

## **Inhaltsübersicht**

<b>VORWORT</b> .....	<b>VII</b>
<b>INHALTSÜBERSICHT</b> .....	<b>IX</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>XI</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>XIX</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>XLIII</b>
<b>TEIL 1 - EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>TEIL 2 – DIE ENTSTEHUNG DES § 42 ABS.2 AO</b> .....	<b>3</b>
ABSCHNITT 1 - URTEILE DES BFH.....	3
ABSCHNITT 2 - NICHTANWENDUNGSERLASSE DER FINANZVERWALTUNG.....	24
ABSCHNITT 3 - ERNEUTE ANRUFUNG DER FINANZGERICHTSBARKEIT .....	27
ABSCHNITT 4 - GESETZGEBUNGSVERFAHREN .....	37
<b>TEIL 3 – DIE AUSWIRKUNGEN DES § 42 ABS.2 AO</b> .....	<b>41</b>
ABSCHNITT 1 – ANALYSE DES § 42 ABS.1 AO N.F. BZW. § 42 AO A.F. ....	41
ABSCHNITT 2 – KONKURRENZ VON § 42 AO A.F. ZU §§ 7FF. ASTG.....	111
ABSCHNITT 3 – AUSLEGUNG DES § 42 ABS.2 AON.F. ....	189
ABSCHNITT 4 – VERBESSERUNGSVORSCHLÄGE .....	225

# Inhaltsverzeichnis

<b>TEIL 1 - EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
 <b>TEIL 2 – DIE ENTSTEHUNG DES § 42 ABS.2 AO .....</b>	 <b>3</b>
 <b>ABSCHNITT 1 - URTEILE DES BFH .....</b>	 <b>3</b>
<i>A. Urteile zum Verhältnis des § 42 Abs.1 AO zu §§ 7ff. AStG .....</i>	<i>3</i>
I.    BFH-Urteil vom 23.10.1991, I R 40/89.....	3
II.   BFH-Urteil vom 10.6.1992, I R 105/89.....	7
III.  BFH-Urteil vom 1.7.1992, I R 6/92.....	10
IV.  BFH-Urteil vom 19.1.2000, I R 94/97.....	12
V.    Zusammenfassung der Aussagen des BFH zu den §§ 7ff. AStG.....	16
<i>B. Urteile zum Verhältnis des § 42 Abs.1 AO zu § 50c EStG.....</i>	<i>17</i>
I.    BFH-Urteil vom 23.10.1996, I R 55/95.....	17
II.   BFH-Urteil vom 15.12.1999, I R 29/97.....	19
III.  Zusammenfassung der Aussagen des BFH zu § 50c EStG .....	22
 <b>ABSCHNITT 2 - NICHTANWENDUNGSERLASSE DER FINANZVERWALTUNG .....</b>	 <b>24</b>
<i>A. Nichtanwendungserlass betreffend §§ 7ff. AStG.....</i>	<i>24</i>
<i>B. Nichtanwendungserlass betreffend § 50c EStG .....</i>	<i>25</i>
 <b>ABSCHNITT 3 - ERNEUTE ANRUFUNG DER FINANZGERICHTSBARKEIT .....</b>	 <b>27</b>
<i>A. Finanzgerichtsurteile bzgl. §§ 7ff. AStG.....</i>	<i>27</i>
I.    Finanzgericht Baden-Württemberg vom 28.6.2001, 6 K 490/97.....	27
II.   Finanzgericht Hamburg vom 6.12.2001, VI 123/00 .....	30
<i>B. Finanzgerichtsurteile bzgl. § 50c EStG.....</i>	<i>32</i>
I.    Finanzgericht Hessen vom 17.01.2001, I K 2287/00.....	32
II.   Finanzgericht Schleswig-Holstein vom 29.09.2001, I 83/98 .....	34
 <b>ABSCHNITT 4 - GESETZGEBUNGSVERFAHREN .....</b>	 <b>37</b>

**TEIL 3 – DIE AUSWIRKUNGEN DES § 42 ABS.2 AO .....41****ABSCHNITT I – ANALYSE DES § 42 ABS.1 AO N.F. BZW. § 42 AO A.F. ....41**

<i>A. Grundfall: Tatbestandsvermeidung</i> .....	42
I.    Aufbau und Inhalt des § 42 Abs.1 AO bei der Tatbestandsvermeidung .....	43
II.   Die einzelnen Tatbestandsmerkmale .....	44
1. Das „Steuergesetz“ .....	44
2. Die „Umgehung“ des Steuergesetzes .....	45
a) Diskrepanz zwischen Wortlaut und Telos des umgangenen Gesetzes .....	45
b) Telos der übrigen Steuergesetze (Planwidrigkeit).....	50
3. Die Umgehung „durch Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts“ .....	51
a) Keine Gestaltungen tatsächlicher Art .....	52
b) Ausschluss bei unmittelbarer Anknüpfung an wirtschaftliche Vorgänge .....	52
c) Ausschluss bei ausschließlicher Erfassung des rechtlichen Vorgangs .....	55
d) Zwischenergebnis zu Punkt 3 .....	56
4. Der „Missbrauch“ .....	57
a) Kein funktionsloses Tatbestandsmerkmal.....	58
aa) Gegenargument: Wortlaut.....	60
bb) Gegenargument: unpassendes Beispiel.....	60
cc) Gegenargument: falsche Prämisse.....	61
dd) Gegenargument: Rechtsvergleich .....	62
ee) Gegenargument: EU-Recht .....	63
ff) Gegenargument: Vertrauensschutz.....	63
(1) Demokratieprinzip.....	66
(2) Rechtsstaatsprinzip.....	67
(a) Grundsatz der Gewaltenteilung.....	67
(b) Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.....	67
(3) Ergebnis zum Gegenargument „Vertrauensschutz“ .....	73
gg) Ergebnis bzgl. Bedeutung des Missbrauchsmerkmals.....	74
b) Objektiver Ansatz .....	74
c) Subjektiver Ansatz.....	77
d) Objektiv-subjektive Ansätze .....	80
aa) Begriff der Unangemessenheit .....	80
bb) Missbrauchsabsicht oder Steuerumgehungsabsicht .....	84
e) Eigene Auffassung zu den bisher dargestellten Ansätzen.....	86

5. Vorläufiges Ergebnis zum Aufbau und Inhalt des § 42 Abs.1 AO .....	87
III. Unangemessenheit – Weiterentwicklung bisheriger Ansätze .....	88
1. Parallele zum Verhältnismäßigkeitsprinzip im öff. Recht .....	89
a) Der Zweck .....	90
b) Die Legitimität des Zwecks .....	92
c) Die Geeignetheit .....	94
d) Die Notwendigkeit .....	95
e) Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Zweck-Mittel-Relation) .....	97
f) Beurteilungsstandpunkt .....	98
2. Begründung der Parallele .....	99
a) Keine Herleitung aus der Rechtsfolge .....	99
b) Keine Begrenzung auf das klassische Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	101
aa) Systematische Argumente .....	101
bb) Teleologische Argumente .....	103
cc) Historische Argumente .....	104
3. Ergebnis zur Weiterentwicklung der bisherigen Ansätze .....	105
IV. Zwischenergebnis zum Fall der Tatbestandsvermeidung .....	106
<i>B. Abwandlung: Tatbestandserschleichung</i> .....	109
<i>C. Zwischenergebnis zur Auslegung des § 42 Abs.1 AO n.F.</i> .....	110
ABSCHNITT 2 – KONKURRENZ VON § 42 AO A.F. ZU §§ 7FF. ASTG .....	111
<i>A. Allgemeine Konkurrenzlehre</i> .....	111
I. Begrifflichkeiten .....	112
1. Die Normenkonkurrenz .....	112
2. Das Normenstrukturverhältnis (Tatbestand) .....	113
3. Der Normwiderspruch (Rechtsfolge) .....	113
4. Geltung, Gültigkeit und Anwendbarkeit .....	115
II. Metanormen .....	116
1. Lex posterior derogat legi priori .....	117
a) Herkunft des Grundsatzes .....	117
b) Wirkungsweise .....	118
2. Lex specialis derogat legi generali .....	120
a) Formen von Spezialität .....	121
aa) Formelle Spezialität .....	121
bb) Materielle Spezialität bei konzentrischen Anwendungsbereichen .....	122

---

cc) Materielle Spezialität bei überschneidenden Anwendungsbereichen .....	124
(1) Inhalt und Beispiel .....	124
(2) Vergleichbarkeit zur strafrechtlichen Kategorie der Konsumtion .....	125
(3) Unterfälle .....	126
dd) Zusammenfassung zu a .....	126
b) Wirkungsweise.....	126
3. Verhältnis der Metanormen untereinander .....	128
<b>B. Sondergesetzliche Missbrauchsvorschriften der §§ 7ff. AStG.....</b>	<b>129</b>
I. Grundzüge der Hinzurechnungsbesteuerung.....	130
1. Voraussetzungen.....	131
a) Unbeschränkte Steuerpflicht, § 7 Abs.1 AStG .....	131
b) Beherrschungsbeteiligung, § 7 Abs.2-6a AStG .....	132
c) Zwischeneinkünfte, § 8 Abs.1 AStG .....	132
aa) Die negative Aufzählung in § 8 Abs.1 AStG.....	133
bb) Die „unendliche Geschichte“ der Kapitalanlageeinkünfte .....	133
d) Niedrigbesteuerung, §§ 8 Abs.3, 9 AStG.....	137
2. Rechtsfolge .....	137
II. Anwendung von § 42 AO auf Basisgesellschaften.....	138
1. Voraussetzungen.....	138
a) Steuergesetz.....	139
b) Umgehung durch Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts .....	139
c) Missbrauch .....	141
aa) Unangemessenheit .....	141
(1) Der wirtschaftliche oder sonst beachtliche Grund .....	141
(2) Die eigene wirtschaftliche Tätigkeit .....	144
bb) Missbrauchsabsicht .....	146
2. Rechtsfolge .....	147
III. Die verschiedenen Auffassungen zur alten Rechtslage .....	147
1. Der Meinungsstreit zum Verhältnis von § 42 AO a.F. zu den §§ 7ff. AStG.....	148
a) Vorrang der §§ 7 ff. AStG.....	148
b) Vorrang von § 42 AO.....	149
c) Kumulative Anwendung.....	150
d) Nur unechter Normwiderspruch .....	150
e) Logischer Vorrang von § 42 AO zzgl. Einschränkungen .....	152
f) Neuere Ansätze in der Literatur .....	154

2. Folgeprobleme .....	158
a) Die typischen Fälle der §§ 7ff. AStG .....	158
b) Briefkastengesellschaft und funktionslose Gesellschaften .....	161
c) Managementverträge und Briefkastengesellschaft .....	162
IV. Eigener Ansatz ohne Berücksichtigung von § 42 Abs.2 AO .....	165
1. Vergleich beider Normen vor Auslegung .....	165
a) Normenkonkurrenz im weiteren Sinne .....	165
aa) Alleiniger Anwendungsbereich von § 42 AO .....	166
bb) Alleiniger Anwendungsbereich der §§ 7ff. AStG .....	167
cc) Ergebnis zu a) .....	168
b) Unechter Normwiderspruch .....	168
2. Gegenseitige Einwirkungsmöglichkeiten der Vorschriften .....	170
a) Einwirkungsmöglichkeiten des § 42 Abs.1 AO auf die §§ 7ff. AStG .....	171
b) Einwirkungsmöglichkeiten der §§ 7ff. AStG auf § 42 Abs.1 AO .....	171
aa) Die Voraussetzungen des § 42 Abs.1 AO .....	171
bb) Differenzierung des § 8 Abs.1 AStG .....	172
(1) Aktive Einkünfte .....	172
(2) Ausdrücklich passive Einkünfte .....	173
(3) Konkludent passive Einkünfte .....	174
(4) Gemischte Einkünfte .....	175
cc) Beherrschungsbeteiligung nach § 7 Abs.2 ff. AStG .....	175
dd) Niedrigbesteuerung nach § 8 Abs.3 AStG .....	177
ee) Schachtelprivileg für Nicht-Kapitalanlagegesellschaften .....	178
ff) Ergebnis zu der Frage der Einwirkungsmöglichkeit auf § 42 Abs.1 AO .....	179
c) Ergebnis zu den gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten .....	179
3. Zwecke der §§ 7ff. AStG .....	181
a) Eindämmung ungerechtfertigter Steuervorteile .....	181
b) Absicherung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung .....	182
c) Vereinfachung / Erleichterung der Sachverhaltsaufklärung .....	183
d) Rechtssicherheit durch Rechtsklarheit .....	184
e) Stärkung der deutschen Unternehmen im internationalen Wettbewerb .....	184
4. Ergebnis: Verhältnis von § 42 AO zu §§ 7ff. AStG vor § 42 Abs.2 AO .....	186
ABSCHNITT 3 – AUSLEGUNG DES § 42 ABS.2 AO N.F. ....	189
A. Inhaltliche Änderung der Rechtslage .....	189
I. Die bisherigen Auffassungen zu § 42 Abs.2 AO .....	189

---

1. Stimmen aus der Finanzgerichtsbarkeit .....	189
a) Erster Senat des BFH vom 20.03.2002.....	189
b) Neunter Senat des BFH vom 19.2.2002 und 11.3.2003 .....	192
c) Finanzgericht Düsseldorf vom 4.3.2002, 17 K 3418/98 F et al. ....	193
d) Zusammenfassung .....	194
2. Stimmen aus der Literatur .....	194
a) Keine Erweiterung der Rückgriffsmöglichkeiten durch § 42 Abs.2 AO .....	194
b) Erweiterung der Rückgriffsmöglichkeiten.....	196
c) Erweiterung nur bei unechten Spezialvorschriften und Umgehung .....	197
II. Bisher in der Literatur angesprochene Probleme bzgl. § 42 Abs.2 AO.....	197
1. Rechtsmethodik .....	197
a) Begriff der Rechtsfolgenlücke .....	197
b) Anwendung der Lex-Specialis-Metanorm nur bei echter Spezialität?.....	200
2. Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip .....	203
a) Verstoß gegen das Bestimmtheitsprinzip.....	203
b) Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip.....	205
3. Ergebnis zu II.....	207
III. Bisher von der Literatur nicht erkannte Probleme bei § 42 Abs.2 AO.....	207
1. Bindung an die Wertungen des KAGG.....	207
2. Vereinbarkeit mit EG-Recht .....	209
a) Niederlassungsfreiheit .....	209
aa) Einführung .....	210
(1) Schutzbereich .....	210
(2) Eingriff.....	210
(3) Rechtfertigung.....	211
bb) Niederlassungsfreiheit bei Basisgesellschaften.....	212
(1) Briefkastengesellschaften .....	212
(2) Rein vermögensverwaltende Gesellschaften.....	214
(3) Gemischt tätige Gesellschaften .....	215
(a) Kohärenz des Steuersystems.....	216
(b) Verhinderung von Steuerumgehungen.....	217
cc) Ergebnis zur Niederlassungsfreiheit.....	218
b) Kapitalverkehrsfreiheit.....	218
c) Gebot zur Gemeinschaftstreue .....	220
3. Ergebnis zu den bisher nicht erkannten Problemen .....	221
IV. Die eigene Auffassung zu § 42 Abs.2 AO.....	221

<i>B. Rückwirkung</i> .....	224
ABSCHNITT 4 – VERBESSERUNGSVORSCHLÄGE.....	225