

## Hervorragender Aufsatz von Schmidt und Sediqi zu § 42 AO in DStR 2025, 2286 – eine Zusammenfassung für die Praxis

Der Beitrag von **Schmidt und Sediqi** mit dem herrlich provokanten Titel „*Wider die falsche Mär, § 42 AO enthalte ein generelles Verdikt gegen als missliebig angesehene steuerliche Gestaltungen*“ ist ein Glanzstück juristischer Klarstellung. Schon der Titel ist ein süffisanter Seitenhieb auf eine ganze Generation von Betriebsprüfern, die § 42 AO – um im Bild zu bleiben – gern als „Allzweckwaffe“ gegen kreative Steuerplanung missverstanden haben oder missverstehen möchten. Das Autorenduo zielt auf die Rückführung der Norm auf ihre rechtsstaatlichen Wurzeln: § 42 AO ist kein moralischer Totschläger, sondern ein **tatbestandlich eng begrenztes Korrektiv** gegen tatsächlich gesetzeswidrige Gestaltungen.

Auch der Bundesfinanzhof hat mehrfach klargestellt, dass es zulässig ist, eine Gestaltung zu wählen, die das Entstehen von Steuern vermeidet.

### 1. Kernthese: Kein „Generalklausel-Verdikt“ gegen steuerliche Gestaltungen

Schmidt und Sediqi erinnern daran, dass § 42 AO **nicht** dazu dient, dem Steuerpflichtigen missliebige Gestaltungen zu versagen, sondern nur dann greift, wenn der erzielte Steuervorteil **gesetzlich nicht vorgesehen** ist. Entscheidend sei nicht die subjektive Missbilligung des Rechtsanwenders, sondern allein, ob sich der Vorteil **objektiv** aus dem Gesetz ergibt oder nicht.

Diese Klarstellung ist bemerkenswert schlicht – und gerade deshalb bedeutsam. Die Autoren lösen den § 42 AO aus dem diffusen Bereich moralischer Empörung („*Das ist doch Gestaltungsmissbrauch!*“) und verankern ihn wieder dort, wo er hingehört: im **objektiven Recht**.

### 2. Methodik: Objektivierbare Angemessenheitsprüfung

Der Beitrag betont, dass die Beurteilung einer Gestaltung **nicht nach Empfindungen**, sondern nach **Gesetzesauslegung** zu erfolgen hat. Maßstab ist, ob das Gesetz den konkreten Vorteil **vorsieht oder ausschließt**.

Dabei kommt der **historisch-teleologischen Auslegung** besondere Bedeutung zu: Die Intention des Gesetzgebers bei Einführung einer Begünstigung ist zu berücksichtigen, nicht aber die nachträgliche Meinung der Verwaltung.

Wo sich keine eindeutigen Anhaltspunkte für den gesetzgeberischen Willen finden lassen – und das ist in der Praxis der Regelfall – versagt jede „*Angemessenheitsprüfung*“. Mit anderen Worten: **In dubio pro Gestaltung**.

Die Feststellungslast dafür, dass ein Steuervorteil gesetzlich nicht vorgesehen ist, **liegt allein beim Fiskus**. Diese Wendung ist für die Praxis Gold wert.

### 3. Klare Absage an moralisch motivierte Missbrauchsdeutung

Schmidt und Sediqi führen überzeugend aus, dass die bloße „*Steuervermeidungsabsicht*“ kein Missbrauchsindiz ist. Das Recht zur Wahl der günstigsten Gestaltung ist Ausfluss der **Privatautonomie und Gestaltungsfreiheit**

– Prinzipien, die dem Steuerrecht nicht fremd, sondern inhärent sind.

Der Staat darf nicht auf der Grundlage „*gefühlter Unangemessenheit*“ eingreifen, sondern nur, wenn der Steuervorteil **nach Wortlaut und Telos des Gesetzes** ausgeschlossen ist. Ein Rückgriff auf „*Gesetzesmaterialien*“ oder „*vermutete Intentionen*“ – wie sie der ursprüngliche Regierungsentwurf zu § 42 AO-E einst einführen wollte – ist unzulässig.

#### 4. Praktische Konsequenzen für die steuerliche Abwehrberatung

Für die Praxis ist der Aufsatz ein **Manifest der Abwehrstrategie** gegen eine übergriffige Anwendung des § 42 AO. Er liefert die dogmatische Munition, um steuerliche Gestaltungen zu verteidigen, die **innerhalb der gesetzlichen Wertungsordnung** bleiben.

Für Berater bedeutet dies konkret:

- Der Mandant darf jede zivilrechtlich wirksame Gestaltung wählen, wenn der Steuervorteil nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.
- Die Finanzverwaltung trägt die **volle Feststellungslast**, dass der Vorteil gesetzlich *nicht* vorgesehen ist.
- Bei unklarer Gesetzeslage ist **kein Missbrauchstatbestand erfüllt** – das bloße Missfallen des Prüfers ist unbeachtlich.
- Argumentativ ist stets auf die **objektive Auslegungsebene** (Wortlaut, Systematik, Telos) abzustellen, nicht auf moralische Wertungen.

In Zeiten wachsender fiskalischer Kreativität ist das eine wohltuende Rückbesinnung auf rechtsstaatliche Prinzipien.

#### 5. Fazit

Der Aufsatz von Schmidt und Sediqi ist mehr als eine gelungene dogmatische Analyse – er ist ein **juristischer Befreiungsschlag** gegen die Überdehnung des § 42 AO. Für die Abwehrberatung liefert er das theoretische Fundament, um steuerliche Gestaltungen mit Rückgrat zu verteidigen.

Oder, um es mit einem Augenzwinkern zu sagen: § 42 AO ist keine Generalklausel für schlechte Laune der Finanzverwaltung.

#### Anmerkung zum Titel:

Der Titel „*Wider die falsche Mär ...*“ ist brillant gewählt. Er erinnert stilistisch an eine reformatorische Streitschrift und signalisiert zugleich Kampfgeist: Hier wird nicht nur dogmatisch argumentiert, sondern polemisch geklärt. In einer Zeit, in der § 42 AO gern als Gummiparagraph missbraucht wird, ist dieser Ton mehr als gerechtfertigt – er ist überfällig.