



**Westfälischen Steuerkreis e. V.
Münster, 6. Juni 2023**

Prof. Dr. *Klaus-Dieter Driën*, München

Richter am FG Düsseldorf (im zweiten Hauptamt)

„Neujustierung von § 42 AO durch den Bundesfinanzhof“

I. Rückblick: Versuch der Neujustierung von § 42 AO durch das JStG 2008

II. Rechtsmethodische Grundlagen

1. Teleologische Auslegung und § 42 AO
2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Gestaltungsmissbrauch
 - a) Keine freischwebende wirtschaftliche Bewertung von Sachverhalten und Rechtsnormen
 - b) Verhältnis von § 42 AO zu § 39 AO (vgl. BFH v. 2.2.2022 – I R 22/20, BStBl. II 2022, 324 zu *cum-ex*-Gestaltungen)
3. Verhältnis von § 42 AO zu speziellen Missbrauchsvermeidungsvorschriften (BFH v. 17.11.2020 – I R 2/18, BStBl. II 2021, 580: kein Gestaltungsmissbrauch bei Verschmelzung einer „Gewinngesellschaft“ auf eine „Verlustgesellschaft“ sowie BFH v. 9.9.2021 – I R 52/17, DStRE 2022, 151 zum Gestaltungsmissbrauch anlässlich eines Verkaufs einbringungsgeborener Anteile)

III. Aktuelle Judikate zum Gestaltungsmissbrauch

1. Disquotale Gewinnverwendungsbeschlüsse bei Kapitalgesellschaft (BFH v. 28.9.2021 – VIII R 25/19, DStR 2022, 140 zu Einkünften aus Kapitalvermögen und deren Zufluss bei gespaltener Gewinnverwendung)
2. Steuerliche Behandlung eines punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlusses (BFH v. 28.9.2022 – VIII R 20/20, DStR 2022, 2606)
3. Veräußerung eines Dividendenanspruchs zwischen beschränkt Steuerpflichtigen (BFH v. 15.11.2022 – VIII R 21/19, IStR 2023, 247)

4. Steuerliche Behandlung von Veräußerungsgewinnen und -verlusten im Falle des sog. Bondstripping (BFH v. 30.11.2022 – VIII R 15/19, DStR 2023, 565; parallel BFH v. 30.11.2022 – VIII R 30/20, DStRE 2023, 525 sowie BFH v. 16.3.2023 – VIII R 36/19, juris)
5. Wechselseitige Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen (Anteilsrotation) unter Wert als Gestaltungsmissbrauch (BFH v. 20.9.2022 – IX R 18/21, BStBl. II 2023, 315)
6. Steuerfreiheit der Vorteile des Arbeitnehmers aus der Nutzung eines betrieblichen Telekommunikationsgeräts (BFH v. 23.11.2022 – VI R 50/20, DStR 2023, 327; Parallelentscheidungen: BFH v. 23.11.2022 – VI R 49/20 und VI R 51/20).
7. Vorsteuerabzug und private Verwendung im Rahmen eines Ehegatten-Vorschaltmodells (BFH v. 29.9.2022 – V R 29/20, DStR 2023, 33)

IV. Neujustierung von § 42 AO: Erfolg oder weiteres Erfordernis?

V. Resümee

Neuere Literatur zum Thema

Drüen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO: Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (Stand: Sept. 2022);

Drüen, Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) und Korrektur rechtspolitischer Fehler, Ubg. 2022, 61 (Teil 1) und Ubg. 2022, 121 (Teil II);

Drüen, Branchenübliche Geschäfte unter fremden Dritten als Gestaltungsmissbrauch iSv § 42 AO?, DStR 2020, 1465.