

BUNDESGERICHTSHOF

IX ZR 91/92

BESCHLUSS

vom

28. Januar 1993

in dem Rechtsstreit

Alfons M [REDACTED],
D [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],
als Inhaber der Firma Alfons M [REDACTED]
H [REDACTED]-L [REDACTED]-K [REDACTED],

Beklagter, Widerkläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

D [REDACTED] T [REDACTED]-Gesellschaft A [REDACTED] & T [REDACTED] AG,
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft,
vertreten durch den Vorstand Dr. P [REDACTED], S [REDACTED],
S [REDACTED] LLM, Dr. W [REDACTED],
Am W [REDACTED]/W [REDACTED] Straße [REDACTED] D [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED], Dr. H [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], [REDACTED] u. Dr. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter
Dr. Schmitz, Dr. Kreft, Kirchhof und Dr. Fischer

am 28. Januar 1993

beschlossen:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 25. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Hamm vom 18. März 1992
wird nicht angenommen.

Der Beklagte trägt die Kosten des
Rechtsmittels.

G r ü n d e

Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die
Revision im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg.

Die Klägerin hatte den Beklagten darauf hinzuweisen,
daß er nach der Art der Betriebsaufspaltung, wie sie im
vorliegenden Falle durchgeführt worden ist, als Organträger
gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG die Umsatzsteuer der Betriebs-
GmbH schuldet. Der Beklagte hätte jedoch, hätte die Kläge-
rin diesen Hinweis erteilt, den Betrieb gleichwohl nicht in
anderer Weise sinnvoll aufspalten können. Eine Übertragung
des Grundstücks auf die Ehefrau kam nicht in Betracht, weil
dadurch stille Reserven aufgedeckt worden wären, die hätten

versteuert werden müssen. Die Gründung einer GmbH & Co. KG schied - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - ebenfalls aus. Dem Beklagten ging es nicht nur darum, seine Haftung zu beschränken; er wollte auch Steuern sparen. Die Möglichkeit, sowohl das Gehalt als auch die Pensionsrückstellung zugunsten des Gesellschafter/Geschäftsführers ertragsmindernd als Aufwand zu erfassen, besteht nur bei der GmbH, gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG nicht bei einer GmbH & Co. KG. Im übrigen hätte der Beklagte mit den Wirtschaftsgütern, die er einer von ihm beherrschten GmbH & Co. KG verpachtet, ebenfalls gehaftet, nämlich gemäß § 74 Abs. 1 AO für deren Umsatz- und Gewerbesteuer. Die Klägerin konnte - was das Berufungsgericht anzunehmen scheint - dem Beklagten auch nicht empfehlen, die GmbH, deren Geschäfte er führen wollte, von seiner Ehefrau gründen zu lassen. Denn nach der damaligen Rechtsprechung (BFH, Urt. v. 29. Juli 1976 - IV R 145/72, BFHE 119, 462; v. 16. Juni 1982 - I R 118/80, BFHE 136, 287; v. 26. Juli 1984 - IV R 11/81, BFHE 141, 536) war nicht auszuschließen, daß der Bundesfinanzhof einen beherrschenden Einfluß des Beklagten innerhalb der Betriebs-GmbH auch ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung aufgrund einer tatsächlichen Machtstellung des Beklagten annehmen würde. Zu dieser Rechtsprechung ging der Bundesfinanzhof erst ab 1985 auf Distanz (BFH, Urt. v. 30. Juli 1985 - VIII R 307/77, BB 1986, 247 m. Anm. v. Woerner), so daß bis dahin wegen des tatsächlichen herrschenden Einflusses des Beklagten die Gefahr bestand, daß dieser gemäß § 74 Abs. 2 AO mit den verpachteten Wirtschaftsgütern für die Steuern der Betriebsgesellschaft haftete. War die Haftung für Schulden also in keinem Falle auszuschließen, so ließ sich



wenigstens im übrigen der Wille des Beklagten, Steuern zu sparen und die Haftung zu begrenzen, durch Gründung einer Betriebs-GmbH verwirklichen. Der Beklagte hat keine Anhaltspunkte dafür aufgezeigt, daß er bei pflichtgemäßer Aufklärung diesen Weg nicht gegangen wäre.

Brandes

Schmitz

Kreft

Kirchhof

Fischer