/StB **Dr. Mathias Link**, PwC, Düsseldorf; RA/FAStR **Sabine Unkelbach-Tomczak**, equitus.law, Frankfurt a.M.

Steuerstrafrecht

RA/FAStR **Dr. Rainer Spatscheck**, Kantenwein Zimmermann Spatscheck & Partner, München; RA/Dipl. Fw. **Rainer Biesgen**, Wessing Rechtsanwälte, Düsseldorf

Europarecht

RA/FAStR **Prof. Dr. Klaus von Brocke**, Weissach b. München; RA/StB/FAStR **Prof. Dr. Thomas Zacher**, Zacher & Partner, Köln

Impressum

Herausgeber: ARGE Steuerrecht im DAV, Littenstraße 11, 10179 Berlin, Telefon 0 30/72 61 52-0;

Verlag: Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharnstraße 2, 70563 Stuttgart; Tel: 0711/7385-0; Fax: 0711/7385-500, www.boorberg.de

Anfragen gemäß EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit (EU) 2023/988 (General Product Safety Regulation – GPSR) richten Sie bitte an: Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Produktsicherheit, Scharnstraße 2, 70563 Stuttgart; E-Mail: produktsicherheit@boorberg.de

Alle Urheber-, Nutzungsrechte und Verlagsrechte vorbehalten.

Die Zeitschrift erscheint vier Mal im Jahr. Der Bezugspreis ist im Mitgliedsbeitrag enthalten. Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data-Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich.

ISSN 1615-5610

Schätzung der Besteuerungsgrundlagen

Unterschiede im Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren am Beispiel der Umsatzsteuer

Prof. Dr. Bettina Spilker,* Münster

Die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen für die Umsatzsteuer ist nicht nur im steuerlichen Veranlagungsverfahren (§ 162 AO), sondern auch im Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) von erheblicher praktischer Bedeutung. Allerdings gelten in den jeweiligen Verfahren unterschiedliche Zielsetzungen, Verfahrensgrundsätze und Beweismaßstäbe. Der Beitrag analysiert, inwieweit sich dies auf das Schätzungsergebnis auswirkt.

I. Einführung

Nach § 162 Abs. 1 Satz 1 AO hat die Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren die Besteuerungsgrundlagen zu schätzen, soweit sie diese nicht ermitteln oder berechnen kann. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind (§ 162 Abs. 1 Satz 2 AO). Wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der vom Steuerpflichtigen gemachten Angaben zu steuerpflichtigen Einnahmen bestehen oder der Steuerpflichtige trotz Fälligkeit keine Umsatzsteuervoranmeldungen und/oder Umsatzsteuerjahreserklärungen abgegeben hat, hat die Finanzbehörde zwingend zu schätzen (vgl. § 162 AO: „... hat ... zu schätzen“).

Weitere Gründe für die Schätzung sind in § 162 Abs. 2 Satz 2 AO genannt, insbesondere

- wenn der Steuerpflichtige Bücher oder Aufzeichnungen, die er nach den Steuergesetzen zu führen hat, nicht vorlegen kann oder
- wenn die Buchführung oder die Aufzeichnungen mangels ordnungsgemäßer Buchführung der Besteuerung nicht nach § 158 AO zugrundegelegt werden können.

Es kann daher z.B. zur Schätzung der umsatzsteuerlichen Besteuerungsgrundlagen kommen, wenn Ausgangsrechnungen fehlen, Registrierkassendaten nicht gespeichert wurden oder sich die Aufzeichnungen des Unternehmers als unvollständig oder fehlerhaft herausstellen, vorausgesetzt, der objektive Sachverhalt läßt sich nicht (vollständig) aufklären. Formelle Buch-

führungsmängel berechtigen daher nur insoweit zur Schätzung, als sie Anlaß geben, die sachliche Richtigkeit des Buchführungsergebnisses anzuzweifeln.¹

Soweit vorwiegend Bargeschäfte getätigt werden (sog. bargeldintensiver Betrieb), nehmen Mängel der Kassenführung regelmäßig der gesamten Buchführung die Ordnungsmäßigkeit und berechtigen daher zur Schätzung.² Dies gilt umso mehr, wenn die Aufzeichnungen zugleich dazu dienen, die Umsätze entsprechend § 22 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 UStG nach unterschiedlichen Steuersätzen aufzuteilen.³

II. Schätzung im Besteuerungsverfahren

1. Beweislast und Beweismaß

Im Besteuerungsverfahren trägt die Behörde die Beweislast für die sachliche Unrichtigkeit. Beispielsweise kann die Behörde die sachliche Richtigkeit der Buchführung durch Verprobung widerlegen, indem sie vom Wareneinkauf auf den Warenverkauf schließt.

Wenn die Buchführung des Steuerpflichtigen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sachlich unrichtig ist, ist die Behörde zur Schätzung der Besteuerungsgrundlagen befugt.⁴ Bei Verschulden des Steuerpflichtigen (z.B. vorsätzlicher Verletzung der Aufzeichnungspflichten) kann das Beweismaß reduziert sein, so daß überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreicht.

Die Schätzung im Besteuerungsverfahren zielt darauf ab, in einem „Akt wertenden Schlußfolgern“ aus bloßen Anhaltspunkten diejenigen Tatsachen ermittelt werden, die die größtmögliche Wahrscheinlichkeit für sich haben. Das Schätzungsergebnis soll dem wahren Sachverhalt dabei möglichst nahekommen. Die Schätzungsergebnisse müssen dabei schlüssig, wirtschaftlich möglich und vernünftig sein.⁵

* Prof. Dr. Bettina Spilker ist Rechtsanwältin, apl. Professorin an der Universität Münster sowie Salary Partnerin der Kanzlei Kantenwein Spatscheck Widmayer van Bevern, München.

¹ Z.B. BFH, Beschl. v. 14.12.2022 - X R 19/21, DB 2023, 941, Rz. 21.

² Z.B. BFH, Urt. v. 25.03.2015 - X R 20/13, BStBl. II 2015, 743, Rz. 34.

³ BFH, Urt. v. 14.12.2011 - XI R 5/10, BFH/NV 2012, 1921, Rz. 34.

⁴ BFH, Urt. v. 09.08.1991 - III R 129/85, BStBl. II 1992, 55.

⁵ BFH, Urt. v. 24.06.2014 - VIII R 54/10, BFH/NV 2014, 1501, Rz. 23.

2. Schätzungsmethoden und Schätzungsrahmen

Häufige Methoden zur Schätzung von Besteuerungsgrundlagen sind der innere oder externe Betriebsvergleich. Beim - grundsätzlich vorrangigen⁶ - inneren Betriebsvergleich kann eine Schätzung auf der Basis eines Vorjahresvergleichs oder einer Nachkalkulation aufgrund innerbetrieblicher Daten aus den Vorjahren des jeweiligen Betriebes, z.B. Erlösen, Wareneinsatz, Roh- und Reingewinn, erfolgen.

Bei einem externen Betriebsvergleich, insbesondere einem sog. Richtsatzvergleich,⁷ wird der geprüfte Betrieb mit anderen Betrieben verglichen. Dazu gibt die Finanzverwaltung jährlich sog. Richtsatzsammlungen heraus, in denen sie für eine Reihe von Gewerbezeigen Kennzahlen (Richtsätze) zum Rohgewinnaufschlag auf den Wareneinsatz zusammenstellt. Die Kennzahlen werden regelmäßig aus den Betriebsergebnissen von Unternehmen bis mittlerer Größe gewonnen und stellen auf die Verhältnisse eines „normalen“ Richtsatzbetriebs ab.⁸ Unproblematisch ist grundsätzlich, daß diese Datenbanken der Finanzverwaltung nicht allgemein zugänglich sind.⁹ Allerdings hat der BFH jüngst festgehalten, daß die im Einzelfall zu verwendende Datenbank Mindestanforderungen an die Qualität der Datenerfassung erfüllen muß.¹⁰ Aus diesem Grunde bestünden aktuell erhebliche Zweifel, ob die amtliche Richtsatzsammlung in ihrer bisherigen Form noch eine geeignete Grundlage für einen äußeren Betriebsvergleich darstelle.¹¹

Eine Schätzung muß innerhalb einer Bandbreite möglicher Wertansätze (sog. Schätzungsrahmen) erfolgen, wobei auch sog. Unsicherheitszuschläge angesetzt werden können.¹² Dies erfolgt in der Praxis vor allem bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen z.B. bei nachgewiesenen nicht verbuchten Einnahmen oder bei Verwendung einer Manipulationssoftware).¹³

3. Umsatzsteuerrechtsspezifische Aspekte der Schätzung

Auch für die Ermittlung der Umsatzsteuer kann grundsätzlich eine Schätzung vorgenommen werden. Nach dem EuGH ergibt sich die Berechtigung der Steuerverwaltung, die Bemessungsgrundlage zu schätzen, aus Art. 273 MwStSystRL. Danach sind die Mitgliedstaaten berechtigt, weitere Pflichten für Unternehmer vorzusehen, um „eine genaue Erhebung der Steuer sicherzustellen und um Steuerhinterziehung zu vermeiden“.¹⁴ Es sei nach dem EuGH die Aufgabe der zuständigen nationalen Einrichtungen, die Situation wiederherzustellen, die ohne ein solches Verhalten des Steuerpflichtigen, d.h. die fehlende Erklärung des Gesamtumsatzes, bestanden hätte.¹⁵ Die Mitgliedstaaten seien jedoch verpflichtet, bei der Ausübung dieser Befugnis das Unionsrecht und seine allgemeinen Grundsätze, insbes. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der steuerlichen Neutralität, zu beachten.¹⁶

Durch die Regelung über den Vorsteuerabzug soll der Unternehmer vollständig von der im Rahmen seiner gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit geschuldeten oder entrichteten Mehrwertsteuer entlastet werden, sofern seine Tätigkeiten selbst grundsätzlich der Mehrwertsteuer unterliegen.¹⁷ Grundsätzlich folgt daher aus dem Neutralitätsgrundsatz, daß ein Vorsteuerabzug auch bei Hinzuschätzung möglich sein muß.¹⁸ Allerdings steht in der Praxis meist entgegen, daß der Vorsteuerabzug von einer ordnungsgemäßen Rechnung (§§ 14, 14a UStG) abhängt (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UStG) und eine solche im Schätzungsfall nicht vorgelegt werden kann.¹⁹ Die Nachweispflicht kann nach überwiegender Auffassung nicht durch eine Schätzung umgangen werden.²⁰ Eine Ausnahme wird nur dann anerkannt, wenn mit ausreichender Sicherheit bewiesen ist, daß ursprünglich eine ordnungsgemäße Rechnung i.S.d. § 14 UStG vorgelegen hat und später verloren- oder untergegangen ist.²¹

⁶ BFH, Urt. v. 18.06.2025 – X R 19/21, DB 2025, 2542; Koenig/Gercke, 5. Aufl. 2024, AO § 162 Rz. 105.

⁷ BFH, Beschl. v. 08.08.2019 – X B 117/18, BFH/NV 2019, 1219; FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.03.2021 – 3 K 1862/19, EFG 2022, 145, Rev. BFH X R 23/21; FG Hamburg, Urt. v. 13.10.2020 – 2 K 218/18, EFG 2022, 834.

⁸ Koenig/Gercke, 5. Aufl. 2024, AO § 162 Rz. 109; vgl. die Rechenschritte z.B. beim FG Düsseldorf, Beschl. v. 17.08.2004 – 15 V 2626/04, juris, Rz. 6.

⁹ BFH, Urt. v. 18.06.2025 – X R 19/21, DB 2025, 2542.

¹⁰ BFH, Urt. v. 18.06.2025 – X R 19/21, DB 2025, 2542.

¹¹ BFH, Urt. v. 18.06.2025 – X R 19/21, DB 2025, 2542.

¹² BFH, Beschl. v. 13.03.2000 – III B 62/99, BFH/NV 2000, 1119.

¹³ BFH, Beschl. v. 01.12.1998 – III B 78/97, BFH/NV 1999, 741.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 21.11.2018 – C-648/16, ECLI:EU:C:2018:932 – Fontana, UR 2018, 952.

¹⁵ Vgl. i.d.S. EuGH, Urt. v. 05.10.2016 – C-576/15, ECLI:EU:C:2016:740 – Maya Marinova, UR 2016, 925 Rz. 42.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 21.11.2018 – C-648/16, ECLI:EU:C:2018:932 – Fontana, UR 2018, 952 Rz. 35 m.V. auf EuGH, Urt. v. 05.10.2016 – C-576/15, ECLI:EU:C:2016:740 – Maya Marinova, UR 2016, 925 Rz. 43; EuGH, Urt. v. 17.05.2018 – C-566/16, ECLI:EU:C:2018:321 – Vámos, UR 2018, 568 Rz. 41.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 21.11.2018 – C-648/16, ECLI:EU:C:2018:932 – Fontana, UR 2018, 952 Rz. 39; EuGH, Urt. v. 09.07.2015 – C-183/14, ECLI:EU:C:2015:454 – Salomie und Oltean, UR 2015, 594 Rz. 56 f.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 21.11.2018 – C-648/16, ECLI:EU:C:2018:932 – Fontana, UR 2018, 952 Rz. 40.

¹⁹ zB. BFH, Urt. v. 12.06.1986 – V R 75/78, BStBl. II 1986, 721; Pump/Fittkau, UStB 2008, 48; Rüsken in Klein, AO, § 162, Rz. 17; BFH, Urt. v. 16.12.2021 – IV R 2/18, BFH/NV 2022, 313, Rz. 53.

²⁰ Martin, BB 1986, 1021; Koenig/Gercke, 5. Aufl. 2024, AO, § 162 Rz. 95.

²¹ BFH, Beschl. v. 28.12.2001 – V B 148/01, BFH/NV 2002, 682; FG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 20.02.2013 – 2 K 1037/10, EFG 2013, 1715.

III. Schätzung im Umsatzsteuerstrafverfahren

Die Schätzung der Besteuerungsgrundlagen für die Umsatzsteuer im Strafverfahren wegen Umsatzsteuerhinterziehung steht in einem anderen rechtlichen Kontext. Sie dient nicht der Ermittlung des zutreffenden Steuerbetrags im Sinne der materiellen Gleichmäßigkeit der Besteuerung, sondern der Feststellung der Höhe der tatbestandsmäßigen Steuerverkürzung gemäß § 370 AO. Grundvoraussetzung für eine Schätzung im Strafverfahren ist, daß die subjektiven und objektiven Voraussetzungen einer Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 AO mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen.²²

1. Beweislast und Beweismaß

Eine strafrechtliche Verurteilung darf nur auf einer Schätzung beruhen, wenn das Tatgericht „zur vollen Überzeugung“ gelangt ist, daß die tatsächliche Steuerverkürzung in der geschätzten Höhe eingetreten ist. Die Verletzung steuerlicher Mitwirkungspflichten darf hier zu keiner Beweismaßreduzierung führen.²³ Dies wäre mit dem strafprozessualen Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit unvereinbar. Nach dem BGH gilt der strafverfahrensrechtliche Grundsatz *in dubio pro reo* auch für die Feststellung der Höhe der Steuerverkürzung auf dem Schätzungsweg,²⁴ d.h. unüberwindbare Zweifel müssen sich zugunsten des Angeklagten – *in dubio pro reo* – auswirken.²⁵

2. Rückgriff auf Schätzungsergebnisse im Besteuerungsverfahren und notwendige Korrekturen

Das Strafgericht darf nicht Betriebsprüfungs- oder Fahndungsberichte oder das Berechnungsergebnis eines Finanzbeamten übernehmen.²⁶ Vielmehr muß das Ergebnis der Schätzung im Besteuerungsverfahren – beispielsweise durch eine Vernehmung des Steuerverwalters als Zeuge – überprüft²⁷ und rechtlich gewürdigt werden.²⁸

Grundsätzlich kann dazu auf die im Besteuerungsverfahren anerkannten Schätzungsmethoden zurückgegriffen werden. Damit kommt beispielsweise die

Schätzungsmethode des inneren Betriebsvergleichs im Strafverfahren in Betracht, wenn die Wareneinkäufe bekannt sind und lediglich die Rohgewinnaufschläge und auf deren Grundlage die Ausgangsumsätze zu schätzen sind.²⁹ Erweist sich eine konkrete Ermittlung der Wareneinkäufe als nicht möglich, ist es grundsätzlich auch nicht ausgeschlossen, die Besteuerungsgrundlagen – gestützt auf die Richtwerte für Rohgewinnaufschlagssätze aus der Richtsatzsammlung des BMF, z.B. für Cafés und Gaststätten – pauschal zu schätzen.³⁰ Da es sich bei der Anwendung der Richtsätze aber generell um ein eher grobes Schätzungsverfahren handelt und die Sätze auf bundesweite Prüfungsergebnisse zurückgehen, müssen bei dieser Schätzungsmethode die festgestellten Umstände des Einzelfalles, namentlich die örtlichen Verhältnisse und die Besonderheiten des Gewerbebetriebes, besonders in den Blick genommen werden. Im Übrigen sind auch hier die oben aufgezeigten Maßstäbe und Grenzen dieser Methode nach der neueren Rechtsprechung des BFH zu Richtsatzsammlungen zu beachten (vgl. dazu unter II.2).

Problematisch sind steuerliche Hinzuschätzungen und Sicherheitszuschläge bei nicht ordnungsgemäßer Buchführung, da diese mit großen Unsicherheiten behaftet sind und regelmäßig hinreichend konkrete Tatsachengrundlagen entbehren. Demzufolge sind sie strafprozessual nicht ausreichend tatsachenfundiert³¹ und dürfen für das Strafverfahren nicht übernommen werden. Im Strafverfahren muß eine Korrektur der steuerlichen Schätzung in Form von Sicherheitsabschlägen erfolgen.

3. Umsatzsteuerspezifische Besonderheiten der Schätzung im Strafverfahren

Bei der Schätzung im Umsatzsteuerstrafverfahren können *in dubio pro reo* Vorsteuern für Eingangsleistungen, die in Zusammenhang mit verschwiegenen Ausgangsumsätzen entstanden sind, für die Feststellung des Mindestschuldumfangs Berücksichtigung finden.³² Anders als im Besteuerungsverfahren ist die Berücksichtigung von Vorsteuern nicht zwingend von deren Nachweis mittels Rechnungen abhängig.³³

Allerdings gebietet der Zweifelsatz nicht, von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das

²² BGH, Beschl. V. 20.01.2014 – 1 StR 561/13, wistra 2014, 276; BFH, Urt. v. 07.11.2006 – VIII R 81/04, BStBl. II 2007, 364.

²³ BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19, NZWiSt 2021, 275 m. Anm. Madauß.

²⁴ BGH, Urt. v. 15.05.2018 – 1 StR 159/17, wistra 2019, 63.

²⁵ BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19, NZWiSt 2021, 275.

²⁶ Jäger in Klein, AO, 18. Aufl. 2024, § 370, Rz. 96c.

²⁷ Um einen unverhältnismäßigen Untersuchungsaufwand jedoch zu vermeiden, ist es anerkannt, daß eine Schätzung im Ausnahmefall auch anhand repräsentativer Stichproben erfolgen kann, vgl. BGH, Beschl. v. 16.09.2020 – 1 StR 140/20, wistra 2021, 278.

²⁸ Mathes in Pfirmann/Rosenke/Wagner, BeckOK AO, § 162, Rz. 93 m.w.N.

²⁹ BGH, Beschl. v. 17.09.2019 – 1 StR 379/19, NZWiSt 2020, 109; BGH, Beschl. v. 05.09.2023 – 1 StR 207/23, wistra 2024, 128.

³⁰ BGH, Urt. v. 10.07.2019 – 1 StR 265/18, wistra 2020, 154; BGH, Beschl. v. 06.10.2014 – 1 StR 214/14, wistra 2015, 63.

³¹ Madaus, NZWiSt 2021, 275.

³² Gehm, NZWiSt 2012, 408 (409).

³³ Jäger in Klein, AO, 18. Aufl. 2024, § 370, Rz. 96c; BGH, Beschl. v. 07.09.2017 – 1 StR 186/17, wistra 2018, 91.

Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte liefert und die der Sache nach fernliegend sind.³⁴ So kann nicht im Rahmen der Schätzung eine den Feststellungen offensichtlich widersprechende Geschehensvariante unterstellt werden. Dazu hatte der BGH³⁵ über einen Sachverhalt zu entscheiden, bei dem ein Unternehmen Waren in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten an Endverbraucher, u.a. in Deutschland, über Online-Portale verkauft hatte. Ungewiß war, in welchem Ausmaß die Waren in den verschiedenen Mitgliedstaaten verkauft wurden. In dieser Konstellation kann nicht im Schätzungsweg zu Gunsten des Unternehmers angenommen werden, er habe sämtliche Waren in den Mitgliedstaat der Europäischen Union mit dem niedrigsten Umsatzsteuersatz (Luxemburg) geliefert. Denn dies war zum einen nach den vorliegenden tatsächlichen Anhaltspunkten nicht anzunehmen und zum anderen würde sich dann auch kein Anknüpfungspunkt für eine Umsatzbesteuerung in Deutschland ergeben. Denn wären alle Waren nach Luxemburg geliefert worden, läge der Leistungsort wegen Überschreitens der Liefer-schwelle des § 3c Abs. 3 UStG in Luxemburg und nicht in Deutschland (§ 3c Abs. 1, 3 UStG).³⁶ Eine Schätzung ist daher nur auf der Basis von Mindestfeststellungen zu den in Deutschland steuerbaren Umsätzen möglich.³⁷

IV. Fazit

Im Besteuerungsverfahren dient die Schätzung einem steuerlichen Ermittlungsziel, wobei in einem Akt wertenden Schlußfolgerns aus bloßen Anhaltspunkten diejenigen Tatsachen zu ermitteln sind, die die größtmögliche Wahrscheinlichkeit für sich haben. Hingegen dient die Schätzung im Strafverfahren der Feststellung der Höhe der Steuerverkürzung. Hierzu ist sichere Erkenntnis von der Richtigkeit der geschätzten Besteuerungsgrundlagen erforderlich.

Insbesondere bei Betriebsprüfungen, die aufgrund festgestellter Buchführungsfehler in ein Strafverfahren münden, besteht das Risiko einer „Kontamination“ des Strafverfahrens durch ungeprüfte Implementierung der steuerlichen Schätzung.

Für die Verteidigung muß die Schätzung der Besteuerungsgrundlagen kritisch hinterfragt und deren Übertragbarkeit in das Strafverfahren geprüft werden. Für die umsatzsteuerlichen Besteuerungsgrundlagen sind v.a. Sicherheitszuschläge zu korrigieren und Vorsteuern für Eingangsleistungen zu berücksichtigen. Gegebenenfalls sind eigene Berechnungen vorzunehmen und dem Schätzungsergebnis im Strafverfahren entgegenzuhalten.

³⁴ BGH v. 18.08.2015 – 5 StR 78/15, NSTZ-RR 2015, 349, Rz. 9 m.w.N.

³⁵ BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19, NZWiSt 2021, 275.

³⁶ Dann würde es für eine Strafbarkeit wegen Verkürzung deutscher Umsatzsteuer schon an unrichtigen Angaben im Sinne des § 370 Abs.

1 Nr. 1 AO fehlen, weil die Umsätze dann im Bestimmungsland anzumelden gewesen wären und nicht in Deutschland, vgl. BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19, NZWiSt 2021, 275.

³⁷ BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19, NZWiSt 2021, 275.

Die Neuregelung der verschärften Hinzurechnungsversteuerung nach § 13 AStG durch das Mindeststeueranpassungsgesetz

Zugleich Update von Latrovalis/Link, steueranwaltsmagazin 2024, 52 ff.

Stefanie Latrovalis, Rechtsanwältin/Steuerberaterin, LL.M.; Dr. Mathias Link, Rechtsanwalt/Steuerberater, LL.M.; Dr. Frederek Schuska, Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)*

I. Einleitung

Durch das Gesetz zur Anpassung des Mindeststeuergesetzes und zur Umsetzung weiterer Maßnahmen (Mindeststeueranpassungsgesetz - MinStAnpG) vom 22.12.2025 ist die sog. verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung für Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 13 AStG) „entschärft“ worden. War ursprünglich – im Diskussionsentwurf vom 02.12.2024 – noch eine komplette Abschaffung des § 13 AStG vorgesehen, hat sich der Gesetzgeber letzten Endes nur zu einer Reform des § 13 AStG durchgerungen. Ziel des Beitrags ist es, die Grundprinzipien des neugefaßten § 13 AStG darzustellen, auf Abweichungen gegenüber der bisherigen Rechtslage hinzuweisen und anhand von ausgewählten Fallgruppen praxisrelevante Problemstellungen herauszuarbeiten, bei denen weiterhin Klärungsbedarf besteht.

II. Bisherige Rechtslage

§ 13 Abs. 1 und 2 AStG lauteten bislang wie folgt:

§ 13

Beteiligung an Kapitalanlagegesellschaften

(1) Ist ein unbeschränkt Steuerpflichtiger unmittelbar oder mittelbar an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt und bestehen die Einkünfte der Gesellschaft aus Einkünften mit Kapitalanlagecharakter, die einer niedrigen Besteuerung unterliegen (§ 8 Absatz 5), sind diese Einkünfte bei dem unbeschränkt Steuerpflichtigen entsprechend seiner unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung am Nennkapital dieser Gesellschaft steuerpflichtig, auch wenn die Voraussetzungen des § 7 Absatz 1 Satz 1 im Übrigen nicht erfüllt sind. § 7 Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter nicht mehr als 10 Prozent der gesamten Einkünfte, für die die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, betragen und die bei einer Zwischengesellschaft oder bei einem Steuerpflichtigen hiernach außer Ansatz zu lassenden Beträge insgesamt

80.000 Euro nicht übersteigen. Satz 1 gilt bei einer Beteiligung von weniger als 1 Prozent nur, wenn die Einkünfte der ausländischen Gesellschaft ausschließlich oder nahezu ausschließlich aus Einkünften mit Kapitalanlagecharakter bestehen und mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft kein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer Börse in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens oder an einer in einem anderen Staat nach § 193 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 4 des Kapitalanlagegesetzbuchs von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zugelassenen Börse stattfindet.

(2) Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter sind Einkünfte, einschließlich Veräußerungsgewinne, die aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen (ausgenommen Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8) oder ähnlichen Vermögenswerten stammen, es sei denn, der Steuerpflichtige weist nach, daß sie aus einer Tätigkeit stammen, die einer unter § 8 Absatz 1 Nummer 1 bis 6 fallenden eigenen Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft dient.

III. Das neue Beteiligungskonzept des § 13 AStG n.F.

1. Wortlaut der Neuregelung

Durch das MinStAbpG wurde § 13 AStG wie folgt modifiziert:

§ 13

Beteiligung an Kapitalanlagegesellschaften

(1) Sind einem unbeschränkt Steuerpflichtigen allein oder zusammen mit ihm nach § 7 Absatz 3 und 4 Satz 1 nahestehenden Personen am Ende des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft, in dem diese Einkünfte nach dieser Vorschrift erzielt hat, mindestens 10 Prozent der Stimmrechte oder mindestens 10 Prozent

* Stefanie Latrovalis ist Managerin, Dr. Mathias Link ist Partner, Dr. Frederek Schuska ist Senior Manager bei PricewaterhouseCoopers GmbH, Frankfurt a.M. / Düsseldorf.

der Anteile am Nennkapital unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen und bestehen die Einkünfte der Gesellschaft aus Einkünften mit Kapitalanlagecharakter; die einer niedrigen Besteuerung unterliegen (§ 8 Absatz 5), sind diese Einkünfte bei dem unbeschränkt Steuerpflichtigen entsprechend seiner unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung am Nennkapital dieser Gesellschaft steuerpflichtig, wenn die Voraussetzungen des § 7 Absatz 1 Satz 1 im Übrigen nicht erfüllt sind. § 7 Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter nicht mehr als ein Drittel der gesamten Einkünfte, für die die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, betragen und die bei einer Zwischengesellschaft hiernach außer Ansatz zu lassenden Beträge insgesamt 100.000 Euro nicht übersteigen.

(2) Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter sind Einkünfte, einschließlich Veräußerungsgewinne, die aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen (ausgenommen Einkünfte im Sinne des § 8 Absatz 1 Nummer 7 und 8) oder ähnlichen Vermögenswerten stammen, es sei denn, der Steuerpflichtige weist nach, daß sie aus einer Tätigkeit stammen, die einer unter § 8 Absatz 1 Nummer 1 bis 6 fallenden eigenen Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft dient.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich

Hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs der Neufassung des § 13 AStG ist der neu eingefügte § 21 Abs. 8 AStG zu beachten.¹ Danach sind § 13 Abs. 1 und Abs. 3 AStG in der am 24.12.2025 geltenden Fassung erstmalig anzuwenden für die Einkommen- und Körperschaftsteuer für den Veranlagungszeitraum und für die Gewerbesteuer für den Erhebungszeitraum, für den Zwischeneinkünfte hochzurechnen sind, die in einem Wirtschaftsjahr der Zwischengesellschaft oder der Betriebsstätte entstanden sind, das nach dem 31.12.2021 beginnt. Die Änderungen gelten damit erstmals für den Veranlagungs- und Erhebungszeitraum 2022. Die Änderungen werden damit rückwirkend ab Einführung des § 13 AStG aufgrund des ATAD-Umsetzungsgesetzes eingeführt.² Die Einführung der Mindestbeteiligungs-

quote von 10% gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 AStG wird seitens des Gesetzgebers als begünstigend deklariert³, so daß verfassungsrechtlich keine Bedenken gegen die Rückwirkung des Gesetzes bestehen sollten.⁴ Es stellt sich daher die Frage, wie mit Sachverhalten umgegangen werden soll, bei denen die Norm ab 2022 bereits angewendet worden ist und die Voraussetzungen der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung aufgrund der überholten Regelungen einschlägig waren. Es wird vertreten, daß in den Fällen, in denen Unsicherheit herrscht, ob die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung anwendbar ist, eine vorsorgliche Fristverlängerung in Betracht zu ziehen ist.⁵ In anderen Fällen müßte jedenfalls dann, wenn ein Einspruch noch möglich ist oder die Steuerbescheide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 2 AO) stehen, fristgerecht Rechtsmittel eingelegt bzw. Änderungsanträge gestellt werden. Denkbar sind aber Fälle, in denen beides nicht (mehr) möglich ist. Diesbezüglich wären großzügige Übergangsregelungen seitens der Finanzverwaltung hilfreich.⁶

3. Hintergrund der Neuregelung

Durch die Annahme der Regelungen der Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) auf EU-Ebene haben sich die EU-Mitgliedstaaten auf einen Mindeststandard im Zusammenhang mit der Hinzurechnungsbesteuerung geeinigt.⁷ In dessen Zuge ist auch § 13 AStG eingeführt worden, wobei die Regelungen des § 7 Abs. 6 a.F. fortgeführt wurden.⁸ Durch die Regelung soll die Hinzurechnungsbesteuerung dann greifen, wenn keine beherrschende Beteiligung vorliegt und die ausländische Gesellschaft Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt.⁹ Damit sollten Umgehungen durch internationale Beteiligungsstreuung entgegnet werden.¹⁰ Die Norm wurde von Beginn an vor allem in Bezug auf Kleinstbeteiligungen als überschießend kritisiert.¹¹ Es verwundert daher nicht, daß die Norm im zweiten Diskussionsentwurf zum Mindeststeueranpassungsgesetz vom 02.12.2024 ursprünglich abgeschafft werden sollte, weil die ATAD eine solche Regelung nicht vorsehe und die Administrierung für Finanzverwaltung und Steuerpflichtige aufwendig sei.¹² Von der Abschaffung der Norm wurde in der Folgezeit aber wieder Abstand genommen. Für Einkünfte mit Kapitalanlage-

¹ Gesetz zur Anpassung des Mindeststeuergesetzes und zur Umsetzung weiterer Maßnahmen v. 22.12.2025, BStBl. I Nr. 353, S. 19.

² BT-Drs. 21/1865 v. 29.02.2025, S. 68.

³ BT-Drs. 21/1865, S. 67.

⁴ Zum Ganzen *Kirchhof*, DStR 2015, S. 717 ff.

⁵ *Baumgartner*, DB 2025, 2134, 2135.

⁶ Die Finanzverwaltung hatte nach der Neufassung der Hinzurechnungsbesteuerung die Frist zur Abgabe der Feststellungserklärungen und Anzeigen nach § 18 AStG für das Feststellungsjahr 2022 bereits

auf den 31.10.2024 verlängert (BMF v. 18.06.2024 – IV B 5 – S 1365/21/10001 :003, BStBl. I 2024, 983).

⁷ *Baumgartner*, DB 2025, S. 2134.

⁸ BT-Drs. 19/28652 v. 19.04.2021 - ATAD-UmsG, S. 63.

⁹ BT-Drs. 19/28652, a.a.O., S. 63.

¹⁰ BT-Drs. 19/28652, a.a.O., S. 63.

¹¹ *Treusch* in Mann/Staats, BeckOK AStG, 14. Edition, Stand 12/2025, § 13 Rdnr. 27.

¹² *Baumgartner*, DB 2025, 2134.

Charakter wird nunmehr eine Beteiligungsschwelle in das Gesetz aufgenommen. Es sollen nur solche Beteiligungen zu einer Hinzurechnungsbesteuerung führen, durch die dem inländischen unbeschränkt Steuerpflichtigen an der ausländischen Gesellschaft mindestens 10% der Stimmrechte oder mindestens 10% der Anteile am Nennkapital unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen sind. Damit unterliegen Kleinstbeteiligungen zukünftig nicht mehr der Hinzurechnungsbesteuerung. Die dem Steuerpflichtigen zuzurechnenden Stimmrechte oder Anteile am Nennkapital an der ausländischen Gesellschaft sind die sich aus dem jeweils einschlägigen ausländischen Gesellschaftsrecht ggfs. iVm dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung ergebenden Stimmrechte oder Anteile.¹³ Die Neufassung des § 13 AStG soll die Administrierung der Vorschrift sowohl für den Steuerpflichtigen als auch für die Finanzverwaltung deutlich vereinfachen, wobei am ursprünglichen Gesetzeszweck - Bekämpfung von Gestaltungen durch Unterlaufen der Beherrschungskriterien - weiter festgehalten wird.¹⁴ In der Gesetzesbegründung wird in Bezug auf die Zurechnung der Einkünfte ausgeführt, daß diese bei dem unbeschränkt Steuerpflichtigen im Grundsatz entsprechend seiner unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung am Nennkapital erfolgt, oder falls für die Gewinnverteilung nicht das Nennkapital maßgebend ist oder die Gesellschaft kein Nennkapital hat, für die Steuerpflicht der Maßstab für die Gewinnverteilung zu Grunde zu legen sei.¹⁵

4. Erste Auffälligkeiten

Zwar ist in § 13 AStG n.F. einerseits (wie bereits bisher) - anders als in § 7 AStG - nicht von einer „Beherrschung“, sondern von einer „Beteiligung“ sowie von einer Hinzurechnungsquote (ausschließlich) in Bezug auf die unmittelbare und mittelbare Beteiligung am Nennkapital der ausländischen Gesellschaft die Rede, andererseits wird für die Ermittlung der Höhe der Beteiligungsquote nunmehr auf Teile der „Beherrschungsfiktionen“ des § 7 AStG verwiesen. Dies wirft die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen § 7 AStG und § 13 AStG n.F. auf, wenn eine ausländische Gesellschaft Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt, der inländische Steuerpflichtige diese Gesellschaft zwar im Sinne von § 7 AStG „beherrscht“, nicht jedoch an ihrem Nennkapital in relevanter Höhe „beteiligt“ ist (siehe dazu gleich Fall 1). Die Frage wurde bereits bei der ursprünglichen Fassung des § 13 AStG diskutiert und wird weiter relevant bleiben, zumal es Stimmen gibt, die § 13 AStG als *lex specialis* betrachten, mit der

Folge, daß die Hinzurechnungsbesteuerung nach § 7 verdrängt werden würde.¹⁶ Auf diese (und weitere) Themen wollen wir im Folgenden anhand von Fällen näher eingehen. Ein Teil dieser Fälle wurde bereits im Beitrag von Latrovalis/Link in steueranwaltsmagazin 2024, 52 ff. beleuchtet; hier wird zu analysieren sein, ob / inwieweit sich durch die Modifizierung des § 13 AStG Änderungen ergeben.

Zum besseren Verständnis hier auch der relevante Wortlaut des (insoweit unverändert gebliebenen) § 7 AStG:

§ 7

Beteiligung an ausländischer Zwischengesellschaft

(1) **Beherrscht ein unbeschränkt Steuerpflichtiger eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes, die weder Geschäftsleitung noch Sitz im Inland hat und die nicht gemäß § 3 Absatz 1 des Körperschaftsteuergesetzes von der Körperschaftsteuerpflicht ausgenommen ist (ausländische Gesellschaft), sind die Einkünfte, für die diese Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, bei dem unbeschränkt Steuerpflichtigen entsprechend seiner unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung am Nennkapital steuerpflichtig.** Mittelbare Beteiligungen sind für die Steuerpflicht nach Satz 1 unbeachtlich, soweit bei einer die Beteiligung vermittelnden Person hinsichtlich der Beteiligung an dieser ausländischen Gesellschaft eine Hinzurechnungsbesteuerung nach diesem Gesetz oder einer vergleichbaren ausländischen Regelung erfolgt ist und die danach hinzugerechneten Einkünfte dadurch insgesamt keiner niedrigen Besteuerung im Sinne des § 8 Absatz 5 unterliegen. **Ist für die Gewinnverteilung der ausländischen Gesellschaft nicht die Beteiligung am Nennkapital maßgebend oder hat die Gesellschaft kein Nennkapital, so ist für die Steuerpflicht der Einkünfte nach Satz 1 der Maßstab für die Gewinnverteilung zugrunde zu legen.** Die Sätze 1 bis 3 sind auch auf einen beschränkt Steuerpflichtigen anzuwenden, soweit die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar einer inländischen Betriebsstätte des Steuerpflichtigen zuzuordnen ist, durch die eine Tätigkeit im Sinne des § 15 Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes ausgeübt wird.

(2) Eine **Beherrschung** im Sinne des Absatzes 1 liegt vor, wenn dem Steuerpflichtigen allein oder zusammen mit ihm nahestehenden Personen am Ende des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft, in dem diese die Einkünfte nach Absatz 1 erzielt hat (maßgebendes Wirtschaftsjahr), mehr als die Hälfte

¹³ BT-Drs. 21/1865, S. 67.

¹⁴ BT-Drs. 21/1865, S. 67.

¹⁵ BT-Drs. 21/1865, S. 67.

¹⁶ Graf in Gosch, AStG, 1. Aufl. 2025, § 13 Rn. 35.

der Stimmrechte oder mehr als die Hälfte der Anteile am Nennkapital unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen sind oder unmittelbar oder mittelbar ein Anspruch auf mehr als die Hälfte des Gewinns oder des Liquidationserlöses dieser Gesellschaft zusteht.

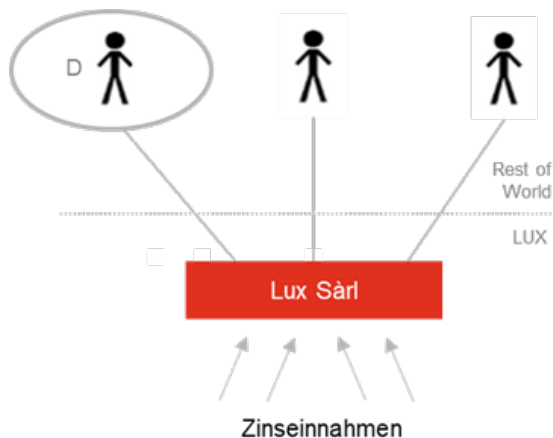
(3) Für Zwecke der §§ 7 bis 12 ist eine Person dem Steuerpflichtigen unter den Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 nahestehend. Eine Personengesellschaft oder Mitunternehmerschaft ist selbst nahestehende Person, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 erfüllt.

(4) Unbeschadet des Absatzes 3 gelten Personen als dem Steuerpflichtigen nahestehend, wenn sie mit ihm in Bezug auf die Zwischengesellschaft durch abgestimmtes Verhalten zusammenwirken. Bei den unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschaftern einer Personengesellschaft oder Mitunternehmerschaft, die an einer Zwischengesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, wird ein Zusammenwirken durch abgestimmtes Verhalten widerlegbar unterstellt.

IV. Analyse relevanter Fallgruppen

1. Beherrschungsquote vs. Hinzurechnungsquote vs. Beteiligungsquote

Fall 1



An einer Luxemburger Sàrl (Kapitalgesellschaft, niedrig besteuert) hält der Steuerinländer D eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Nennkapital von 0,5%, jedoch Stimmrechte von 51%. Die übrigen Gesellschafter sind zu ihm nicht nahestehend. Die Luxemburger Sàrl erzielt ausschließlich Zinserträge aus unmittelbar gehaltenen Zinstiteln.

Lösung:

Nach dem unverändert gebliebenen § 7 Abs. 1 AStG liegt eine Beherrschung weiterhin dann vor, wenn dem Steuerpflichtigen allein oder zusammen mit ihm nahestehenden Personen am Ende des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft, in dem diese die Einkünfte nach § 7 Abs. 1 AStG erzielt hat (maßgebendes Wirtschaftsjahr), mehr als die Hälfte der Stimmrechte oder mehr als die Hälfte der Anteile am Nennkapital unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen sind oder unmittelbar oder mittelbar ein Anspruch auf mehr als die Hälfte des Gewinns oder des Liquidationserlöses dieser Gesellschaft zusteht (§ 7 Abs. 2 AStG). Wie die Verfasser in steueranwaltsmagazin 2024, 52 ff. dargestellt haben,¹⁷ ist eine Beherrschung durch D gegeben. Zwar beherrscht er die Gesellschaft (wegen seiner Stimmrechte) zu 51% (= Beherrschungsquote), ihm sind jedoch (weiterhin) nur 0,5% der Einkünfte hinzuzurechnen (= Hinzurechnungsquote).

Da annahmegemäß Zinseinnahmen erzielt werden, könnte (auch) eine Hinzurechnung nach § 13 AStG n.F. in Betracht kommen. § 13 AStG n.F. ist einschlägig bei Einkünften mit Kapitalanlagecharakter, also Einkünften, die aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder der Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen (vgl. § 13 Abs. 2 AStG n.F.).

§ 13 Abs. 1 S. 1 AStG n.F. erfordert nunmehr, daß dem inländischen unbeschränkt Steuerpflichtigen an der ausländischen Gesellschaft mindestens 10% der Stimmrechte oder mindestens 10% der Anteile am Nennkapital unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen sind. Dem D sind in Fall 1 zwar nur 0,5% des Nennkapitals, aber 51% der Stimmrechte zuzurechnen. Eine Hinzurechnungsbesteuerung käme also grundsätzlich auch nach dem neuen § 13 AStG in Betracht. U.E. hält er somit nämlich eine „Beteiligung“ von mindestens 10% (hier: der Stimmrechte); dies ist seine für die grundsätzliche Anwendung des § 13 AStG erforderliche Beteiligungsquote. Eine Hinzurechnung soll u.E. dann ebenfalls aber nur in Höhe seiner Beteiligung am Nennkapital (hier: 0,5%) erfolgen – dies ist u.E. die hier relevante Hinzurechnungsquote (die seiner Hinzurechnungsquote für Zwecke des § 7 AStG entspricht).

Rangverhältnis zwischen §§ 7 und 13 AStG

Fortsetzung von Fall 1

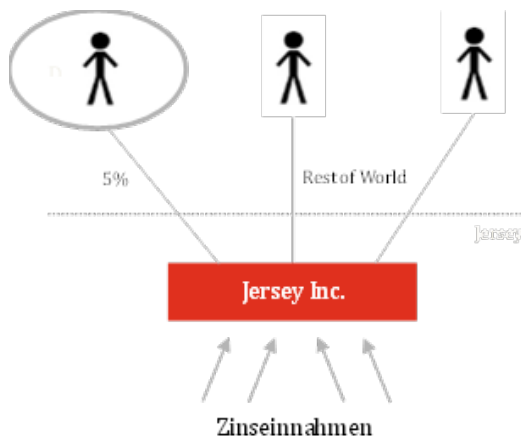
Fraglich ist, wie sich das Verhältnis von § 13 AStG n.F. zu § 7 AStG darstellt. Der Gesetzgeber bestimmt nunmehr, daß § 13 Abs. 1 dann Anwendung findet, „wenn

¹⁷ Vgl. dort Fall 1.

die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 im Übrigen nicht erfüllt sind“. In der vorherigen Fassung hieß es „**auch**, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 im Übrigen nicht erfüllt sind“. Mit der Streichung des Wortes „auch“ soll nach der Gesetzesbegründung keine inhaltliche Änderung einhergehen. Es soll vielmehr dadurch „klargestellt“ werden, daß in Beherrschungsfällen ausschließlich die §§ 7 bis 12 AStG und nicht „auch“ § 13 AStG gilt (BT-Drs 21/1865, S. 67). Damit bestätigt der Gesetzgeber die auch bereits von der Finanzverwaltung dargestellte Auffassung, daß die allgemeine Hinzurechnungsbesteuerung zum Tragen kommt, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind und in diesem Fall für die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung nach § 13 AStG kein Raum mehr bleibe.¹⁸ Die Anwendung des § 13 AStG n.F. wird vorliegend folglich durch § 7 AStG gesperrt. D ist folglich – im konkreten Fall aber ohne inhaltliche Bedeutung – (nur) nach § 7 AStG steuerpflichtig.

2. Hinzurechnung der Beteiligung nahestehender Personen

Fall 2



An der Jersey Inc. (Kapitalgesellschaft, niedrig besteuert) hält der Steuerinländer D eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Nennkapital sowie Stimmrechte von 5%. Die Jersey Inc. erzielt Zinseinkünfte i.S.v. § 13 AStG n.F. D hat einen „Standard“-Gesellschaftsvertrag unterzeichnet (alternativ: Bei der Jersey Inc. handelt es sich um eine börsennotierte Gesellschaft). Die anderen Gesellschafter sind dem D weder nahestehend im Sinne der §§ 7 Abs. 3 i.V.m. 1 Abs. 2 AStG noch kennt er sie überhaupt.

Lösung:

§ 7 AStG

Nach § 7 AStG ist ausreichend, daß ein Steuerinländer (auch wenn er selbst nur 5% hält) die ausländische Gesellschaft zusammen mit ihm nahestehenden Personen beherrscht, d.h. ihm (über diese nahestehenden Personen) mehr als die Hälfte der Stimmrechte, der Anteile am Nennkapital oder des Gewinns oder Liquidationserlöses an der Gesellschaft zuzurechnen sind. Es ist nicht entscheidend, daß es sich bei den nahestehenden Personen um Inländer handelt.

Wie bereits in *Link/Latrovalis, steueranwaltsmagazin* 2024, 52 ff.¹⁹ dargestellt, ist im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, daß die D die Gesellschaft mit den anderen Gesellschaftern „beherrscht“. D und die anderen Gesellschafter sind annahmegemäß nicht „nahestehend“ im Sinne der §§ 7 Abs. 3 i.V.m. 1 Abs. 2 AStG.

Auch wirken sie u.E. nicht durch abgestimmtes Verhalten zusammen, § 7 Abs. 4 AStG. Insbesondere sollte die Tatsache, daß D einen „Standard“-Gesellschaftsvertrag unterschrieben hat, u.E. allein nicht ausreichen, um ein abgestimmtes Verhalten anzunehmen. Auch die Beteiligung an einer börsennotierten Gesellschaft führt u.E. nicht automatisch zu einem Zusammenwirken der Gesellschafter. Für das Vorliegen eines „abgestimmten Verhaltens“ trägt u.E. die Finanzverwaltung die Beweislast²⁰ (zu einer möglichen Beweislastumkehr siehe jedoch nachstehend zu Fall 3).

Mangels Beherrschung der Jersey Inc. durch den D (weder allein noch zusammen mit den anderen Gesellschaftern) sollte für D eine Hinzurechnungsbesteuerung nach § 7 AStG nicht in Betracht kommen.

§ 13 AStG

Fraglich ist allerdings, ob nunmehr nicht die erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung des § 13 AStG n.F. zum Tragen kommen könnte. Diese erfordert nunmehr, daß D allein oder zusammen mit nahestehenden Personen mindestens 10% der Stimmrechte oder mindestens 10% der Anteile am Nennkapital zuzurechnen sind. D selbst hat nur 5% der Stimmrechte und der Anteile am Nennkapital. Entscheidend ist also, ob es sich bei den Mitgesellschaftern des D um diesem „nach § 7 Absatz 3 und 4 Satz 1 nahestehende Personen“ handelt.

Wann eine Person nahestehend ist, richtet sich gemäß § 7 Abs. 3 AStG zunächst nach den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 AStG. Danach ist eine Person unter anderem dann nahestehend, wenn die Person an dem steuerpflichtigen Inländer wesentlich (d.h. zu min-

¹⁸ BMF-Schreiben vom 22.12.2023, Fn. 3, Rn. 712.

¹⁹ Vgl. dort Fall 2 – dort hatte D allerdings eine Beteiligungsquote von 25%.

²⁰ Vgl. Vogt in *Brandis/Heuermann*, § 7 AStG Rn. 136 (Stand: Dezember 2023), Köhler in *Strunk/Kaminski/Köhler*, AStG, § 13, Rn. K5 (Stand: Juli 2022).

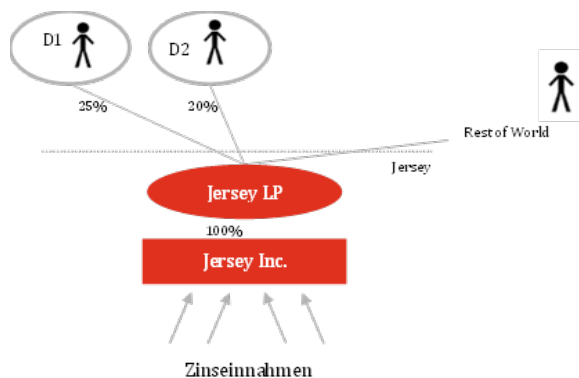
destens 25%) beteiligt ist oder Anspruch auf mindestens ein Viertel des Gewinns oder des Liquidationserlöses hat oder wenn die Person auf den steuerpflichtigen Inländer beherrschenden Einfluß ausüben kann. In Fall 2 gibt es keine Anhaltspunkte dafür, daß es sich bei den Mitgesellschaftern um nahestehenden Person gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 2 AStG n.F. handeln könnte.

Allerdings könnte ein Nahestehen nach § 7 Abs. 4 Satz 1 AStG in Betracht kommen. Danach gelten Personen bereits dann als dem Steuerpflichtigen nahestehend, wenn sie mit ihm in Bezug auf die ausländische Gesellschaft durch „abgestimmtes Verhalten“ zusammenwirken. Von einem solchen abgestimmten Verhalten – für das u.E. auch im Rahmen des § 13 AStG die Finanzverwaltung die Beweislast tragen sollte - ist u.E. jedoch nicht auszugehen, auch nicht durch die Unterzeichnung eines Standard-Gesellschaftsvertrages oder bei einer börsennotierten Gesellschaft (siehe bereits oben).

D erreicht u.E. also auch nicht zusammen mit ihm nahestehenden Personen die Mindestbeteiligungshöhe des § 13 AStG n.F. Eine Hinzurechnungsbesteuerung kommt u.E. somit weder nach § 7 AStG noch nach § 13 AStG n.F. in Betracht.

3. Vorsicht bei Personengesellschaften?

Fall 3



An der Jersey LP (transparente Personengesellschaft) hält der Steuerinländer D1 eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung/Stimmrechte etc. in Höhe von 25%, Steuerinländer D2 von 20%, Steuerinländer D3 von 7,5% und Steuerinländer D4 von 4,9%. Die Jersey LP ist zu 100% an der Jersey Inc. (Kapitalgesellschaft, niedrig besteuert) beteiligt. Die Jersey Inc. erzielt (ausschließlich) Zinseinkünfte i.S.d. § 13 AStG n.F. D1, D2, D3 und D4 haben eine Fondsbeitrittsvereinbarung zur Jersey LP unterzeichnet. Die Gesellschafter sind einander

weder nahestehend im Sinne der §§ 7 Abs. 3 i.V.m. 1 Abs. 2 AStG noch kennen sie sich überhaupt.

Lösung:

§ 7 AStG

Wie die Verfasser bereits in [steueranwaltsmagazin](#) 2024, 52 ff.²¹ dargestellt haben, beherrscht D1 die Jersey Inc.: D1 ist zwar selbst nur zu 25% an der Jersey LP und damit mittelbar auch an der Jersey Inc. beteiligt, allerdings ist die Jersey LP eine ihm nahestehende Person, da D1 zu mindestens einem Viertel an der Jersey LP beteiligt ist (vgl. § 7 Abs. 3 Satz 2 AStG n.F. i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 1a AStG n.F.). Zusammen mit der Jersey LP sind D1 100% und damit mehr als die Hälfte der Anteile am Nennkapital der Jersey Inc. zuzurechnen (= Beherrschungsquote). Gleichwohl sind ihm (nur) 25% der Einkünfte der Jersey Inc. hinzuzurechnen (= Hinzurechnungsquote).

Auch D2, D3 und D4 beherrschen nach dem Gesetzeswortlaut grds. die Jersey Inc. (!): Zwar ist die Jersey LP keine dem D2, dem D3 oder dem D4 nach § 7 Abs. 3 AStG n.F. nahestehende Person, da diese an der Jersey LP nicht jeweils zu mindestens einem Viertel beteiligt sind. Nach § 7 Abs. 4 Satz 2 AStG n.F. wird jedoch widerlegbar unterstellt, daß die Gesellschafter einer Personengesellschaft, die an der Zwischengesellschaft unmittelbar beteiligt sind, in Bezug auf die Zwischengesellschaft durch abgestimmtes Verhalten zusammenwirken. Zwar kann diese Regelvermutung widerlegt werden (sog. Entlastungsbeweis). Daran stellt die Finanzverwaltung jedoch sehr hohe Anforderungen (für weitere Details vgl. [Link/Latrovalis, steueranwaltsmagazin](#) 2024, 52 ff). Gelingt der Entlastungsbeweis nicht, wären die Hinzurechnungsquoten von D2 20%, von D3 7,5% und von D4 4,9%.

Diese Möglichkeit des Entlastungsbeweises stellt die Praxis vor große Schwierigkeiten. Steuerpflichtige sollten große Sorgfalt auf eine entsprechende Dokumentation legen (wobei es denklogisch kaum möglich erscheint, negative Tatsachen wie das „sich nicht Kennen“ zu dokumentieren). Hier bleibt zu hoffen, daß die Finanzverwaltung zukünftig mit Augenmaß agiert. In diese Richtung geht jedenfalls die erst in die finale Fassung des BMF-Schreibens eingegangene Nachweiserleichterung, die u.E. zwar keine gesetzliche Grundlage hat, die Situation aber (deutlich) entschärfen sollte. Relevant wird sie in unserem Beispiel (lediglich) für D4: Nach Auffassung der Finanzverwaltung soll nämlich bei einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung des Steuerpflichtigen an der Personengesellschaft das Zusammenwirken durch abgestimmtes Verhalten regelmäßig widerlegt sein, wenn am Ende des

²¹ Vgl. dort Fall 3 – dort waren die Beteiligungsquoten allerdings wie folgt: D1: 25%; D2: 20%; D3: 4,9%.

Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft eine durchgerechnete Beteiligungshöhe von 5% an der Personengesellschaft nicht überschritten wird und keine besonderen Umstände hinzutreten.²² Dies ist bei D4 der Fall. Für ihn scheidet (mangels Beherrschung) eine Hinzurechnungsbesteuerung nach § 7 AStG daher aus. Für D3 besteht allerdings weiterhin das Damoklesschwert der Beherrschung trotz einer Beteiligung von „nur“ 7,5%.

§ 13 AStG

Bei einer möglichen Anwendung des § 13 AStG n.F. ist wieder die neue (unmittelbare oder mittelbare) Mindestbeteiligungsquote von 10% der Stimmrechte oder der Anteile am Nennkapital zu beachten. Für **D1** und **D2** sind diese Quoten (durchgerechnet) unproblematisch erfüllt, allerdings ist die Hinzurechnungsbesteuerung des § 13 nur subsidiär zu den §§ 7-12 AStG anzuwenden (siehe oben Fall 1).

D3 und **D4** könnten nur zusammen mit nahestehenden Personen die Mindestbeteiligungsquote von 10% erreichen. Für den Begriff der nahestehenden Person verweist § 13 Abs. 1 AStG n.F. jedoch nur auf § 7 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 AStG – **nicht** jedoch auf § 7 Abs. 4 Satz 2 AStG. Damit gilt für die Ermittlung der Beteiligungsschwelle von 10% im Rahmen des § 13 AStG n.F. – anders als für die Beherrschungsschwelle von mehr als 50% im Rahmen des § 7 Abs. 4 AStG – die Regelvermutung des abgestimmten Verhaltens bei der (bloßen) Beteiligung an einer Personengesellschaft **nicht**. Für D3 und D4 bedeutet dies: Die Beweislast für ein abgestimmtes Verhalten liegt – wie bei Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft – bei der Finanzverwaltung. Für ein solches abgestimmtes Verhalten gibt es vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte. Der im Rahmen von § 7 Abs. 4 Satz AStG relevante Entlastungsbeweis ist daher für sie nicht relevant. Eine erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung kommt damit vorliegend weder für D3 noch D4 in Betracht.²³

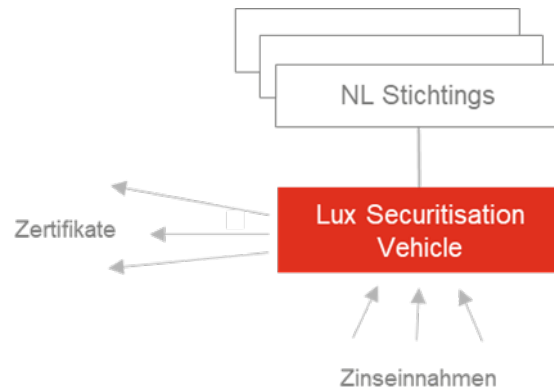
²² BMF-Schreiben vom 22.12.2023, Fn. 3, Rn. 301.

²³ Allerdings würden dem D3, wenn ihm der Entlastungsbeweis nicht gelingt, bereits 7,5% der Zinseinkünfte der Jersey Inc. nach Maßgabe des

§ 7 Abs. 4 Satz 2 AStG zugerechnet. Für D4 kommt es demgegenüber

4. Sonderfall: Orphanisierte Vehikel

Fall 4



Ein Luxemburger Verbriefungsvehikel (orphanisierte Gesellschafterstruktur) emittiert als Fremdkapital ausgestaltete Zertifikate, die die Performance eines Bondportfolios abbilden (Delta 1- Zertifikate). Das Verbriefungsvehikel unterliegt in Luxemburg keiner Ertragsteuer. Die Inhaber der Zertifikate (allesamt Steuerinländer) sind einander nahestehend i.S.v. § 7 Abs. 3 AStG.

Lösung:

§ 7 AStG

Annahmegemäß sind die Inhaber der Zertifikate einander nahestehend. Wie die Verfasser bereits in steueranwaltsmagazin 2024, 52 ff. ausgeführt haben²⁴, ist für eine „Beherrschung“ nach § 7 Abs. 2 AStG nach dem Gesetzeswortlaut entscheidend, daß ihnen „unmittelbar oder mittelbar ein Anspruch auf mehr als die Hälfte des Gewinns oder des Liquidationserlöses“ der ausländischen Gesellschaft zusteht. Auch wenn die Zertifikate u.E. keine Beteiligung am „Gewinn“ des Verbriefungsvehikels im engeren Sinne vermitteln, sondern bestimmte Erträge bzw. Cashflows, die das Verbriefungsvehikel erhält, referenzieren (der bilanztechnische Gewinn des Verbriefungswickels ist demgegenüber bereits um diese Erträge reduziert und damit im Regelfall null oder z.B. 500 Euro)²⁵, scheint die Finanzverwaltung die Voraussetzung „Anspruch auf mehr als die Hälfte des Gewinns“ weiter auszulegen und auch (und gerade) solche Verbriefungsvehikel von der Vorschrift als erfaßt ansehen zu wollen.²⁶

Damit würden die inländischen Zertifikateinhaber das Verbriefungsvehikel im Sinne von § 7 Abs. 2 AStG beherrschen. Fraglich ist jedoch, wie die Hinzurechnungsquote zu ermitteln wäre. Die Finanzverwaltung verfolgt dabei einen in den meisten Fällen praktikablen

weder nach § 7 AStG noch nach § 13 AStG zur Hinzurechnung (von 4,9%) der Zinseinkünfte der Jersey Inc.

²⁴ Vgl. dort Fall 4.

²⁵ Vgl. Herr/Link, RdF 2021, S. 268, 274.

²⁶ BMF-Schreiben vom 22.12.2023, Fn. 3, Rn. 275.

(wenn auch u.E. nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckten) Ansatz: (i) Rein schuldrechtliche Beziehungen (wie Zertifikate, partiarische Darlehen, typisch stille Beteiligungen, Fremdkapital-Genußrechte) können zwar eine Beherrschung vermitteln, die den jeweiligen Inhaber betreffende Hinzurechnungsquote soll dabei aber stets jeweils 0% sein; (ii) lediglich Instrumente, die kumulativ eine Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös einer ausländischen Gesellschaft im Sinne von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vermitteln (also typischerweise Eigenkapital-Genußrechte), sollen nicht nur eine Beherrschung i.S.v. § 7 Abs. 2 AStG vermitteln, für sie soll auch eine Hinzurechnungsquote je Anleger nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AStG zu ermitteln sein.²⁷ Dabei bleibt jedoch unklar, wie dies genau geschehen soll.

Für den Fall bedeutet dies: Die Zertifikate sind anahmegemäß als reine Fremdkapitalinstrumente ausgestaltet, die in Kategorie (i) fallen. Die inländischen Zertifikateinhaber „beherrschen“ zwar das Luxemburger Verbriefungsvehikel. Die Hinzurechnungsquote ist jedoch jeweils bei allen 0%.

§ 13 AStG

Da § 7 AStG bereits dem Grunde nach eröffnet ist (auch wenn dies im Ergebnis aufgrund einer Hinzurechnungsquote von 0% nicht zu einer tatsächlichen Hinzurechnungsbesteuerung führt), sollte u.E. nach Auffassung der Finanzverwaltung der Anwendungsbereich des § 13 AStG n.F. *a priori* gesperrt sein (s. oben zu Fall 1).

Sofern (anders als im Sachverhalt unterstellt) mangels „Nahestehens“ keine Beherrschung im vorstehenden Sinne gegeben wäre, wäre bei den Anlegern eine Zurechnung nach § 13 Abs. 1 AStG n.F. zu prüfen.²⁸ Diese Norm würde jedoch (nunmehr) voraussetzen, daß einem Anleger mindestens 10% der Stimmrechte oder mindestens 10% der Anteile am Nennkapital (jeweils in Bezug auf das Verbriefungsvehikel) unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen wären. Dessen Voraussetzungen sind u. E. jedoch bei Zertifikaten, die von Verbriefungsvehikeln emittiert werden, grds. nicht

erfüllt. U.E. kommt daher bei Verbriefungsvehikeln – auch nach der Neufassung des § 13 AStG – grds. weiterhin keine erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung in den Händen der Zertifikateinhaber in Betracht. Diesbezüglich haben sich durch die Neufassung des § 13 AStG u.E. daher grds. keine Änderungen ergeben.

V. Fazit und Ausblick

Nachdem das BMF mit dem umfangreichen Schreiben vom 22.12.2023 für Klarheit in der Rechtsanwendung zu einigen Fragen des Außensteuergesetzes gesorgt hat, müssen sich die Anwender erneut mit Änderungen durch das Mindeststeueranpassungsgesetzes auseinandersetzen. Da sich der Ruf nach kompletter Streichung des § 13 AStG nicht durchsetzen konnte, hat der Gesetzgeber den Wortlaut des § 13 AStG dahingehend modifiziert, daß ein Schwellenwert von 10% sowohl für die Stimmrechte als auch für Anteile am Nennkapital eingeführt wurde. Die Änderung soll Kleinstbeteiligungen aus dem Anwendungsbereich des § 13 AStG herausnehmen. Durch die Änderung wird die Norm sowohl für Rechtsanwender als auch für die Finanzverwaltung grds. einfacher zu handhaben sein, was zunächst erfreulich ist. In der Praxis dürfte die Rückwirkung der Norm zumindest für die Fälle Probleme bereiten, die nicht mittels eines Einspruchs offengehalten wurden oder bei denen die Bescheide nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangen sind. Innerhalb der Festsetzungsfrist sollten Rechtsanwender die Beantragung einer Änderung des bereits erlassenen Steuerbescheides nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) AO in Erwägung ziehen. Zur Vermeidung von Härten wäre es erfreulich, wenn die Finanzverwaltung hier eine großzügige Lösung vorsehen würde. Insgesamt haben sich durch das BMF-Schreiben vom 22.12.2023 viele Auslegungsfragen zum AStG geklärt. Es wäre hilfreich, wenn die Finanzverwaltung im Wege eines Updates dieses Schreibens die betreffenden Passagen zu § 13 AStG darin im Lichte der gesetzlichen Änderung aktualisieren und für weitere Rechtsklarheit sorgen könnte.

²⁷ BMF-Schreiben vom 22.12.2023, Fn. 3, Rn. 250.

²⁸ S. zur ursprünglichen Fassung des § 13 AStG *Latrovalis/Link, steueranwaltsmagazin* 2024, 52 ff., dort Fall 4.

Die Relevanz der Kenntnis der Finanzbehörde bei pflichtwidriger Nichtabgabe einer Steuererklärung

Zugleich eine Anmerkung zu BFH, Urteil vom 14.05.2025 – VI R 14/22, DB 2025, 2619

Ltd. Regierungsdirektor Dr. Stefan Rolletschke, Düsseldorf

I. Einleitung

Die Frage, ob sich die Kenntnis der Finanzbehörden von steuerlich relevanten Tatsachen auf die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit einer durch pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen der Finanzbehörde begangenen Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) auswirkt, ist durch den BGH noch nicht entschieden. Nachdem sich sowohl in der Straf- als auch in der Finanzrechtsprechung eine an ein Urteil des OLG Köln¹ anknüpfende Tendenz herausgebildet hatte, selbst Daten, die in einem elektronischen Register abgelegt sind, auf das der zuständige Sachbearbeiter Zugriff hat, für tatbestandsausschließend zu halten, erschüttert eine BFH-Entscheidung² das Fundament dieser Rechtsauffassung.

Das Revisionsurteil wie die erstinstanzliche Ausgangsentscheidung³ sollen zum Anlaß genommen werden, in einem ersten Schritt die „Begründungsschwäche“ des auf das OLG Köln⁴ zurückgehenden Rechtssatzes zur Wissenszurechnung aufzuzeigen, und in einem zweiten Schritt die auch in der Revisionsentscheidung nicht thematisierte Frage zu diskutieren, ob der steuerverfahrensrechtliche Gedanken der Zurechnung von „Aktenwissen“ auf das Strafrecht übertragen werden kann bzw. sogar muß.

II. Rechtsprechungsentwicklung

1. OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017

In dem der Entscheidung des OLG Köln⁵ zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der steuerlich beratene Angekl. bis einschließlich VZ 2008 zusammen mit seiner Ehefrau gemeinsame ESt-Erklärungen abgegeben. Für den VZ 2009 reichten sie jedoch bis zum Abschluß der wesentlichen Veranlagungsarbeiten im zuständigen FA (30.11.2011) keine ESt-Erklärung ein. Die Ehefrau hatte in diesem Jahr keine eigenen Einkünfte erzielt. Der Angekl. hatte als GmbH-Geschäftsführer nicht-

selbständige Einkünfte (§ 19 EStG) bezogen, die ab dem 11.01.2010 im elektronischen Register der Finanzverwaltung NRW abrufbar waren. Außerdem hatte er verschiedene Unternehmensbeteiligungen gehalten, aus denen er gewerbliche Einkünfte (§ 15 EStG) erwirtschaftete. Diese waren dem Wohnsitz-FA durch ESt 4B-Meldungen der Betriebsstätten-FÄ zuletzt im Juli 2011 mitgeteilt worden. Daneben erzielte er Kapitaleinkünfte, die bereits dem Steuerabzug an den Quellen unterlegen hatten, und negative Vermietungseinkünfte. Das FA erließ im Februar 2012 gegenüber dem Angekl. und seiner Ehefrau einen Schätzungsbescheid, der die dem FA bekannten Besteuerungsgrundlagen berücksichtigte. Der Angekl. zahlte die festgesetzte ESt von rd. 1,6 Mio. Euro. Nach Einleitung eines Steuerstrafverfahrens reichte er im Februar 2013 eine gemeinsame ESt-Erklärung 2009 ein. Im daraufhin geänderten ESt-Bescheid 2009 wurde die ESt mit rd. 1,4 Mio. Euro festgesetzt. Das LG verneinte den objektiven Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Im Zeitpunkt der möglichen Tatvollendung (30.11.2011) seien dem FA bereits alle positiven Einkünfte des Angekl. bekannt gewesen. Ebensowenig liege eine versuchte Steuerhinterziehung vor. Dem Angekl. sei der Vorsatz, das FA bezüglich steuerlich relevanter Tatsachen in Unkenntnis lassen zu wollen, nicht nachzuweisen. Das OLG verwarf die Revision. Es führte aus, daß noch nicht obergerichtlich oder höchstrichterlich entschieden worden sei, ob es bei einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen auf die Kenntnis der zuständigen Finanzbehörde von allen steuerlich relevanten Tatsachen ankommt bzw. in den Tatbestand das ungeschriebene Merkmal „Unkenntnis“ der Finanzbehörde vom wahren Sachverhalt hineinzulesen ist. Da bei einer durch aktives Tun begangenen Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) keine gelungene Täuschung mit Irrtumserregung beim zuständigen FA vorausgesetzt werde, käme es insoweit auch nicht auf eine Kenntnis oder Unkenntnis der Finanzbehörden an. Anders aber bei der Tatvariante

* Der Beitrag entspricht im Wesentlichen einem am 31.10.2025 auf dem 31. Steueranwaltstag gehaltenen Vortrag. Der Verf. ist Abteilungsleiter im LBF NRW. Der Beitrag ist nicht-dienstlich verfasst und spiegelt ausschließlich die Privatauffassung des Verf. wider.

¹ OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017 - III-1 RVs 253/16, wistra 2017, 363.

² BFH, Urteil vom 14.05.2025 - VI R 14/22, DB 2025, 2619.

³ FG Münster, Urteil vom 24.06.2022 - 4 K 135/19 E, NZWiSt 2022, 497.

⁴ OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017 - III-1 RVs 253/16, wistra 2017, 363.

⁵ OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017 - III-1 RVs 253/16, wistra 2017, 363.

des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Insofern berief sich das OLG auf die bereits dargestellten obiter dicta des BGH⁶, die eine Abgrenzung („im Gegensatz zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO“) zwischen den beiden Tatalternativen vornehmen und bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO kein In-Unkenntnis-Bleiben des FA fordern. Damit teilte es die Auffassung des LG, daß die Unkenntnis der Finanzbehörde als Tatbestandsmerkmal in den § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO hineinzulesen sei und damit die Kenntnis all dessen, „was sich aus den dort zum konkreten Steuerfall geführten Akten ergibt oder dem zuständigen Bearbeiter sonst bekannt ist“ eine Steuerhinterziehung ausschließe. Für die Kenntnis der steuerlich erheblichen Tatsachen mache es keinen Unterschied, „ob sich die Umstände aus den Akten selbst ergeben oder – wie hier – in dem elektronischen Register zur Verfügung stehen, auf welches der Sachbearbeiter im Rahmen seiner konkreten Zuständigkeit jederzeit Zugriff hat“.

Die Argumentationskette des OLG Köln erfolgte mehrstufig.⁷

1. Stufe: Der Unterlassungstatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO setzt die Unkenntnis der Finanzbehörde voraus.
2. Stufe: Finanzbehörde in diesem Sinn ist der für die Veranlagung zuständige Sachbearbeiter.
3. Stufe: Die Kenntnis – als Gegenteil der Unkenntnis – bedeutet die positive Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters.
4. Stufe: Der Akteninhalt gilt als positiv bekannt.
5. Stufe: Es ergibt keinen Unterschied, ob es sich bei dem besagten Akteninhalt um die in einer Papierakte befindlichen Informationen handelt oder um Daten, die in einem elektronischen Register abgelegt sind, auf das der zuständige Sachbearbeiter Zugriff hat.

2. FG Münster, Urteil vom 24.06.2022

Im Fall des FG Münster⁸ hatten die Kl. bis zum VZ 2008 gemeinsame ESt-Erklärungen abgegeben. Die Kl.in hatte bis dahin keine eigenen Einkünfte erzielt und daher die LoSt-Klasse V gewählt; für den nichtselbständig tätigen Kl. war ein Lohnsteuerabzug nach LoSt-Klasse III vorgenommen worden. Ab dem VZ 2009 bezog auch die Kl.in nichtselbständige Einkünfte, womit die Kl. vom Antragsveranlagungsfall (§ 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG) zu einem Pflichtveranlagungsfall (§ 149 Abs. 1 Satz 1 AO i.V.m. §§ 25, 46 Abs. 2 Nr. 3a EStG) wurden. Ab dem VZ 2009 reichten die Kl. jedoch keine

ESt-Erklärungen mehr ein. In dem Datenverarbeitungsprogramm des FA waren die elektronischen LoSt-Bescheinigungen der Kl. unter ihrer Steuernummer in einer Übersicht erfaßt und abrufbar. Außerdem händigten die jeweiligen Arbeitgeber den Kl. je einen Ausdruck ihrer elektronischen LoSt-Bescheinigungen mit dem Vermerk aus, daß diese Daten maschinell an die Finanzverwaltung übermittelt worden seien. Das FA schloß die wesentlichen Veranlagungsarbeiten der beiden Streitjahre (VZ 2009 und 2010) am 31.03.2011 und am 31.03.2012 ab. Im Rahmen einer Auswertung der sog. eDaten-Prüfliste des Rechenzentrums der Finanzverwaltung stellte das FA Anfang 2018 fest, daß die Kl. ab dem VZ 2009 beide Arbeitslohn bezogen hatten und aufgrund der LoSt-Klassen-Wahl steuererklärungs-pflichtig waren. Es legte die vorliegenden elektronischen Daten der VZ 2009 bis 2016 daher im Schätzungsweg der Besteuerung zu Grunde. Gegen die ESt-Bescheide 2009 und 2010 legten die Kl. Einsprüche mit der Begründung ein, die reguläre Festsetzungsfrist sei bereits abgelaufen. Diese wurden durch das FA unter Hinweis auf die verlängerte Festsetzungsfrist des § 169 Abs. 1 Satz 2 AO zurückgewiesen.

Das FG Münster verneinte die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Kl. mit der Begründung, das FA sei durch die eDaten über alle wesentlichen für die Steuerfestsetzung maßgeblichen Umstände der Kl. informiert gewesen. Ein In-Unkenntnis-Lassen der Finanzbehörde könne deshalb nicht vorliegen. Das FG berief sich in seiner Urteilsbegründung auf den Gesetzeswortlaut des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, der „ausdrücklich an ein In-Unkenntnis-Lassen und nicht an ein pflichtwidriges Unterlassen von Erklärungspflichten“⁹ anknüpfe. Außerdem sei die Erfüllung von steuerlichen Mitwirkungs- und Erklärungspflichten nicht das von § 370 AO geschützte Rechtsgut. In der weiteren Urteilsbegründung nahm das FG neben der „grundlegenden Entscheidung“ des OLG Köln¹⁰ insoweit auch auf Entscheidungen des OLG Oldenburg¹¹ und des FG Düsseldorf¹² Bezug.

3. BFH, Urteil vom 15.05.2022

Der BFH¹³ hob das finanzgerichtliche Urteil auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurück. Zunächst ließ der BFH die Streitfrage offen, ob ein tatbestandsmäßiges In-Unkenntnis-Lassen bereits dann vorliegt, wenn Steuererklärungen – wie vorliegend – pflichtwidrig nicht oder nicht

⁶ BGH, Beschluss vom 14.12.2010 - 1 StR 275/10, NSTZ 2011, 283; BGH, Beschluss vom 21.11.2012 - 1 StR 391/12, DStR 2013, 140.

⁷ So bereits Rolletschke, NZWiSt 2022, 500.

⁸ FG Münster, Urteil vom 24.06.2022 - 4 K 135/19 E, NZWiSt 2022, 497.

⁹ FG Münster, Urteil vom 24.06.2022 - 4 K 135/19 E, NZWiSt 2022, 497.

¹⁰ OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017 - III-1 RVs 253/16, wistra 2017, 363.

¹¹ OLG Oldenburg, Beschluss vom 10.07.2018 - 1 Ss 51/18, wistra 2019, 79.

¹² FG Düsseldorf, Urteil vom 26.05.2021 - 5 K 143/20 U, ZWH 2022, 62.

¹³ BFH, Urteil vom 14.05.2025 - VI R 14/22, DB 2025, 2619.

rechtzeitig abgegeben werden¹⁴ oder ob die Norm im Sinne eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals darüber hinaus erfordert, daß die Finanzbehörde im maßgeblichen Veranlagungszeitpunkt (Abschluß der wesentlichen Veranlagungsarbeiten) über den wahren Sachverhalt keine Kenntnis hat.¹⁵ Jedenfalls habe das FA - entgegen der Auffassung des FG - zum maßgeblichen Veranlagungszeitpunkt noch keine Kenntnis von den für die Steuerfestsetzung wesentlichen tatsächlichen Umständen gehabt. Für die Kenntnis sei auf diejenigen Personen abzustellen, die innerhalb der zuständigen Finanzbehörde organisationsmäßig für die Bearbeitung des Steuerfalls berufen sind beziehungsweise die den (zu ändernden) Steuerbescheid erlassen haben.¹⁶ Dabei müsse sich die Finanzbehörde den gesamten Inhalt der bei ihr geführten Papierakten sowie einer elektronisch geführten Akte als bekannt zurechnen lassen. Bekannt seien neben dem Inhalt dieser geführten Akten auch sämtliche Informationen, die dem Sachbearbeiter von anderen (Dienst-)Stellen über ein elektronisches Informationssystem zur Verfügung gestellt werden, ohne daß es insoweit auf die individuelle Kenntnis des jeweiligen Bearbeiters ankomme. Nicht bekannt seien dagegen elektronische Daten, die nicht automatisch zur Papierakte/elektronischen Akte gelangen und lediglich auf abrufbaren Datenspeichern der Finanzbehörde liegen; dies gelte auch dann, wenn die Daten mit der Steuernummer verknüpft sind. Nach den bindenden Feststellungen des FG sei der Steuerfall der Kl. aber auch in den Streitjahren als Antragsveranlagung gespeichert geblieben. Die mit den elektronischen LoSt-Bescheinigungen an das FA übermittelten Daten seien zwar mit der gemeinsamen Steuernummer der Kl. verknüpft und dieser tatsächlich zugeordnet, aber nur aus einem Datenspeicher in einer Übersicht über elektronische Bescheinigungen abrufbar gewesen, ohne daß sie bereits automatisch zu einer Papierakte oder elektronischen Akte gelangt waren. Da das FG noch keine hinreichenden Feststellungen zum subjektiven Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO getroffen hatte, verwies der BFH die Sache allerdings mangels Spruchreife an die Vorinstanz zurück.

4. Zwischenfazit

Wenn man die 5-stufige Argumentationskette des OLG Köln zum Bewertungsmaßstab für die Revisionsentscheidung macht, so läßt sich das Zwischenfazit ziehen, daß der BFH weder die 1. Stufe (der Unterlassungstatbestand setzt die Unkenntnis der Finanzbehörde voraus) noch die 5. Stufe (es ergibt keinen Unterschied, ob es sich bei dem besagten Akteninhalt um die in einer Papierakte befindlichen Informationen handelt oder um Daten, die in einem elektronischen Register abgelegt sind, auf das der zuständige Sachbearbeiter Zugriff hat) „mitgeht“.

III. Eigene Auffassung

1. Begründungsschwächen des OLG Köln

Der oben dargestellte 5-stufige Rechtssatz des OLG Köln überrascht ein wenig dadurch, daß er fast ohne Begründung auskommt; er schöpft seine „Rechtfertigung“ in den Stufen 2 bis 4 (das sind genau die Stufen, die sich auch in der BFH-Revisionsentscheidung wiederfinden) vielmehr aus einer Zitatenkette. Daß diese Zitatenkette den besagten Rechtssatz nur sehr bedingt abdeckt, wurde bereits vor Ergehen der Münsteraner Ausgangsentscheidung in der Literatur gerügt.¹⁷ So hat der in Bezug genommene BGH-Beschluß vom 21.11.2012¹⁸ eine Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO zum Gegenstand und gerade keine durch pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen begangene Tat (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO). Das zitierte BFH-Urteil vom 28.04.1998¹⁹ postuliert zwar die Wissenszurechnung des Akteninhalts; die betreffenden Ausführungen des BFH befassen sich aber nicht mit der Frage der Tatbestandsmäßigkeit i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, sondern damit, wann der Grundsatz von Treu und Glauben einer Aufhebung oder Änderung von Steuerbescheiden wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel (§ 173 Abs. 1 Nr. 1 AO) entgegensteht. Die Zitierung von *Jäger* in Klein (AO, 14. Auflage) ist nicht nur inhaltlich schlicht falsch, die zitierte 14. Auflage erschien auch erst ein Jahr nach Ergehen des OLG-Urteils. Allein das BayObLG-Zitat²⁰ ist vollständig zutreffend. Dort stellt das BayObLG für eine eventuell tatbestandsschädliche Kenntnis auf den Kenntnisstand des für die Steuerfestsetzung zuständigen Beamten ab, der vor Veran-

¹⁴ LG Aurich, Urteil vom 08.11.2017 - 12 Ns 310 Js 8712/15 (158/15), NZWiSt 2018, 190; Klein/Jäger, AO 18. Aufl. 2024, § 370 Rn. 60b; Roth, NZWiSt 2017, 308; Deckers, NZWiSt 2019, 146; Madauß, NZWiSt 2022, 72; Rolletschke, NZWiSt 2022, 500; offengelassen durch BayObLG, Beschluß vom 14.03.2002 - 4 St RR 8/02, BayObLGSt 2002, 54.

¹⁵ OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017 - III-1 RVs 253/16, wistra 2017, 363; OLG Oldenburg, Beschluß vom 10.07.2018 - 1 Ss 51/18, NZWiSt 2019, 145; FG Düsseldorf, Urteil vom 26.05.2021 - 5 K 143/20 U, ZWH 2022,

62; Gosch/Stark-Lütke Schwienhorst/Hoyer, AO/FGO 193. Lfg. 09/2025, § 370 AO Rn. 79; Tipke/Kruse/Krumm, AO/FGO 188. Lfg. 12/2025, § 370 AO Rn. 73; Grötsch/Stürzl, wistra 2019, 127.

¹⁶ BGH, Urteil vom 19.10.1999 - 5 StR 178/99, BStBl II 1999, 854.

¹⁷ Rolletschke, ZWH 2022, 66.

¹⁸ BGH, Beschluß vom 21.11.2012 - 1 StR 391/12, NZWiSt 2013, 235.

¹⁹ BFH, Urteil vom 28.04.1998 - IX R 49/96, DSiZ 1998, 811.

²⁰ BayObLG, Beschluß vom 14.03.2002 - 4 St RR 8/02, NSiZ 2002, 552.

lagungsschluß neben positiver Kenntnis aller Tatsachen auch alle hierfür notwendigen Beweismittel i.S.d § 92 AO besessen haben muß.

2. Zurechnung des Akteninhalts

a) Rechtsgrundsätze der Steuerrechtsprechung

Wie bereits ausgeführt entstammt der Rechtssatz, die Finanzbehörde müsse sich den gesamten Inhalt der bei ihr geführten Papierakten sowie einer elektronisch geführten Akte als bekannt zurechnen lassen, der ausgehend vom OLG Köln über mehrere Entscheidungen²¹ Eingang in das erstinstanzliche Urteil des FG Münster und schließlich auch in die BFH-Revisionsentscheidung fand, dem Steuerverfahrensrecht. Der Rechtssatz steht dort aber nicht im Zusammenhang mit steuerrechtlichen Vorschriften, die an das Vorliegen einer tatbestandlichen Steuerhinterziehung anknüpfen, wie die Hinterzieherhaftung (§ 71 AO), die verlängerte Festsetzungsfrist (§ 169 Abs. 2 Satz 2 1. Fall AO) oder Hinterziehungszinsen (§ 235 AO); vielmehr stammt er aus dem Bereich der Änderungs- und Aufhebungsvorschriften der §§ 172 ff. AO.

Für den Änderungs- bzw. Aufhebungstatbestand des § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO ist in der Steuerrechtsprechung anerkannt, daß eine Finanzbehörde nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert ist, nachträglich bekannt gewordene Tatsachen zum Anlaß einer Änderung zu Lasten des Steuerpflichtigen zu nehmen, wenn sie diese bei ordnungsgemäßer Erfüllung ihrer Ermittlungspflicht (§ 88 AO) vor dem maßgeblichen Zeitpunkt hätte feststellen können. Voraussetzung ist insoweit, daß der Steuerpflichtige seine Mitwirkungspflichten erfüllt hat. Er soll sich dann bei einer Steuerfestsetzung ohne Vorbehalt der Nachprüfung darauf verlassen dürfen, das eine abschließende Prüfung durch die Finanzbehörde erfolgt ist.²² Liegt sowohl eine Verletzung der Ermittlungspflicht durch das FA als auch eine Verletzung der Mitwirkungspflicht durch den Steuerpflichtigen vor, so entscheidet eine Abwägung der beiderseitigen Pflichtverletzungen darüber, ob geändert werden darf oder nicht.²³ In der Regel wird allerdings die Verantwortung dem Steuerpflichtigen zugewiesen mit der Folge, daß der Steuerbescheid geändert werden kann.²⁴ Maßgebend für die Beur-

teilung einer Tatsache als neu ist dabei die positive Kenntnis derjenigen Personen, die innerhalb der zuständigen Finanzbehörde organisationsmäßig für die Bearbeitung des Steuerfalls berufen sind, also der Vorsteher, der Sachgebietsleiter und der Sachbearbeiter. Diese Personen repräsentieren die Finanzbehörde gegenüber dem Steuerpflichtigen und verantworten den Steuerbescheid.²⁵ Bei einer Vernetzung von Dienststellenteilen nimmt die Steuerrechtsprechung eine Zurechnung des Wissens des anderen Dienststellenteils vor;²⁶ dies wird z.B. im Verhältnis zwischen Rechtsbehelfsstelle und Veranlagungsstelle bejaht;²⁷ abgelehnt wird eine Wissenszurechnung aber z.B. im Verhältnis zwischen Betriebsprüfungsstelle und Veranlagungsstelle.²⁸

b) Übertragbarkeit der Steuerrechtsprechung auf das Steuerstrafrecht

Die bislang weder durch das OLG Köln noch in den Folgeentscheidungen einschließlich des aktuellen BFH-Revisionsurteils gestellte Frage lautet also: Sind die zu § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO (Vorliegen von neuen Tatsachen) zur Wissenszurechnung aufgestellten Rechtsgrundsätze auf den Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO (pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen der Finanzbehörde) zu übertragen?

Denkbar wäre ein Transfer mit der Argumentation, wenn eine zurechenbare Kenntnis der Finanzbehörde dazu führt, daß ein unzutreffender Steuerbescheid nicht nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO geändert oder aufgehoben werden kann, dann kann (oder muß) eine zurechenbare Kenntnis der Finanzbehörde auch (oder erst recht) eine Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ausschließen.

Diese Überlegung, die man zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen Steuerrecht und Steuerstrafrecht möglicherweise unter dem Aspekt der Einheit der Rechtsordnung²⁹ verorten könnte, läßt allerdings unberücksichtigt, daß es hier noch nicht einmal darum geht, wortgleiche Begriffe in verschiedenen Gesetzen unterschiedlich auszulegen. Bei § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO geht es um das nachträgliche Bekanntwerden neuer Tatsachen, bei § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO um das In-Unkenntnis-Lassen der Finanzbehörde. Doch selbst bei Wortgleichheit von Begriffen könnte die Eigenart der einen Rechtsmaterie einer Auslegung im Sinne der anderen Rechtsmaterie entgegenstehen.³⁰

²¹ Hervorzuheben ist hier insbesondere FG Düsseldorf, Urteil vom 26.05.2021 - 5 K 143/20 U, ZWH 2022, 62.

²² Vgl. z.B. BFH, Urteil vom 13.11.1985 - II R 208/82, BStBl II 1986, 241.

²³ Vgl. z.B. BFH, Urteil vom 11.11.1987 - I R 108/85, BStBl II 1988, 115.

²⁴ Vgl. z.B. BFH, Urteil vom 28.06.2006 - XI R 58/05, BStBl II 2006, 835; BFH, Urteil vom 13.06.2012 - VI R 85/10, BStBl II 2013, 5.

²⁵ Vgl. z.B. BFH, Urteil vom 10.09.2020 - IV R 6/18, BStBl II 2021, 197; kritisch Tipke/Kruse/Loose, 187.Lfg. 09/2025, § 173 AO Rn. 31 f.

²⁶ Vgl. z.B. Hübschmann/Hepp/Spitaler/von Groll, AO/FGO 287. Lfg. 08/2025, § 173 AO Rn. 184.

²⁷ Vgl. BFH, Urteil vom 23.03.1983 - I R 182/82, DB 1983, 1798.

²⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 03.05.1991 - V R 36/90, BFH/NV 1992, 221 (Ausnahme veranlagende Außenprüfung).

²⁹ Vgl. dazu allgemein Hübschmann/Hepp/Spitaler/Fischer, AO/FGO 287. Lfg. 08/2025, § 40 AO Rn. 23 ff.

³⁰ So z.B. BVerfG, Beschluß vom 26.03.1969 - 1 BvR 512/66, BVerfGE 25, 309 für das Verhältnis zwischen dem in erster Linie fiskalischen Zwecken dienenden Steuerrecht und Zivilrecht.

c) Strafrechtliche Relevanz eines (überwirkenden) Mitverschuldens der Finanzbehörde

Wenn man die Rechtsfigur der Wissenszurechnung nicht auf das Steuerstrafrecht übertragen kann,³¹ stellt sich allerdings die Frage, ob und bejahendenfalls in welcher Kategorie der Gedanke strafrechtlich gefaßt werden kann. Der Ausschluß der Änderungs-/Aufhebungsberechtigung nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO gründet – wie ausgeführt – auf einer überwirkenden eigenen Pflichtverletzung der Finanzbehörde.

In der Literatur³² wird die Bedeutung der positiven Kenntnis aller steuerlich erheblichen Tatsachen samt der sie betreffenden Beweismittel³³ darin gesehen, daß ggf. der Kausalzusammenhang zwischen Tathandlung und Taterfolg entfallen und die Tat nur als versuchte Steuerhinterziehung bestraft werden kann. Im Fall der BFH-Revisionsentscheidung kann dieser Gesichtspunkt von vornherein keine Bedeutung erlangen. Eine positive Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters ist nicht nur nicht festgestellt; angesichts der Datenlage (Speicherung als Antragsveranlagungsfall i.S.d. § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG) ist sie auch faktisch ausgeschlossen.

Unabhängig davon könnte z.B. die negative Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters oder ein Organisationsdefizit der Finanzbehörde(n) strafzumessungsrelevant sein. So geht die Strafrechtsprechung grundsätzlich davon aus, daß der Umstand, daß eine Tat durch sorgloses und nachlässiges Verhalten eines anderen erleichtert wurde, einen Rückschluß auf die zur Tatbegehung erforderliche und tatsächlich eingesetzte kriminelle Energie zulassen könnte.³⁴ Konkret im Steuerstrafrecht³⁵ wird ein Verhalten des Steuerfiskus (gleich einem Mitverschulden oder einer Mitverursachung des Verletzten) aber nur dann strafmildernd berücksichtigt, wenn das staatlichen Stellen vorwerfbare Verhalten unmittelbar auf das Handeln des Täters Einfluß genommen hat (etwa weil er bislang nicht tatgeneigt war oder ihm wenigstens die Tat erleichtert wurde).

3. Exkurs: Fiktion des § 150 Abs. 7 Satz 2 AO

Im Streitfall des FG Münster/des BFH konnte die durch das Steuermodernisierungsgesetz vom 18.07.2016³⁶ eingeführte Erklärungsfiktion des § 150 Abs. 7 Satz 2 AO (durch Dritte übermittelte Daten gelten als Angaben des Steuerpflichtigen, soweit dieser keine abweichende Angaben macht) keine Bedeutung erlangen.³⁷

Bei einem aktuellen Sachverhalt (in Besteuerungszeiträumen nach 2016 oder Besteuerungszeitpunkten nach dem 31.12.2016³⁸) stellt sich allerdings die Frage, welche Auswirkungen die gesetzliche Fiktion des § 150 Abs. 7 Satz 2 AO auf die Tatbestandsmäßigkeit einer durch Nichteinreichung einer Steuererklärung begangenen Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) hat.³⁹ Zu den elektronisch zu übermittelnden Daten (§ 93c AO) zählen insbesondere Mitteilungen zu lohnbesteuerten Einkünften (§ 41b Abs. 1 EStG) einschließlich ELStAM-Daten (§ 39 Abs. 4 EStG) wie Lohnsteuerklasse (§ 39 Abs. 4 Nr. 1 EStG). Dafür daß § 150 Abs. 7 AO den Steuerklärungsfall (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) und nicht den Nichtabgabefall (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) im Auge hat, streiten insbesondere die Gesetzesbegründungen des Steuermodernisierungsgesetzes bzw. des Jahressteuergesetzes 2022.⁴⁰ Danach „gelten die der Finanzverwaltung von dritter Seite übermittelten Daten als vom Steuerpflichtigen angegebene Daten. **Damit wird die Erstellung der Steuererklärung wesentlich erleichtert**“⁴¹; „**Zeilen oder Bereiche der Erklärung, die als eDaten gekennzeichnet sind, sind nur auszufüllen, wenn dem Steuerpflichtigen bekannt ist, daß diese Daten bislang nicht an die Finanzverwaltung übermittelt wurden, oder wenn der Steuerpflichtige die an die Finanzverwaltung übermittelten Daten für unzutreffend hält.**“⁴² (Hervorhebungen durch den Autor).

IV. Zusammenfassung

Die BFH-Revisionsentscheidung gegen das Urteil des FG Münster bricht mit der sich in der Folge eines durch das OLG Köln gefällten Urteils ergebenden Rechtsprechung. Danach muß sich der zuständige Sachbearbeiter zwar den gesamten Inhalt der von ihm geführten

³¹ So ausdrücklich Klein/Jäger, AO 18. Aufl. 2024, § 370 Rn. 60d; Rolletschke, ZWH 2022, 66.

³² Klein/Jäger, AO 18. Aufl. 2024, § 370 Rn. 60d.

³³ Dies entspricht den Voraussetzungen, die das BayObLG (Beschluss vom 14.03.2002 - 4 St RR 8/02, NStZ 2002, 552) an die Schädlichkeit des Wissens des zuständigen Sachbearbeiters stellt.

³⁴ Vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 03.05.1983 - 1 StR 25/83, wistra 1983, 145.

³⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2010 - 1 StR 275/10, NStZ 2011, 283.

³⁶ BGBl. I 2016, 1679.

³⁷ Für eine Anwendbarkeit des mildesten Gesetzes (§ 2 Abs. 3 StGB) aber Häger, wistra 2017, 369; Grötsch/Stürzl, wistra 2019, 127.

³⁸ Art. 97 § 27 Abs. 2 EGAO.

³⁹ Gegen eine Anwendung der Fiktion auf Nichtabgabefälle i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO z.B. Roth, NZWiSt 2017, 308; Roth, wistra 2018, 152; Rolletschke, NZWiSt 2018, 185; Grötsch, wistra 2023, 87; für eine Anwendung z.B. Häger, wistra 2017, 369; El Morabit, NWB 2017, 2579; Krug, NZWiSt 2018, 195; offengelassen durch Beyer, NZWiSt 2018, 359.

⁴⁰ BGBl. I 2022, 2294.

⁴¹ BT-Drs. 18/8434, 112.

⁴² BT-Drs. 20/3879, 138.

Papierakte/elektronischen Akte zurechnen lassen, nicht aber die lediglich auf abrufbaren Datenspeichern liegenden Informationen. Unabhängig davon, daß der durch das OLG Köln aufgestellte Rechtssatz auf einer Reihe unzutreffender Zitate aufbaut, stellt sich die Frage, ob die nach steuerrechtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Änderungs-/Aufhebungsvorschrift des § 173 AO erfolgende Wissenszurechnung auf das

Strafrecht übertragen werden kann bzw. muß. Dies ist mit Blick auf die unterschiedliche Zielsetzung beider „Verfahrenswelten“ zu verneinen. Ein „Mitverschulden“ der Finanzbehörde kann im Strafrecht nur im Rahmen der Kausalitätsprüfung der Tathandlung für den Taterfolg bzw. bei der Strafzumessung von Bedeutung sein.

Termingeschäfte im deutschen Steuerrecht

Begriff, Systematik, Verlustverrechnung

Dr. Frank Rozanski, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, und Dr. Lennard Oonk, Rechtsanwalt

Termingeschäfte sind für die Beratungspraxis im Steuerrecht von zentraler Bedeutung. Sie verbinden die Dynamik moderner Finanzmärkte mit dem Bedürfnis des Steuerrechts nach einer klaren Einordnung von Einkünften, Verlusten und steuerlichen Gestaltungsspielräumen. In den letzten Jahren hat die Entwicklung sowohl kapitalmarktrechtlicher Instrumente als auch neuer Gesetzgebung, insbesondere durch die Jahress-teuergesetze (JStG) 2020 und 2024, zu erheblichen Umwälzungen geführt. Diese Veränderungen betreffen vor allem die steuerliche Behandlung von Verlusten, die Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Handel sowie die Differenzierung zwischen den verschiedenen Typen von Termingeschäften.*

I. Einleitung

Ein zentrales Element des JStG 2024 v. 06.12.2024¹ ist die ersatzlose Aufhebung der Verlustverrechnungsbeschränkung bei Termingeschäften. Mit Inkrafttreten des JStG 2021 waren Verluste aus Termingeschäften für unbeschränkt steuerpflichtige Privatanleger – mit Wirkung ab 2021 – nur beschränkt auf einen Betrag von 20.000 Euro jährlich mit Gewinnen aus entsprechenden Geschäften verrechenbar. Mit Beschluß vom 07.06.2024 – VIII B 113/23² entschied der Bundesfinanzhof (BFH), daß die Verlustverrechnungsbeschränkung für Termingeschäfte gemäß § 20 Abs. 6 S. 5 EStG i.d.F. des JStG 2020 v. 21.12.2020³ nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Bereits zuvor wurden in der Fachliteratur erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel an der Beschränkung der Verlustverrechnung bei Termingeschäften geäußert.⁴

Diese Regelung ist jedoch durch das JStG 2024 für alle offenen Fälle entfallen. Damit können Verluste aus Termingeschäften nunmehr – wieder – ohne betrags-

mäßige Beschränkung mit entsprechenden Gewinnen verrechnet werden. Der Gesetzgeber hat damit nicht zuletzt auf die erheblichen verfassungsrechtlichen und praktischen Bedenken reagiert, die in Rechtsprechung und Literatur vielfach geäußert wurden.

Die nachfolgenden Ausführungen erläutern Begriff, Systematik und aktuelle Praxisprobleme der Termingeschäfte im deutschen Einkommensteuerrecht zusammenhängend, wobei die einschlägige Rechtsprechung sowie die maßgebliche Literatur berücksichtigt werden, um eine umfassende Arbeitsgrundlage für die steuerliche Beratung zu schaffen.

II. Begriffsbestimmung „Termingeschäfte“

Der Begriff des Termingeschäfts ist weder in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG oder § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG noch an anderer Stelle im EStG legaldefiniert. Nach der Rechtsprechung des BFH folgt der steuerrechtliche Begriff des Termingeschäfts jedenfalls dem des Zivilrechts.⁵ Der Gesetzgeber orientierte sich bei der seinerzeitigen Ersetzung des Begriffs des Differenzgeschäfts durch den Begriff des Termingeschäfts⁶ an den Regelungen in § 2 WpHG in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.09.1998⁷ und an § 1 KWG in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.09.1998.⁸ Dabei ist jedoch festzustellen, daß, entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers, weder § 2 WpHG noch § 1 KWG in ihren vorgenannten Fassungen eine Definition des Termingeschäfts enthielten, da alle entsprechenden gesetzgeberischen Versuche einer konkreten Begriffsbestimmung für Zwecke des Wertpapier- und Bankrechts zuvor gescheitert waren.⁹ § 2 Abs. 2 WpHG und § 1 Abs. 1 KWG setzten den Begriff vielmehr im Rahmen der Definition von „Derivaten“ als Oberbegriff voraus.¹⁰

* Dr. Frank Rozanski ist in eigener Fachanwaltskanzlei in Hannover tätig, <https://dr-rozanski.de>; Dr. Lennard Oonk ist Rechtsanwalt bei der Luther Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH in Hannover.

¹ BGBl. I 2024 Nr. 387.

² BFH, Beschl. v. 07.06.2024 – VIII B 113/23, DStR 2024, 1476.

³ BGBl. I 2020, 3096.

⁴ So bspw. Bachmann/Seifert, DStR 2021, 1, 3; Dahm/Hoffmann, DStR 2020, 81, 84, die einen Verstoß gegen Verfassungsrecht gar als „nahelegend“ einschätzten; Dorn, NWB 2021, 12, 17; Frey/Schober, DStR 2021, 2674, 2675.

⁵ BFH, Ur. v. 26.09.2012 – IX R 50/09, NJW-RR 2013, 282; BFH, Ur. v. 09.02.2023 – IV R 34/19, DStR 2023, 751, 753;

Brandis/Heuermann/Bode, EStG § 15 Rn. 717; Dahm/Hamacher, DStR 2014, 455.

⁶ Vgl. BT-Drs. 14/443, S. 27 zu Nr. 25 Buchst. b Doppelbuchst. bb.

⁷ BGBl. I 1998, 2708.

⁸ BGBl. I 1998, 2776; BFH, Ur. v. 20.08.2014 – X R 13/12, DStR 2014, 2277, 2278; BFH, Ur. v. 06.07.2016 – I R 25/14, DStR 2016, 2388, 2392.

⁹ BFH, Ur. v. 04.12.2014 – IV R 53/11, DStR 2015, 458, 461; BFH, Ur. v. 06.07.2016 – I R 25/14, DStR 2016, 2388, 2392.

¹⁰ Haisch/Danz, DStR 2005, 2108, 2112.

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission¹¹ hat der Gesetzgeber jedoch mit Wirkung zum 01.11.2007 sowohl in § 1 Abs. 11 S. 4 Nr. 1 KWG (aktuell: § 1 Abs. 11 S. 6 Nr. 1 KWG) als auch in § 2 Abs. 3 Nr. 1 WpHG eine gleichlautende Legaldefinition des Termingeschäfts geschaffen:¹²

„*Derivative Geschäfte im Sinne dieses Gesetzes sind [...] als Kauf, Tausch oder anderweitig ausgestaltete Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswertes ableitet (Termingeschäfte) [...].*“

Diese Definition kann auch für die Zeit davor zugrundegelegt werden.¹³

Der Begriff ist unter Verzicht auf typologische Risikokriterien (z.B. Hebelwirkung, Totalverlustrisiko, allgemeine spezifische Gefährlichkeit) zivilrechtlich/bankenaufsichtsrechtlich dahingehend auszulegen, daß es sich um „Festgeschäfte (z.B. Kauf, Tausch) oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswertes (z.B. Wertpapiere, Devisen-/Rechnungseinheiten, Indizes, Waren und andere nicht finanzielle Werte) ableitet“ handelt.¹⁴ Termingeschäfte sind insofern Verträge über Wertpapiere, vertretbare Waren oder Devisen nach gleichartigen Bedingungen, die von beiden Seiten erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind und die zudem eine Beziehung zu einem Terminmarkt haben, der es ermöglicht, jederzeit ein Gegengeschäft abzuschließen.¹⁵

Im Hinblick auf die „zivilrechtliche“ Auslegung und den Rückgriff auf § 2 WpHG bzw. § 1 KWG ist einer davon abweichenden, rein steuerrechtlichen Auslegung

des Begriffs „Termingeschäft“ der Boden entzogen.¹⁶ Insofern kann die zivilrechtliche Definition grundsätzlich auch für das Steuerrecht Maßgeblichkeit beanspruchen.¹⁷

Hinzukommen muß nach § 15 Abs. 4 S. 3 EStG, daß der Steuerpflichtige durch ein solches Termingeschäft einen Differenzausgleich (Cash-Settlement bzw. Barausgleich) oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße (z.B. Wertentwicklung von Wertpapieren, Indizes, Futures, Zinssätzen) bestimmten Geldbetrag oder Vorteil (z.B. Lieferung von Wertpapieren) erlangt.¹⁸ Als Wert einer veränderlichen Bezugsgröße kommt z.B. der Börsen- oder Marktpreis von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten, der Kurs von Devisen oder Rechnungseinheiten (Indizes), Zinssätze oder sonstige Erträge oder der Börsen- oder Marktpreis von Waren, Rohstoffen oder Edelmetallen in Betracht; dabei ist es unerheblich, ob das Termingeschäft in einem Wertpapier verbrieft ist oder ob es an einer amtlichen Börse oder außerbörslich (OTC) abgeschlossen wird¹⁹ und ob es gemäß § 37e WpHG verbindlich oder gemäß §§ 762, 764 BGB unverbindlich ist.²⁰

Maßgeblich ist insoweit die Zweckbestimmung des Termingeschäfts, die sich nach dem anhand objektiver Umstände nachvollziehbaren Willen der Vertragsparteien richtet; erfaßt sind Termingeschäfte, die zur Erzielung eines Differenzausgleichs erfolgen, nicht aber Termingeschäfte, die auf die tatsächliche („physische“)²¹ Lieferung des Basiswertes am Ende der Laufzeit abzielen.²²

¹¹ Finanzmarkttrichtlinie-Umsetzungsgesetz – FMRL-UmsG v. 16.07.2007, BGBl. I 2007, 1330.

¹² BFH, Urt. v. 06.07.2016 – I R 25/14, DStR 2016, 2388, 2392.

¹³ BFH, Urt. v. 20.08.2014 – X R 13/12, DStR 2014, 2277, 2278; BFH, Urt. v. vom 04.12.2014 – IV R 53/11, DStRE 2015, 458, 461; BFH Urt. v. 06.07.2016 – I R 25/14, DStR 2016, 2388, 2392.

¹⁴ BFH, Urt. v. 13.01.2015 – IX R 13/14, DStR 2015, 943, 944; BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236, 237; Drüen, BB 2021, 1175, 1179; *Johannemann/Reiter*, DStR 2015, 1489; *Schmidt/Wacker*, EStG § 15 Rn. 902.

¹⁵ BGH, Urt. v. 22.10.1984 – II ZR 262/83, BeckRS 1984, 1041; BGH, Urt. v. 16.04.1991 – XI ZR 88/90, BeckRS 1991, 1238; BFH, Urt. v. 04.12.2014 – IV R 53/11, DStRE 2015, 458, 460.

¹⁶ *Johannemann/Reiter*, DStR 2015, 1489.

¹⁷ BFH, Urt. v. 08.12.2021 – I R 24/19, DStR 2022, 1256, 1258.

¹⁸ BFH, Beschl. v. 07.06.2024 – VIII B 113/23, DStR 2024, 1476; *Johannemann/Reiter*, DStR 2015, 1489; *Schmidt/Wacker*, EStG § 15 Rn. 902.

¹⁹ BMF 18.01.2016, BStBl. I 2016, 9; BT-Drs. 16/4841, 55; *Brandis/Heuermann/Ratschow*, EStG § 20 Rn. 368.

²⁰ *Schmidt/Wacker*, EStG § 15 Rn. 902.

²¹ Nach Auffassung der Finanzverwaltung umfaßt der Begriff des Termingeschäfts i. S. d. § 15 Abs. 4 S. 3 EStG in der Variante der Vorteilerlangung auch Geschäfte mit physischer Lieferung. Dieses Verständnis wird in der Literatur zu Recht überwiegend nicht geteilt. Nach dem

Wortlaut sind Termingeschäfte i. S. d. § 15 Abs. 4 S. 3 EStG dadurch qualifiziert, daß sie entweder durch Barausgleich erfüllt werden oder der Steuerpflichtige einen Vorteil erlangt. Dieser Vorteil kann nach dem Äquivalenzgedanken nicht im Vertragsabschluß als solchem liegen, sondern muß als zusätzlicher Vorteil in das Erfüllungsprogramm des Termingeschäfts eingebettet sein. Ein solcher Vorteil kann z.B. in der Ausübung einer Option liegen, durch die der Optionsinhaber im Rahmen der Erfüllung des Termingeschäfts einen Vorteil vom Stillhalter erlangt. Die Lieferung des Basiswertes ist aber schon begrifflich kein Vorteil, der vom Wert einer variablen Bezugsgröße abhängt, sondern entspricht den ex ante wertgleichen Verpflichtungen im vertraglichen Synallagma. Bei einer anderen Sichtweise würde im Ergebnis jede für den Käufer nachteilige Preisentwicklung bei der Lieferung marktgängiger Waren auf Termin potenziell unter die Abzugsbeschränkung des § 15 Abs. 4 S. 3 EStG fallen. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Gewinn- und Verlustrealisierung führt jedoch weder der Abschluß eines Termingeschäfts noch dessen physische Lieferung zu einem Gewinn oder Verlust. Das Gesetz geht davon aus, daß ein Gewinn oder Verlust durch die Beendigung eines Termingeschäfts entsteht. Dies ist grundsätzlich nur bei Termingeschäften mit Differenzausgleich, bei Abschluß von Gegengeschäften (sog. *Glattstellen*) oder bei Verfall von Optionsprämien der Fall. Die Anschaffung von Wirtschaftsgütern ist grundsätzlich gewinnneutral.

²² BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236, 237; BFH, Beschl. v. 07.06.2024 – VIII B 113/23, DStR 2024, 1476; *Brandis/Heuermann/Ratschow*, EStG § 20 Rn. 368.

III. Typologische Einordnung und steuerliche Behandlung der verschiedenen Termingeschäftsformen

1. Abgrenzung zum Kassa- und Liefergeschäft

Das Termingeschäft ist nach wertpapier- bzw. bankrechtlichen Maßstäben vom sog. Kassageschäft abzugrenzen.²³ Beim Kassageschäft hat der Leistungsaustausch durch Übertragung der Schuldverschreibung mit der darin wertpapiermäßig verbrieften Forderung Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises innerhalb der für diese Geschäfte üblichen Frist von zwei Tagen zu erfolgen.²⁴ Durch die spätere Rückzahlung des Emittenten an den Erwerber wird nicht der Vertrag über den Erwerb des Zertifikats, sondern die durch die Schuldverschreibung verbrieft Forderung erfüllt; demgegenüber zeichnet sich das Termingeschäft dadurch aus, daß der Erfüllungszeitpunkt hinausgeschoben wird, woraus sich die für Termingeschäfte spezifische Gefährlichkeit und damit das für die Qualifizierung als Börsentermingeschäft wesentliche Schutzbedürfnis des Anlegers ergibt.²⁵ Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof (BGH) zur aufsichtsrechtlichen Abgrenzung von Termingeschäften und Kassageschäften typologische Risikokriterien (Hebelwirkung, Totalverlustrisiko, Nachschußrisiko) herangezogen.²⁶

Keine Termingeschäfte als Kassageschäfte sind bspw. *Index-Partizipationszertifikate*, d.h. Schuldverschreibungen, die einen Anspruch des Inhabers gegen den Emittenten auf Zahlung eines Geldbetrags verbrieft, dessen Höhe vom Stand des zugrundeliegenden Index am Ende der Laufzeit abhängt.²⁷ Auch *Knock-out-Zertifikate* sind Kassageschäfte und damit keine Termingeschäfte i.S.d. § 15 Abs. 4 S. 3 EStG.²⁸

Devisen-, Waren und Wertpapiertermingeschäfte sind *Liefergeschäfte* und unterscheiden sich von Termingeschäften i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG dadurch, daß sie auf die Lieferung des Basiswertes gerichtet sind.²⁹

Termingeschäfte, die auf einen – erkennbar – nicht lieferbaren Basiswert gerichtet sind, sind *Differenzgeschäfte* i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG.³⁰

2. Einzelne Termingeschäfte

Zu den Termingeschäften zählen insbesondere *Optionsgeschäfte*, *Swaps*, *Devisentermingeschäfte*, *Forwards* oder *Futures*.³¹ Dabei können Termingeschäfte in bedingte Termingeschäfte (o.g. Optionsgeschäfte) und Festgeschäfte als unbedingte Termingeschäfte (o.g. Futures oder Forwards) klassifiziert werden.³²

a) Bedingte Termingeschäfte

aa) Optionsgeschäfte

Zu den Termingeschäften im betrieblichen Bereich gehören nicht nur Waren- und Devisentermingeschäfte mit Differenzausgleich, sondern auch Optionsgeschäfte, die der Absicherung tatsächlich durchgeführter Grundgeschäfte (Waren-, Wertpapier-, Devisentermingeschäfte) dienen.³³ Die Durchführung des Grundgeschäfts muß jedoch nicht ausgeschlossen sein; bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind auch Gegengeschäfte erfaßt, wenn beide Geschäfte derart miteinander verknüpft sind, daß der auf die Realisierung einer Differenz zwischen Eröffnungs- und Gegengeschäft gerichtete Wille der Vertragsparteien erkennbar ist.³⁴

Beim Optionsgeschäft erhält der Käufer der Option das Recht, aber nicht die Verpflichtung, zu einem späteren Zeitpunkt eine bestimmte Menge eines Basiswertes (insbesondere Aktien, Indizes oder festverzinsliche Wertpapiere), zu einem bestimmten Zeitpunkt zu im Voraus festgelegten Bedingungen zu kaufen (*Call*) oder zu verkaufen (*Put*).³⁵ Der Optionsnehmer erzielt einen Vorteil in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem Marktwert und dem fest vereinbarten Basispreis der gelieferten Werte.³⁶ Die Steuerpflicht ergibt sich aus § 20 Abs. 2 Nr. 3 EStG.

Wird das Basisgeschäft nicht durchgeführt, kann der Optionsnehmer die Option vor Fälligkeit veräußern (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 b)) oder bei Fälligkeit den

²³ BFH, Urt. v. 06.07.2016 – I R 25/14, DStR 2016, 2388, 2392.

²⁴ BFH, Urt. v. 04.12.2014 – IV R 51/11, DStRE 2015, 458, 460; *Johannemann/Reiter*, DStR 2015, 1489.

²⁵ BGH, Urt. v. 13.07.2004 – XI ZR 178/03, BeckRS 2004, 7676; BFH, Urt. v. 04.12.2014 – IV R 51/11, DStRE 2015, 458, 460.

²⁶ *Johannemann/Reiter*, DStR 2015, 1489.

²⁷ BFH, Urt. v. 04.12.2014 – IV R 51/11, DStRE 2015, 458, 460; *Schmidt/Wacker*, EStG § 15 Rn. 902.

²⁸ BFH, Urt. v. 08.12.2021 – I R 24/19, DStR 2022, 1256, 1258; *Brandis/Heuermann/Bode*, EStG § 15 Rn. 717.

²⁹ *Dahm/Hamacher*, DStR 2008, 1910.

³⁰ *Dahm/Hamacher*, DStR 2008, 1910.

³¹ BT-Drs. 16/4841, 55.

³² *Brandis/Heuermann/Ratschow*, EStG § 20 Rn. 368.

³³ Vgl. BT-Drs. 14/443, S. 28 f.; *Brandis/Heuermann/Bode*, EStG § 15 Rn. 717.

³⁴ BFH, Urt. v. 20.11.2018 – VIII R 37/15, DStR 2019, 553, 554; *Brandis/Heuermann/Ratschow*, EStG § 20 Rn. 368; vgl. zu den „Gegengeschäften“ jüngst Nds. FG Urt. v. 23.10.2024 – 3 K 2/24, DStRE 2026, 78, Rev. eingelegt, BFH IV R 19/24.

³⁵ BMF 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85 Rn. 10; Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 74 2026 Stand: 13.10.2025; *Mareike Popp*, Termingeschäfte Rn. 2; *Brandis/Heuermann/Ratschow*, EStG § 20 Rn. 348.

³⁶ BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236, 237.

Differenzbetrag als Ausgleich vereinnahmen (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a)). Bestimmte Produkte verfallen automatisch, wenn ein bestimmtes Ereignis, insbesondere wenn der Basiswert eine bestimmte Schwelle unter- oder überschreitet (*Knock-out-Produkte*).³⁷

Nicht zu den Termingeschäften zählen Zertifikate und Optionsscheine, die von Banken und anderen Kapitalanlagegesellschaften ausgegeben werden.³⁸

bb) Zinsbeschränkungsvereinbarungen: Caps, Floors, Collars

Zinsbegrenzungsvereinbarungen – *Caps* (Zinsoberbegrenzungen), *Floors* (Zinsunterbegrenzungen) oder *Collars* (eine Kombination aus Caps und Floors) – sind von vornherein auf die Zahlung eines Ausgleichsbetrags gerichtet, wenn ein bestimmter Zinssatz einen bestimmten Betrag unter- oder überschreitet.³⁹

Floors, Caps und Collars sind bedingte Termingeschäfte und Zinsbegrenzungsverträge, die regelmäßig als Sicherungsinstrumente eingesetzt werden.⁴⁰

Der Käufer eines **Caps** zahlt eine Prämie, um sich gegen steigende Zinsen abzusichern, indem er eine Zahlung erhält, wenn der Marktzins den vereinbarten Zinssatz überschreitet, wodurch seine variabel verzinslichen Verbindlichkeiten Festzins-Charakter erhalten; der Verkäufer des Caps erhält dafür die sog. Cap-Prämie und trägt das Risiko der Zinszahlung.⁴¹

Beim Gegenstück des Cap – einem **Floor** – wird eine Zinsuntergrenze vereinbart, die dem Anleger garantiert, daß die Verzinsung eines Basiswerts während einer Niedrigzinsphase auf das Mindestniveau festgeschrieben wird; die Differenz trägt der Verkäufer des Floors.⁴²

Ein **Collar** ist eine Vereinbarung, die eine Preisobergrenze (Cap) und Preisuntergrenze (Floor) für ein Geschäft mit kontinuierlichen Zahlungsströmen festlegt, wobei Zahlungen zwischen Käufer und Verkäufer erfolgen, wenn der Referenzwert diese Grenzen überschreitet oder unterschreitet; je nach vertraglicher Gestaltung kann der Collar einheitlich oder als zwei separate Geschäfte betrachtet werden.⁴³

b) Unbedingte Termingeschäfte / Festgeschäfte: Futures, Forwards, Swaps

Konträr zu bedingten Termingeschäften gehen die Vertragsparteien beim Festgeschäft bereits bei Geschäftsabschluß die feste Verpflichtung ein, zu einem späteren Zeitpunkt bspw. einen bestimmten Kaufgegenstand zu einem vereinbarten Preis zu erwerben oder zu liefern (unbedingtes Termingeschäft).⁴⁴ Als Beispiele hierfür können Futures, Forwards und Swaps dienen.

Futures sind börslich gehandelte, standardisierte Termfestgeschäfte, **Forwards** dagegen außerbörslich gehandelte, individuell ausgestaltete Festgeschäfte.⁴⁵ Anstelle der Lieferung kann ein Differenzausgleich in Geld vereinbart werden (Barausgleich).⁴⁶

Bei Futures verpflichtet sich eine Vertragspartei dazu, eine bestimmte Menge z. B. eines Finanztitels zu einem festgelegten Preis und Zeitpunkt zu liefern, während die andere Partei zur Abnahme verpflichtet ist.⁴⁷ Man unterscheidet zwischen *Financial Futures* und *Commodity Futures*, die an speziellen Terminbörsen wie der EUREX oder der COMEX gehandelt werden.⁴⁸ Beim Kauf eines Futures zahlt der Käufer eine *Initial Margin* als Sicherheit an die Clearingstelle, die am Ende des Kontrakts zurückgezahlt wird.⁴⁹ Während der Laufzeit werden täglich *Variation Margins* berechnet, um je nach Kursentwicklung des Futures Gewinne oder Verluste auszugleichen, wobei der endgültige Ausgleich bei Beendigung des Kontrakts erfolgt.⁵⁰

Swaps (Zinsswaps, Währungsswaps, kombinierte Zins- und Währungsswaps) dienen dem Austausch von relativen Vorteilen, die sich aus bestimmten wirtschaftlichen Bezugsgrößen (z.B. Zinssätzen) ergeben.⁵¹ Auch jene Swaps stellen unbedingte Termingeschäfte, mithin Festgeschäfte dar.⁵²

c) Sonderfälle und Grenzfragen – Devisentermingeschäfte und Leerverkäufe

Devisentermingeschäfte stellen wegen der Wechselwirkung zwischen Lieferung und Differenzausgleich eine besondere Fallgruppe dar.

Ein auf Differenzausgleich gerichtetes Devisentermingeschäft liegt vor, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich oder konkludent vereinbaren, daß keine effektive Lieferung der Devisen erfolgen soll, sondern

³⁷ Brandis/Heuermann/Ratschow, EStG § 20 Rn. 369.

³⁸ Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 74, 2026, Stand: 13.10.2025, Mareike Popp, Termingeschäfte Rn. 1.

³⁹ BMF v. 19.05.2022, BStBl. I 22, 742 Rn. 40.

⁴⁰ Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1915.

⁴¹ Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1915.

⁴² Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1915.

⁴³ Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1915.

⁴⁴ BMF 18.01.2016, BStBl. I 2016, 9 Rn. 10, Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 74 2026 Stand: 13.10.2025, Mareike Popp, Termingeschäfte Rn. 2.

⁴⁵ Brandis/Heuermann/Ratschow, EStG § 20 Rn. 372.

⁴⁶ Brandis/Heuermann/Ratschow, EStG § 20 Rn. 372.

⁴⁷ Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1914.

⁴⁸ Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1914.

⁴⁹ Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1914.

⁵⁰ Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910, 1914.

⁵¹ Brandis/Heuermann/Krumm EStG § 5 Rn. 3916.

⁵² Dahm/Hamacher, DStR 2008, 1910; jüngst Swaps als Termingeschäfte bejahend Nds. FG, Urt. v. 11.02.2025 – 8 K 169/23, DStRE 2025, 1346.

stattdessen ein Ausgleich der Kursdifferenz. Auf einen Differenzausgleich in Bezug auf ein Gegengeschäft ist das Termingeschäft insbesondere dann gerichtet, wenn Eröffnungs- und Gegengeschäft derart miteinander verknüpft sind, daß der Wille der Parteien, eine positive oder negative Differenz aus Eröffnungs- und Gegengeschäft zu realisieren, erkennbar wird.⁵³

Nicht auf „physische“ Lieferung, sondern auf Differenzausgleich gerichtet sind Devisentermingeschäfte auch dann, wenn Eröffnungs- und Gegengeschäft nicht „netto“ (durch Zahlung lediglich der Differenz durch denjenigen, zu dessen Ungunsten sich der Devisenkurs entwickelt hat), sondern „brutto“ abgewickelt werden, also durch Lieferung der Devisen und anschließenden Rücktausch. Dies setzt zwar nicht zwingend die Identität der Vertragspartner voraus, erfordert jedoch, daß das Gegengeschäft zeitlich vor Fälligkeit des Eröffnungsgeschäfts abgeschlossen wird.⁵⁴

Erfolgt hingegen eine effektive Lieferung der Devisen, richtet sich die steuerliche Behandlung nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EStG; maßgeblich ist dabei insbesondere, ob die Anschaffung der Fremdwährung dem Rückverkauf zeitlich vorgeht (sog. *Leerverkauf*); ein Leerverkauf liegt dabei steuerlich vor, wenn ein Wirtschaftsgut zunächst veräußert wird, obwohl es (noch) nicht angeschafft ist, mithin die Anschaffung erst nach der Veräußerung erfolgt.⁵⁵

Die jüngste Entscheidung des FG München⁵⁶ und die daran anknüpfende Einordnung von Tauschvorgängen zwischen Währungen verdeutlichen, daß eine wirtschaftsgutbezogene und zeitpunktgenaue Dokumentation erforderlich ist, um Anschaffungs- und Veräußerungszeitpunkte steuerlich zutreffend zu bestimmen und das jeweilige Geschäft korrekt einzuordnen.

IV. Steuerrechtliche Grundsystematik und Zuordnung

Im Einkommensteuerrecht werden Termingeschäfte systematisch in drei relevante Einkunftsarten eingeordnet: (1) Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG), (2) private Veräußerungsgeschäfte (§ 23 EStG) und (3) Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG). Dieses dreisäulige System verlangt vom steuerrechtlichen Berater eine genaue Prüfung der Vertragslage, des wirtschaftlichen Sachverhalts und der Dokumentation der tatsächlichen Durchführung.

1. Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG)

Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG) zählen Gewinne aus Termingeschäften, soweit der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen – durch den Wert einer variablen Bezugsgröße bestimmten – Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Der Gesetzgeber zielt damit insbesondere auf jene Fälle ab, in denen das Risiko aus der Wertentwicklung eines Basiswerts einseitig ökonomisch – und regelmäßig durch *Cash Settlement* – ausgeglichen wird, also keine Lieferung erfolgt, sondern ausschließlich Zahlungen fließen.⁵⁷

2. Private Veräußerungsgeschäfte (§ 23 EStG)

Fällt der Vorgang nicht unter § 20 EStG, etwa weil tatsächlich eine Lieferung statt Barausgleich erfolgt (wie bei Forwards, traditionellen Devisenterminkontrakten, physischen Rohstofflieferungen), ist steuerlich zu prüfen, ob ein privates Veräußerungsgeschäft i. S. d. § 23 EStG vorliegt. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn das Wirtschaftsgut innerhalb eines Jahres nach Anschaffung wieder veräußert wird, wobei die Zeitpunkte der Anschaffung und Veräußerung sorgfältig zu dokumentieren sind.⁵⁸

Die zuvor bereits erwähnten Leerverkäufe (Anschaffung vor Veräußerung) sind durch den mit Wirkung vom 24.12.2016 eingefügten § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EStG⁵⁹ nach gleichlautender vorausgehender gefestigter Rechtsprechung⁶⁰ zwingend als private Veräußerungsgeschäfte zu qualifizieren, soweit keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen (§ 15 EStG).

3. Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG)

Sofern Termingeschäfte im Rahmen eines Gewerbebetriebs ausgeführt werden, gelten besondere Verlustverrechnungsregeln (§ 15 Abs. 4 S. 3 bis 5 EStG), auf die nachfolgend ausführlicher eingegangen wird. Der Hintergrund ist das Risiko einer mißbräuchlichen Verlagerung hoch volatiler Verluste auf betriebliche Einkünfte. Nur dann, wenn das Geschäft nachweislich einem Sicherungszweck dient und eine gegenläufige Erfolgskorrelation zum Grundgeschäft vorliegt, ist ein uneingeschränkter Ausgleich möglich.⁶¹

⁵³ BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236, 237; *Brandis/Heuermann/Bode*, EStG § 15 Rn. 717.

⁵⁴ *Brandis/Heuermann/Bode*, EStG § 15 Rn. 717.

⁵⁵ Einfügung durch Gesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000; ausführlich *Arendt*, NWB 2024, 574; vgl. BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236, m. w. N..

⁵⁶ FG München, Urt. v. 03.04.2025 – 11 K 2041/21, DStRK 2025, 185, BeckRS 2025, 9449.

⁵⁷ Vgl. BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236, 237.

⁵⁸ Vgl. BFH, Urt. v. 06.07.2016 – I R 25/14, DStR 2016, 2388, 2392, BStBl. II 2017, 342.

⁵⁹ Einfügung durch Gesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000.

⁶⁰ Vgl. BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236, m. w. N..

⁶¹ Vgl. Nds. FG, Urt. v. 11.02.2025 – 8 K 169/23, BeckRS 2025, 6814.

4. Abgrenzung private Vermögensverwaltung vs. gewerblicher Handel

Die Einordnung als private Vermögensverwaltung (§§ 20, 23 EStG) oder als gewerbliche Tätigkeit (§ 15 EStG) ist zentraler Kernpunkt der steuerlichen Bewertung von Termingeschäften und entscheidet über die Geltung von Verlustausgleichsregeln, Buchführungspflicht, Gewerbesteuer und weitere Pflichten. Relevant sind nicht die absolute Anzahl von Transaktionen oder das Volumen der Geschäfte, sondern die Gesamtumstände.⁶²

In aller Regel bleibt der Anleger, der eigenverantwortlich über Depotbanken handelt und keine Marktteilnehmerfunktion oder eigene Organisation im bankähnlichen Stil besitzt, im Bereich der privaten Vermögensverwaltung – selbst bei hohem Fremdfinanzierungsgrad; für die Feststellung der Gewerblichkeit ist zu prüfen:⁶³

- Besteht eine eigene Organisation, Bankstatus, Händlerqualität?
- Werden Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung ausgeführt?
- Gibt es Abschlußvollmachten für Dritte?
- Wird mit anderen Marktteilnehmern direkt gehandelt?

Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kommt grundsätzlich eine Einstufung als gewerblicher Wertpapier-/Derivatehandel in Betracht.

5. Entscheidend: Differenzgeschäft (Barausgleich) vs. Lieferung

Das Steuerrecht – und mit ihm die finanzgerichtliche Rechtsprechung – knüpft entsprechend vorstehender Ausführungen an das Unterscheidungskriterium des Abwicklungsmodus für Termingeschäfte an. Hierdurch entscheidet sich, ob die steuerbaren Einkünfte dem Kapitalvermögen, privaten Veräußerungsgeschäften oder gewerblichen Einkünften zuzuordnen sind.

a) Differenzausgleich

Ein Geschäft ist dann auf Differenzausgleich gerichtet, wenn beide Vertragsparteien bereits bei Vertragsschluß objektiv nachvollziehbar vereinbaren, daß eine Lieferung des Basiswerts (beispielsweise einer Aktie, Fremdwährung oder eines Rohstoffs) nicht geschuldet ist, sondern ausschließlich der Wertunterschied – gleich, ob positiv oder negativ – durch die Zahlung eines Geldbetrags auszugleichen ist. Diese Abrede wird

regelmäßig in den einschlägigen Vertragsbedingungen dokumentiert, etwa im ISDA Master Agreement, dem Deutschen Rahmenvertrag (DRV) für Finanztermingeschäfte, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Brokern und Clearingstellen sowie in den maßgeblichen Händlerstatuten, und spiegelt sich auch in der gelebten Praxis der Marktteilnehmer wider. Typische Anwendungsfälle sind börsengehandelte Futures, Swaps, Differenzkontrakte (Contracts for Difference = CFDs), Non-Deliverable Forwards (NDFs), die meisten Zinsswaps sowie während der Laufzeit als „geglättet“ ausgestaltete Optionen.

Der BFH stellte mit Urteil vom 24.10.2017 – VIII R 35/15⁶⁴ klar, daß das entscheidende Kriterium der Zweckbestimmung bei Vertragsabschluß und der tatsächlichen Erfüllung nach objektiven Maßstäben zu dokumentieren ist. Die bloße Möglichkeit oder nachträgliche Entscheidung eines Gegengeschäfts, etwa im Rahmen einer Kursabsicherung oder Portfoliooptimierung, reicht dagegen für die steuerliche Anerkennung als Termingeschäft nach § 20 EStG gerade nicht aus. Fehlt die eindeutige Zweckbestimmung auf Differenzausgleich und ist die Lieferung dominierend, so wird das Geschäft steuerlich anders eingeordnet.

b) Lieferung des Basiswerts (physisch oder ökonomisch)

Wird das Wirtschaftsgut tatsächlich geliefert – beispielsweise im Rahmen eines Lieferforwards, einer Devisenabwicklung mit Valutenbuchung, eines Rohstoffgeschäfts mit Ware-per-Kreditabwicklung – sind die steuerlichen Konsequenzen andere. Dann handelt es sich um ein privates Veräußerungsgeschäft, bei dem die steuerliche Erfassung der realisierten Wertsteigerung (Differenz zwischen Anschaffung und Veräußerung, jeweils im Zeitpunkt der Transaktion umgerechnet in Euro) entscheidend ist. Die steuerliche Zuordnung nach § 23 EStG verlangt Sorgfalt hinsichtlich der Frist – klassischerweise gilt die einjährige Haltefrist (zehn Jahre in Fällen von § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 4 EStG) – und der strikten Dokumentation der Erwerbs- und Veräußerungszeitpunkte.⁶⁵

Von besonderer Bedeutung sind hier Devisengeschäfte, bei denen etwa der Umtausch von Euro in US-Dollar und die spätere Rückabwicklung steuerlich relevant werden. Die im Jahr 2016 eingefügte Leerverkaufsregelung nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EStG⁶⁶ schließt die Regelungslücke im Bereich der Veräußerungen, die früher als die Erwerbsvorgänge stattfinden.

⁶² Vgl. Nds. FG, Urt. v. 11.02.2025 – 8 K 169/23, BeckRS 2025, 6814.

⁶³ Vgl. jeweils m.w.N.: BFH, Urt. v. 09.07.2019 – X R 9/17, DStR 2019, 2626; FG Baden-Württemberg Urt. v. 29.04.2024 – 10 K 1091/23, EFG 2024, 1505, BeckRS 2024, 13534; FG Köln, Urt. v. 23.10.2014 – 11 K 1217/09, EFG 2015, 217, BeckRS 2014, 96509.

⁶⁴ BFH, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, DStR 2018, 236.

⁶⁵ Vgl. BFH, Urt. v. 06.07.2016 – I R 25/14, DStR 2016, 2388.

⁶⁶ Einfügung durch Gesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000.

6. Gewinnermittlung und Dokumentationspflichten

Die Gewinnermittlung und Dokumentation bei Termingeschäften richtet sich nach den Tatbeständen des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Buchst. a und b EStG sowie den Grundsätzen des § 20 Abs. 4 EStG, mit Abgrenzungen zu § 15 Abs. 4 S. 3 EStG für betriebliche Fälle.⁶⁷

a) § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Buchst. a EStG: Differenzausgleich

Steuerbar ist der Differenzausgleich oder ein durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmter Geldbetrag oder Vorteil, wenn ein Termingeschäft mit zeitlich verzögerter Erfüllung vorliegt und der Barausgleich von vornherein vereinbart ist; der Gewinn ist der erhaltene Differenz- oder Geldbetrag abzüglich der Aufwendungen im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang, etwa gezahlte Optionsprämien und Nebenkosten; die von Kassageschäften abzugrenzen sind.⁶⁸

b) § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Buchst. b EStG: Veräußerung als Termingeschäft ausgestalteter Finanzinstrumente

Erfasst sind Veräußerung, rechtliche Glattstellung und nach h.M. auch der Verfall des Finanzinstruments. Der Gewinn ist der Veräußerungserlös abzüglich der Anschaffungskosten und unmittelbaren Nebenkosten, einschließlich gezahlter Stillhalterprämien als Anschaffungskosten.⁶⁹

c) Gewinnermittlung nach § 20 Abs. 4 EStG

Gewinn bei Termingeschäften ist der Differenzausgleich oder der wertabhängige Geldbetrag beziehungsweise Vorteil abzüglich der unmittelbar zuordenbaren Aufwendungen; bei Veräußerung eines Finanzinstruments sind Einnahmen abzüglich Anschaffungskosten und unmittelbarer Nebenkosten anzusetzen; die Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktienverluste bleibt unberührt, die frühere Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG bei Termingeschäften auf 20.000 Euro ist aufgehoben.⁷⁰

d) Dokumentationspflichten und Nachweise

Für die zutreffende Anwendung von § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Buchst. a oder b EStG sind insbesondere

- die vertragliche Ausgestaltung des Termingeschäfts,
 - der Basiswert,
 - die zeitlich verzögerte Erfüllung,
 - der vereinbarte Differenzausgleich oder Vorteil,
 - die verschiedenen Zeitpunkte von Anschaffung und Veräußerung,
 - Höhe der Einnahmen und Ausgaben sowie
 - die Abwicklung durch Glattstellung
- zu dokumentieren sowie Nachweise über Optionsprämien, Stillhalterprämien und Nebenkosten als Anschaffungs- oder Veräußerungsaufwendungen zu führen.⁷¹

Von besonderer Relevanz bei Fremdwährungsgeschäften ist die zeitpunktbezogene Umrechnung auf Euro; für jede Einnahme und jeden Aufwand ist der entsprechende Kurs des jeweiligen Transaktionszeitpunkts zu verwenden – bei Lieferung ist dies der Wertstellungs- oder Buchungstag.⁷²

V. Verlustverrechnung bei privaten Termingeschäften – Historie, Gesetzesentwicklung und aktuelle Praxis nach JStG 2024

Bis Ende 2023 galt für Verluste aus privaten Termingeschäften eine Verrechnungsgrenze von 20.000 Euro pro Jahr (§ 20 Abs. 6 S. 5 EStG a.F.), darüber hinaus nur Vortrag und Ausgleich mit künftigen Gewinnen aus Termingeschäften oder Stillhalterprämien. Diese Beschränkung war in der Praxis – oft bei komplexen Anlageportfolios oder intensiven Marktbewegungen – von erheblicher finanzieller Bedeutung und wurde auch rechtspolitisch und verfassungsrechtlich breit kritisch diskutiert.⁷³ Die Rechtsprechung des BFH – insbesondere der Beschluß vom 07.06.2024⁷⁴ – äußerte gravierende verfassungsrechtliche Zweifel an der Beschränkung, weil das steuerliche Nettoprinzip und der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt werden könnten.

Mit dem JStG 2024 wurde die Verlustverrechnungsbeschränkung für Termingeschäfte aufgehoben.⁷⁵ Die bekannten Grenzen für Aktienverluste (§ 20 Abs. 6 S. 4 EStG) bestehen weiterhin. Für den betrieblichen Bereich gelten die Ausgleichs- und Abzugsverbote nach § 15 Abs. 4 EStG (ggf. mit Rückausnahme) fort. Steuerliche Berater sollten offene Steuerbescheide oder Altfälle von der Finanzverwaltung überprüfen lassen, um eine vollständige Verlustverrechnung nach neuer Gesetzeslage zu erzielen.

⁶⁷ Schmidt/Levedag, EStG § 20 Rn. 165; Schmidt/Wacker, EStG § 15 Rn. 902.

⁶⁸ Schmidt/Levedag, EStG § 20 Rn. 165 f.; BFH, Ur. v. 20.10.2016 – VIII R 55/13, DStR 2017, 250.

⁶⁹ Schmidt/Levedag, EStG § 20 Rn. 167, 170; BFH, Ur. v. 20.10.2016 – VIII R 55/13, DStR 2017, 250.

⁷⁰ Schmidt/Levedag, EStG § 20 Rn. 165.

⁷¹ Schmidt/Levedag, EStG § 20 Rn. 165 f., 170.

⁷² Vgl. FG Hessen, Ur. v. 26.10.2023 - 7 K 854/20, EFG 2024, 842, BeckRS 2023, 46162, m.w.N.

⁷³ Bachmann/Seifert, DStR 2021, 1, 3; Dahm/Hoffmann, DStR 2020, 81, 84.

⁷⁴ BFH, Beschl. v. 07.06.2024 - VIII B 113/23, DStR 2024, 1476.

⁷⁵ BGBl. I 2024 Nr. 387; vgl. § 52 Abs. 28 S. 25 EStG n.F.

VI. Verlustverrechnung in der betrieblichen Sphäre

Im betrieblichen Bereich ist die steuerliche Berücksichtigung für Termingeschäfte anders geregelt als bei privater Vermögensverwaltung. Nach § 15 Abs. 4 S. 3 EStG wird ein Verlustausgleich mit anderen betrieblichen Einkünften ausgeschlossen; Verluste aus Termingeschäften dürfen nur mit entsprechenden Gewinnen aus ähnlichen Geschäften verrechnet werden. Eine wichtige Ausnahme stellt die sog. Sicherungszweckregelung (§ 15 Abs. 4 S. 4 EStG) dar: Dient das Termingeschäft objektiv der Absicherung eines Bestandteils des laufenden Geschäftsbetriebs – etwa Zins-Swap zur Abdeckung eines variabel verzinsten Darlehens – und besteht eine gegenläufige Erfolgskorrelation, kann der Verlust als Betriebsausgabe angesetzt werden. Nachweise sind hier zwingend erforderlich: Belege über die Strategie, parallele Darstellung von Zahlung und Performance, dokumentierte Gegenläufigkeit. Die jüngste finanzgerichtliche Entscheidung des Niedersächsischen FG vom 11.02.2025 - 8 K 169/23⁷⁶ unterstreicht die diesbezüglichen Dokumentations- und Nachweispflichten.

VII. Praktische Gestaltungsempfehlungen und Dokumentationsstrategien

Für die rechtssichere Einordnung und Umsetzung der steuerlichen Vorgaben zur Verlustberücksichtigung gibt es eine Reihe von Gestaltungsempfehlungen, nachfolgend die wichtigsten:

- Die Zweckbestimmung der Vertragsparteien sollte immer klar und frühzeitig dokumentiert werden; Vertragsklauseln („Cash Settlement“, „Netting“), ISDA- oder DRV-Anhänge, interne „Closing“-Vermerke und Broker-Statements sind als Nachweis unerlässlich.
- Bei Fremdwährungsinstrumenten muß die zeitpunktbezogene Euro-Umrechnung (Einnahmen und Anschaffungskosten) sorgfältig umgesetzt werden; für Veräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG gelten die Fristen und die wirtschaftsgutbezogene Erfassung.
- Stillhaltergeschäfte sollten in der Buchführung und steuerlichen Erklärung nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG behandelt werden; die Trennung von Basisgeschäft und Stillhaltergeschäft (Trennungsprinzip) ist nach der Rechtsprechung zwingend.
- Im betrieblichen Bereich ist bei Swaps und Absicherungsgeschäften der wirtschaftliche Zusammenhang nachzuweisen – hier sind dokumentierte

Belege für die Gegenläufigkeit und den Ist-Sicherungszweck fiskalisch entscheidend.

- Die Abgrenzung „privat vs. gewerblich“ ist anhand klarer Indikatoren vorzunehmen; Bankstatus, Händlerorganisation oder Abschlußvollmachten sind entscheidend – die bloße Teilnahme über Depotbanken ist nicht ausreichend.
- Im Zusammenhang mit der beschränkten Verlustverrechnung nach JStG 2020 sollten alle offenen Fälle einer Überprüfung unterzogen und Bescheide ggf. angepaßt oder offengehalten werden.

VIII. Fazit und Handlungsempfehlung

Die steuerliche Behandlung von Termingeschäften in Deutschland bleibt komplex, facettenreich und erfährt regelmäßig Anpassungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung. Insbesondere die präzise Unterscheidung zwischen Differenzgeschäften (Barausgleich) und physischer Lieferung, die systematische Zuordnung der Einkünfte zu den richtigen Einkunftsarten sowie die Möglichkeiten der Verlustberücksichtigung sind für die steuerliche Beratungspraxis von zentraler Bedeutung.

Mit dem Jahressteuergesetz 2024 hat der Gesetzgeber die rechtliche notwendige Korrektur vorgenommen und die zuvor geltende Verlustverrechnungsbeschränkung auf 20.000 Euro für Termingeschäfte aufgehoben. Diese Rechtsänderung eröffnet für Mandanten und ihre Berater neue Spielräume bei der steuerlichen Verrechnung von Verlusten aus Termingeschäften und wirkt zugleich auf zahlreiche offene Fälle zurück. Die weiterhin bestehende Beschränkung für Aktienverluste und die besonderen Regelungen im betrieblichen Bereich bleiben hiervon jedoch unberührt.

Die laufende Rechtsprechung, vor allem des BFH, legt verstärkt Wert auf das Kriterium der Zweckbestimmung und fordert eine konsequente Trennung zwischen den verschiedenen Einkunftsarten. Maßgeblich sind die tatsächliche Vertragsgestaltung sowie deren Dokumentation und die objektivierte Zielrichtung der Beteiligten bei Abschluß und Abwicklung des jeweiligen Geschäfts.

Für Berater und deren Mandanten folgt daraus, daß sämtliche Vertragsinhalte, die Zweckbestimmung, der wirtschaftliche Zusammenhang und die maßgeblichen steuerlichen Fristen lückenlos, nachvollziehbar und unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsentwicklung zu dokumentieren und zu prüfen sind. Nur eine vorausschauende Dokumentation und eine an der Praxis orientierte Einordnung ermöglichen es, erhebliche steuerliche Risiken zu vermeiden und zugleich die neuen Gestaltungsmöglichkeiten effizient zu nutzen.

⁷⁶ Nds. FG, Urt. v. 11.02.2025 - 8 K 169/23, DStRE 2025, 1346.

Abstimmungen, Mehrheiten und Protokollierung

Rechtsanwalt Jürgen Wagner, LL.M., Allensbach am Bodensee/Zürich

I. Abstimmungen, Mehrheiten und Protokollierung

1. Abstimmungen¹

Vereine und Verbände fassen ihre Beschlüsse „durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder“, § 32 Abs. 1 S. 1 BGB. Abgestimmt wird nach Ende der Diskussion, sofern ein entsprechender Antrag formuliert ist.² Liegen mehrere Anträge vor, wird zunächst über den weiterreichenden, ansonsten über den eher eingegangenen abgestimmt. Über den weitestgehenden Antrag wird also zuerst abgestimmt. Doch was ist der weitestgehende Antrag? Bestehen hierüber Zweifel, welches der weitestgehende Antrag ist, ist guter Rat teuer. Man kann die Versammlung diskutieren lassen oder eine Entscheidung treffen. So sieht bspw. § 11 Abs. 4 der Geschäftsordnung der DLRG vor, daß in diesem Fall der Versammlungsleiter ohne Aussprache entscheidet. Manchmal ist jedoch an diesem Punkt eine Aussprache angebracht, da das Klima einer Versammlung gerade an diesen Fragen schnell kippen kann. Dem Versammlungsleiter ist zu empfehlen, einen Beschluss der Versammlung herbeizuführen.

Ein Antrag gilt als angenommen, wenn nach dem tatsächlichen Abstimmungsergebnis die gültig abgegebenen Stimmen die **erforderliche Mehrheit** erreichen. Gefällte Beschlüsse der Versammlung sollten vom **Versammlungsleiter verkündet** werden. Die Verkündung eines solchen Beschlusses ist für die Rechtsgültigkeit jedoch nicht notwendig. Die Verkündung des Abstimmungsergebnisses stellt die **Beendigung der Abstimmung** fest. Geschlossen wird die Mitgliederversammlung **nach Behandlung aller Tagesordnungspunkte** durch den Versammlungsleiter. Durch die formelle Schließung wird die Handlungsmacht des zusammengetretenen Vereinsorgans Mitgliederversammlung beendet.

Die **Möglichkeiten der Einflußnahme der Mitgliederversammlung** sind somit erst wieder in der nächsten einberufenen Mitgliederversammlung ge-

geben. Problematisch wird die Zuordnung der Berufung über den **Ausschluß** aus dem Verein an die Mitgliederversammlung. In Fällen der Berufung gegen die Entscheidung des Vorstandes kann dies ja ein knappes Jahr dauern. In Fällen, daß die Mitgliederversammlung für den Ausschluß selbst zuständig ist, ist es Sache des Vorstands, diese vorzubereiten. Die Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Mitgliederversammlung ist also sorgfältig zu gestalten.

In der Regel folgt dem Sammel-Tagesordnungspunkt „Beschlüsse“ ein Tagesordnungspunkt **„Sonstiges“**, der allen Mitgliedern die Gelegenheit einräumt, noch nicht behandelte Themen oder Aspekte anzusprechen – dies ist jedoch nicht der Platz für Dringlichkeitsanträge. Erst danach schließt der Versammlungsleiter formell die Versammlung.

Die Mitgliederversammlung faßt Beschlüsse, die für den Vorstand und die Mitglieder **bindend** sind. Diese Beschlüsse, auch Beschlüsse zur Änderung der Satzung, dürfen (selbstverständlich) weder rechtswidrig noch gesetzeswidrig sein.³

2. Erneute/wiederholte Abstimmung

Wenn Unklarheiten, bspw. bei der Abstimmung, bestehen, also ein besonderer Grund vorliegt, kann vom Versammlungsleiter im Interesse der Rechtssicherheit eine **Wiederholung der Abstimmung** angeordnet werden. Dies aber auch nur dann, wenn noch alle Mitglieder anwesend sind, die sich an der ersten Abstimmung beteiligt haben. Grundsätzlich ist der gefaßte Beschluß aber bindend.⁴

Das **Wiederaufgreifen eines bereits erledigten Tagesordnungspunktes** und v.a. einer neuen Abstimmung ist nach der Rechtsprechung⁵ nur zulässig, wenn die Entscheidung über die Neuabstimmung die – gesetzlichen und satzungsmäßigen – **Verfahrensvorgaben** einhält und die Durchführung der Zweitabstimmung die **Rechte der Versammlungsmitglieder** auf gleichberechtigte Teilhabe an der vereinsinternen Willensbildung wahrt. Es ist in der gesellschaftsrechtlichen Literatur – insbesondere in der aktienrechtlichen

* Jürgen Wagner, LL.M., ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht in Allensbach am Bodensee und Zürich. Der Autor ist Wirtschaftsanwalt, LL.M. (Internationales Wirtschaftsrecht, Universität Zürich) und als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Zürich zugelassen.

Er ist Chefredakteur des [steueranwaltsmagazin online](http://www.steueranwaltsmagazinonline.com) (www.steuerrecht.org) sowie Bundesbeauftragter Vereinsrecht der DLRG. Der Beitrag ist eine zusammengefaßte und ergänzte Betrachtung der Gedanken aus Wagner, [steueranwaltsmagazin](http://www.steueranwaltsmagazin.com) 2025, 80 und 137.

¹ MüKo/Leuschner, BGB, § 27 Rn. 36 ff.; LG Frankfurt 24.07.2020 – 2-15 S 187/19, NZG 2020, 1278.

² Wagner, Verein und Verband, Rn. 356 ff.

³ OLG Nürnberg 22.01.2016 – 1 U 907/14, MMR 2016, 11.

⁴ Wagner, Verein und Verband, Rn 343.

⁵ KG Berlin 07.02.2011 – 24 U 156/10, GRUR-RR 2011, 280 (GemaHV).

Literatur⁶ – umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wiederaufnahme eines bereits erledigten **Tagesordnungspunktes mit erneuter Abstimmung** zulässig ist. Während ein solches Wiederaufgreifen von einem Teil der Literatur als von der **Leitungskompetenz** des Vorsitzenden gedeckt angesehen wird, gehen andere Stimmen in der Literatur davon aus, daß ein Wiederaufgreifen nur beim **Vorliegen neuer Tatsachen oder Gesichtspunkte** oder eines anderen gewichtigen Grundes in Betracht kommt. In der vereinsrechtlichen Literatur wird – soweit ersichtlich – überwiegend vertreten, daß eine Neuauswahl jedenfalls nicht mehr mehrheitlich beschlossen und auch nicht durchgeführt werden kann, wenn auch nur ein **Mitglied die Versammlung bereits verlassen hat**.⁷

Manche halten die Möglichkeit einer Wiederholung ausnahmsweise für zulässig, wenn dies mit einem bloßen **Mehrheitsbeschluß der Versammlung** so gewollt ist. Sind noch alle Tagungsmitglieder anwesend und ausnahmslos einverstanden, spricht zunächst nichts dagegen. Diese Auffassung ist jedoch bedenklich, da mit dem bloßen Hinweis auf mögliche Formfehler „endlos“ abgestimmt werden kann – bis zum „gewünschten“ Ergebnis. Deshalb sollte eine Neuauswahl nicht einfach mehrheitlich (also mit einfacher Mehrheit) beschlossen werden können.⁸

Den Mitgliedern, die einen abgelehnten Antrag der vergangenen Mitgliederversammlung in der nächsten Mitgliederversammlung **erneut stellen**, kann allerdings nicht entgegengehalten werden, man habe darüber ja schon einmal entschieden.

3. Offene oder geheime Abstimmung

Die Abstimmung kann offen durch das **Heben der Hand** erfolgen. Probleme können dabei insofern auftreten, daß die Stimmen **nicht unbefangen** abgegeben werden, wie es gerade bei Personalfragen (z.B. Ausschlussentscheidungen oder der Verhängung von Disziplinarmaßnahmen) naheliegt. Damit würde aber nicht die wirkliche Meinung der abstimmenden Mitglieder zum Ausdruck kommen. Hier sollte bereits der Versammlungsleiter geheime oder wenigstens schriftliche Abstimmung anordnen oder einen entsprechenden Beschluß herbeiführen.⁹

Die Entscheidung der Mitgliederversammlung, die **Abstimmung offen** durchzuführen, ist zu respektieren.

Grundsätzlich besteht **kein Anspruch auf geheime Abstimmung**. Allerdings soll die Art und Weise der Abstimmung sicherstellen, daß sich die Willensbildung möglichst ungehindert vollziehen und ausdrücken kann. Die Verweigerung einer geheimen Abstimmung kann daher fehlerhaft sein, wenn die Offenlegung der Person des Abstimmenden und seines Abstimmungsverhaltens an der unbeeinflussten Stimmabgabe hindern.¹⁰

Jedoch kann **nicht jede potenzielle Beeinträchtigung der freien Willensbildung durch die Entscheidung für eine offene Abstimmung als unzulässig** angesehen werden. Dem Willensbildungsprozeß einer Mitgliederversammlung ist immanent, daß die einzelnen Mitglieder sich Druck und Einflüssen anderer Mitglieder und, je nach Zuschnitt des Vereins, auch der Öffentlichkeit ausgesetzt sehen und damit umgehen müssen. Aus diesem Grund kann nicht jede Taktik und Einflußnahme als unzulässig angesehen werden, dies bedarf vielmehr einer wertenden Betrachtung. Hier ist einerseits zu berücksichtigen, daß sich Mitglieder, die einer Öffnung des Vereins für Personen jeden Geschlechts ablehnend gegenüberstanden und diesen (im entschiedenen Fall) als Herrenverein erhalten wollten, bei einer offenen Abstimmung einem erheblichen Druck ausgesetzt sehen mußten. Denn diese Haltung ist in der heutigen Gesellschaft, welche sich als offen betrachtet und die Gleichberechtigung von Frauen und Männern anerkennt und fördert, nur schwer zu vermitteln. Deshalb und weil es sich bei den Mitgliedern (des Beklagten) um Persönlichkeiten handelt, die naturgemäß in der Öffentlichkeit stehen, mußten sie im Falle der offenen Ablehnung der Satzungsänderung vereinsintern und auch in der Öffentlichkeit deutliche Kritik und ggf. auch persönliche Nachteile befürchten.¹¹

4. Ein interessanter Gedanke

Das OLG Frankfurt (06.07.2018 – 3 U 22/17) entwickelte einen zusätzlichen Gedanken: Auch der **Anspruch** sei zu berücksichtigen, den der Verein an sich selbst stellt. Wer sich als Vereinigung führender Persönlichkeiten versteht, muß diesem Anspruch auch gerecht werden, was regelmäßig damit verbunden ist, größeren Druck aushalten zu können. Zudem haben sich die Mitglieder des Vereins (...) gerade zu dem Zweck zusammengeschlossen, einen lebendigen Gedankenaustausch

⁶ KG Berlin a.a.O., Rn. 11.

⁷ Reichert/Wagner, Kap. 2 Rn. 1772, 1778.

⁸ Stöber/Otto, Rn. 932.

⁹ Wagner, Verein und Verband, Rn. 338; OLG Frankfurt 06.07.2018 – 3 U 22/17, npoR 2019, 12 m. Anm. Krüger/Saberzadeh (Satzungsänderung zur Aufnahme aller Geschlechter als Vereinsmitglieder).

¹⁰ OLG Frankfurt 06.07.2018 – 3 U 22/17, npoR 2019, 12 m. Anm. Krüger/Saberzadeh (Satzungsänderung zur Aufnahme aller Geschlechter

als Vereinsmitglieder); Verweis auf BGH 15.09.1969 – AnwZ 6/69, NJW 1970, 46 f., BGHZ 52, 297; Stöber/Otto, 11. Aufl. 2016, Rn. 794; Reichert/Wagner, 13. Aufl., Rn. 1782.

¹¹ OLG Frankfurt 06.07.2018 – 3 U 22/17, npoR 2019, 12 mit Verweis auf KG Berlin 27.06.1957 – II ZR 15/56, NJW 1957, 1680, 1681, BGHZ 25, 47. Hierzu auch Wagner, Mädchen im Knabenchor, steueranwaltsmagazin 2024, 2.

im Dienst der Gesellschaft zu pflegen und tolerantes Denken und Verhalten zur Voraussetzung der Mitgliedschaft erhoben. Im Hinblick darauf stellt sich die Diskussion über die Öffnung des Vereins für Personen jeden Geschlechts und der Umgang mit den unterschiedlichen hierzu vertretenen Meinungen in Verein und Öffentlichkeit geradezu als Erprobung der zentralen Werte des Vereins dar und als Standortbestimmung seiner heutigen Substanz. Diese Gesichtspunkte begründen ein **berechtigtes Interesse** der übrigen Mitglieder zu erfahren, wer wie zu der umstrittenen Frage steht und wie er sich bei der Abstimmung verhält. Die Entscheidung der Mitgliederversammlung, die Abstimmung offen durchzuführen, ist daher inhaltlich nicht zu beanstanden. Den davon ausgehenden Druck mußten die Mitglieder vor dem Hintergrund ihres Selbstverständnisses und des an sich selbst erhobenen Anspruchs aushalten.“

Der selbst erhobene Anspruch bei der Zweckbestimmung in der Satzung – als Karnevalsverein lustig zu sein?

II. Mehrheiten

Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, s. § 32 Abs. 1 BGB. Gemeint ist immer die Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen. Ungültige Stimmen und Enthaltungen sind keine Ja-Stimmen, werden demzufolge bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses nicht mitgezählt.¹²

Grundsätzlich wird unterschieden zwischen **einfacher, relativer** und **absoluter** Mehrheit sowie **qualifizierter Mehrheit**.¹³ Die Bedeutungen der einzelnen Begriffe können sogar unterschiedlich sein, sie werden auch unterschiedlich benutzt, was zur größeren Verwirrung beiträgt. Die **relative Mehrheit** bedeutet grundsätzlich nichts anderes als das Überwiegen der Ja- gegenüber den Nein-Stimmen. Eine **qualifizierte Mehrheit** wird in der Satzung oder im Gesetz mit einem bestimmten Quorum angegeben, bspw. die 3/4-Mehrheit (z.B. Satzungsänderung, § 33 Abs. 1 BGB oder die Auflösung, § 41 BGB).¹⁴ Sofern **einfache (= absolute) Mehrheit** verlangt wird, ist dies die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, d.h. 50% plus 1 Stimme. Das Kammergericht Berlin hat in seinem Beschluß vom 23.05.2020¹⁵ zum Begriff der sog. „einfachen Mehrheit“ Stellung genommen und die bisherige Rechtsprechung des BGH bestätigt – die einfache Mehrheit bedeutet nicht nur mehr Ja- als Nein-

Stimmen, sondern auch mehr als die Hälfte der gültig abgegebenen Stimmen.

III. Protokollierung

Die Satzung soll Bestimmungen über die Beurkundung der Beschlüsse der Mitgliederversammlung enthalten, § 58 Nr. 4 BGB. Mehr ist dazu gesetzlich (im Vereinsrecht) nicht geregelt. Anders im Aktienrecht: Nach § 107 Abs. 2 S. 1 AktG ist über die Sitzungen des Aufsichtsrats eine Niederschrift zu fertigen, die der Vorsitzende zu unterzeichnen hat. Er trägt damit auch die Verantwortung für die Erstellung und Verteilung des Sitzungsprotokolls. Der Aufsichtsratsvorsitzende hat das Protokoll zu unterzeichnen, muß es aber nicht selbst anfertigen. Hierfür kann er sich eines Protokollführers bedienen. Die Niederschrift muß nicht während der Sitzung abgefaßt oder in einer späteren Sitzung verlesen werden. Auch die Genehmigung des Protokolls auf einer späteren Sitzung ist nicht erforderlich, solange dies nicht in der Satzung oder einer Nebenordnung vorgeschrieben ist. Die einfache Schriftform reicht aus.¹⁶

Dennoch ist die **Genehmigung** zu Beginn der Folgesitzung anzuraten, um die Bedeutung des Protokolls in das Bewußtsein der Beteiligten zu rufen. Das weit verbreitete Verlesen des Protokolls ist hingegen nicht mehr zeitgemäß.

1. Das Fehlen von Inhalten

Es besteht nicht nur die Richtigkeitsvermutung des protokollierten Inhalts, sondern das Fehlen von Inhalten wird auch als Beleg für eine unzureichende Aufgabewahrnehmung und einen darauffolgenden Pflichtenverstoß gesehen. Ein Urteil des BAG¹⁷ hat u.a. festgehalten, in einem entschiedenen Praxisfall (hätten)

„weder der Inhalt des Beschlusses noch das Protokoll der Sitzung (erkennen lassen), daß sich der Aufsichtsrat konkret mit den (im Urteil entscheidenden Fragestellungen) beschäftigt hat“.

Das BAG hat die Praxis der Ergebnisprotokollierung von Beschlüssen zwar grundsätzlich bestätigt, aber die Sicht auf die Beweisfunktion verschoben. Damit wird deutlich, daß die Protokollierung des „wesentlichen Inhalts der Verhandlungen“ ebenso wichtig ist wie die abschließende Protokollierung der **Beschlüsse** oder **Ergebnisse**.

¹² Mit der Änderung des Gesetzwortlauts des § 32 Abs. 1 Satz 3 a.F. BGB im Jahr 2009 schloß sich der Gesetzgeber der Rechtsprechung des BGH an, die seit 1982 Enthaltungen bei der Ermittlung der Grundgesamtheit nicht berücksichtigt (BGH 25.01.1982 - II ZR 164/81, NJW 1982, 1585).

¹³ Wagner, Verein und Verband, Rn. 341.

¹⁴ Zu den Grenzen der Regelbarkeit s. MüKo/Leuschner, § 33 Rn. 24.

¹⁵ KG Berlin, 23.05.2020 - 22 W 61/19, ZIP 2020, 1558. Das Erfordernis der Einstimmigkeit wird hier nicht behandelt.

¹⁶ Hüffer/Koch, AktG, § 107 Rn. 13; Spezialliteratur: Hersch, Die Niederschrift der Beschlußfassung des Aufsichtsrats, NZG 2017, 854.

¹⁷ BAG 20.09.2016 - 3 AZR 77/15, NZG 2017, 69.

2. Rügepflicht?

Es besteht keine Rügepflicht des Mitglieds während der laufenden Versammlung. Zur Nichtigkeit eines Beschlusses hat das Kammergericht¹⁸ ausgeführt:

„Auch das Vorbringen der Beschwerde, die Wahl sei von keinem der Mitglieder beanstandet worden und entspreche deren Interesse, kann das Wahlergebnis nicht verbindlich werden lassen. Denn die Abhängigkeit der Nichtigkeit eines Beschlusses vom Widerspruch des in seinen Rechten verletzten Mitglieds kann allenfalls bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften greifen, die nur dem Schutz einzelner Mitglieder dienen, nicht aber bei Verstößen gegen übergeordnete Interessen, wie die das grundlegende gemeinschaftliche Interesse aller Mitglieder an einer rechts- und ordnungsgemäßen Willensbildung betreffende Wahl eines Vorstandsmitglieds.“

3. Beiträge zu Protokoll

Problematisch sind Anträge auf Aufnahme bestimmter Redebeiträge ins Protokoll oder das Verlesen von Statements oder gar bloßen Zwischenrufen, die anschließend „zu Protokoll“ gegeben werden. Im Zivilprozeß gilt hierfür die Regelung des § 160 Abs. 4 ZPO¹⁹, die jedoch in Vereinen ohne explizite Satzungsregelung m.E. nicht anwendbar ist. Der Versammlungsleiter kann in Ausnahmefällen (am besten mit einem Beschluß der Mitgliederversammlung im Hintergrund) Ausnahmen zulassen.

IV. Schlußbemerkungen

Ein spannender Punkt zum Schluß: Von Mitgliedern werden nicht selten Anträge gestellt, die dem Vorstand nicht passen. Wird wohl bei der formellen und materiellen Prüfung des Antrages eher ein Auge zugeedrückt oder ein strengerer Maßstab angelegt? Hier liegt genau die Bandbreite des Ermessens und der **Handlungsspielraum des Versammlungsleiters**. Er darf nicht die sachliche Zweckmäßigkeit prüfen oder den Antrag aus Kostengründen ablehnen.

1. Neutraler Versammlungsleiter

Inwiefern muß der Versammlungsleiter aber bei der Behandlung solcher Anträge **neutral** bleiben? **Was ist neutral?** Und wie kann der Antragsteller einen Verstoß

gegen derartige Neutralitätspflichten nachweisen? Schließlich unterschreibt der Versammlungsleiter am Ende das Protokoll.²⁰

Insbesondere vor dem Hintergrund, daß es gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, daß die Versammlung durch ein Mitglied geleitet werden muss, das keiner Interessenkollision bzgl. des entsprechenden Tagesordnungspunktes ausgesetzt ist, ist es sinnvoll, daß gerade bei Interessenkollisionen im Zusammenhang mit Wahlen, die Leitung der Versammlung auch zeitweilig Dritten übertragen werden kann. Auch Satzungsbestimmungen, die die **Leitung durch Externe**, also Mitglieder zulassen, sind u.U. sinnvoll.

2. Interessenkollisionen ohne Folgen

Der Versammlungsleiter muß nicht zwangsläufig „neutral“ agieren, d.h., er behält das Stimmrecht, sofern er es vorher hatte. § 34 BGB gilt aber auch für ihn – aber **nicht jede Interessenkollision führt zum Stimmverbot**. Es ist dem Versammlungsleiter nicht einmal verwehrt, seine Meinung auch zu den Sachfragen zu äußern und gar Empfehlung zur Beschlußfassung zu geben, auch wenn er dabei gegen eine Gruppe von Teilnehmern Stellung bezieht.²¹ Beschlüsse, die die Mitgliederversammlung unter einer gesetz- oder satzungswidrigen Leitung faßt, sind ungültig. Der Versammlungsleiter hat bei der Ausübung seiner Leitungs- und Ordnungsbefugnisse ein weites, durch die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung eingegrenztes Ermessen. Die Ordnungsmaßnahmen haben sich jedoch am Gebot der Sachlichkeit zu orientieren sowie das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren.²²

Das Recht, Anträge zu stellen ist also eines der **wichtigsten Mitgliederrechte** im Verein. Es ist darüber hinaus ein wichtiges Gestaltungsmittel, da gefaßte Beschlüsse der Mitgliederversammlung für den Vorstand Weisungen darstellen und den Verein und seine Mitglieder unmittelbar binden.

¹⁸ 23.05.2020 - 22 W 61/19, ZIP 2020, 1558.

¹⁹ § 160 Abs. 4 ZPO: „Die Beteiligten können beantragen, dass bestimmte Vorgänge oder Äußerungen in das Protokoll aufgenommen werden. Das Gericht kann von der Aufnahme absehen, wenn es auf die Feststellung des Vorgangs oder der Äußerung nicht ankommt. Dieser Beschluß ist unanfechtbar; er ist in das Protokoll aufzunehmen.“

²⁰ Zum Dilemma des Könnens und des Dürfens des Versammlungsleiters instruktiv Stöber/Otto, Rn. 891; Reichert/Wagner, Kap. 2 Rn. 1559 ff.; Wagner, Verein und Verband, Rn. 356.

²¹ BGH 29.03.1971 – III ZR 255/68, NJW 1971, 1265, BGHZ 56, 47; MüKo/Waldner, § 25 Rn. 33.

²² KG Berlin 26.01.2024 – 14 U 122/22, NZG 2024, 777; Waldner in MüHb GesR, § 25 Rn. 32 ff. und § 31 Rn. 55.