

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2002

Paper 5

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

Rainer Walz
Faculty of Law, University of Hamburg

Abstract

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

W. Rainer Walz

<i>A. Problemeinführung</i>	<i>1</i>
<i>B. Diskussionsstand in der Lehre</i>	<i>3</i>
<i>C. Kritik an den Literaturansätzen</i>	<i>5</i>
<i>I. Kritikaufriß</i>	<i>5</i>
<i>II. Von der Zuordnung von Früchten zu denen von Unternehmensgewinnen</i>	<i>6</i>
<i>III. Der Unternehmensgewinn als Rechtsbegriff</i>	<i>9</i>
<i>D. Seitenblick auf die steuerrechtliche Gewinnzurechnungslehre</i>	<i>12</i>
<i>E. Seitenblick auf die Eingriffskondition und die Lehre vom Zuweisungsgehalt</i>	<i>14</i>
<i>F. Der Beitrag der ökonomischen Analyse des Rechts</i>	<i>19</i>
<i>G. Schluss</i>	<i>25</i>

A. Problemeinführung

Es entspricht unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung, dass derjenige, der im eigenen Namen und auf eigene Rechnung wirtschaftet, volles Anrecht auf den Unternehmergewinn hat. Er kann den Ertrag entweder eigenem Konsum zuführen oder ihn reinvestieren und den Konsum aufschieben.

Probleme der persönlichen Zuordnung des Gewinns können auftreten, wenn mehrere zusammen eine Marktleistung erbringen, und sie uneinig

W. Rainer Walz

darüber sind, wie der gemeinsam erwirtschaftete Ertrag aufzuteilen ist. Wenn der Gewinn im Rahmen einer als Verfügungsgegenstand anerkannten Rechts- und Pflichtenstellung erwirtschaftet wird, z.B. einer Gesellschafterstellung, stellt sich die Frage wie es sich auswirkt, wenn zunächst der Gewinnanspruch an eine Person, später die Gesellschafterstellung selbst an eine andere Person veräußert wird. Nach zutreffender herrschender Meinung geht entgegen dem Prioritätsprinzip der Erwerber des Gesellschaftsanteils vor; der isolierte Anspruch auf den Gewinn ist bloß abgeleitet und setzt für den Zessionar voraus, dass der Gewinn immer wieder neu für eine logische Sekunde im Vermögen des Zedenten entsteht. Nach herrschender aber unter anderen von *Claus Ott* bestrittener Meinung kann man diese Folge durch Nießbrauchsbestellung abwenden.

Anders als im Steuerrecht, wo die persönliche Gewinnzurechnung durch gesetzliche Anordnung häufig praktisch wird (mit der Folgefrage: wer ist steuerpflichtig?), sind die einschlägigen Fälle im Zivilrecht eher rar.¹ Für die personale Zurechnung von Unternehmergewinnen, die erzielt worden sind, hat die Seltenheit der Fälle zu einem gewissen dogmatischen Analysedefizit geführt. Diese Einschätzung trifft nicht alle Autoren, die sich bisher mit dem Thema beschäftigt haben.² Dennoch rechtfertigt sie die folgenden, Claus Ott gewidmeten Überlegungen.

Dabei empfiehlt es sich für eine kurze Betrachtung nicht, bei den oben erwähnten Fällen der Abtretung des Gewinnanspruchs und der des Gesellschaftsanteils an verschiedene Personen oder an den umstrittenen Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen anzuknüpfen. Für ihre angemessene Lösung spielen spezielle gesellschaftsrechtliche Probleme eine Rolle, die den Grundsachverhalt verkomplizieren. Am reinsten bekommt man die Frage zu fassen, wenn man sich den Fällen zuwendet, in denen ein Unternehmen gekauft wurde, aber nach Ablauf einiger Monate, während derer der Erwerber Gewinn gemacht hat, gegenständlich oder wertmäßig an den Veräußerer zurückgegeben werden muss. Wem gebühren die

¹ Es geht hier nicht um die schadensrechtliche Frage des entgangenen Gewinns in § 252 BGB.

² Ausführliche Überlegungen bei *H.-P. Schwintowski*, Das Unternehmen im Bereicherungsausgleich, JZ 1987, S. 588; *K. Ballerstedt*, Das Unternehmen als Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs, in R. Fischer u. a. (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für W. Schilling, 1973, S. 289.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

Unternehmensgewinne im Rahmen einer Rückabwicklung auf Grund einer Wandlung bzw. im Rahmen eines Bereicherungsausgleichs – dem Veräußerer oder demjenigen, der die Gewinnerzielung?

Seitenblicke auf die einkommensteuerrechtliche Zuordnungslehre und die Lehre von der Eingriffskondition werden zeigen, dass hier ältere zivilistische Zuordnungskonzepte auf moderne, aus der marktwirtschaftlichen Ordnung abgeleitete Wertungen stossen. Zuordnung gestützt auf eine Ordnung des Habens, der sachenrechtlich gegeneinander abgegrenzten Sachherrschaft, steht gegen Zuordnung, die sich aus marktwirtschaftlicher Leistung und marktwirtschaftlicher Anreizordnung legitimiert. Dieser Konflikt muss dogmatisch gelöst werden. Aber dazu muss die Dogmatik die richtigen Fragen stellen. Dabei hilft ihr die ökonomische Analyse des Rechts, die sich bekanntlich mit dem Lebenswerk *Claus Ott*s in besonderer Weise verbindet.

Um dahin zu kommen wird zunächst der Stand von Lehre und Literatur kurz referiert. Dabei wird sich herausstellen, dass viele Autoren nur eine vage Vorstellung davon haben, wie Unternehmensgewinn eigentlich in den einschlägigen Situationen erfasst werden kann. Die mehrheitlich befürwortete Anknüpfung an Sach- und insbesondere Rechtsfrüchte beruht auf der irrigen Vorstellung, Unternehmen und Unternehmensgewinne seien einer Person sach- oder rechtsähnlich ausschließlich zugeordnet. Nachdem im weiteren Verlauf hoffentlich Plausibilität dafür geweckt sein wird, dass manes beiden kfaulen Analogiennicht belassen kann, wird ander Stelle, an der bei mehr Platz eine umfassende Rechtsvergleichung zustehen hätte, ein Blick auf das Steuerrecht und die Lehre von der Eingriffskondition geworfen, die mit vergleichbaren Zuordnungskonflikten kämpfen.

B. Diskussionsstand in der Lehre

Der skizzierte Gegensatz der Zuordnungskonzepte für den Unternehmensgewinn wird nicht explizit ausgesprochen, aber er prägt die Auseinandersetzung in der Literatur aus dem Hintergrund. Klar und eindeutig ist nur deren Ausgangspunkt: der Unternehmensgewinn würde durch das BGB nur dann unmittelbar erfasst, wenn man ihn unter den Begriff der Nutzungen (Sachfrüchte, Rechtsfrüchte, Gebrauchsvorteile) im

W. Rainer Walz

Sinn des § 100³ subsumieren kann. Danach sind Nutzungen die Früchte einer Sache oder eines Rechts (vgl. § 99) sowie die Vorteile, die der Gebraucher der Sache oder des Rechts gewährt. § 100 soll nach den Motiven (III S. 68, 70) für alle Fälle gelten, in denen das Gesetz auf Nutzungen Bezug nimmt. Die Legaldefinition gilt danach sowohl für § 818 Abs. 1 wie §§ 987, 988 und damit kraft Verweisung auch in § 347 für den Fall der Wandlung. Spätestens ab Rechtshängigkeit und zeitlich früher bei Bösgläubigkeit gelten die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses über § 819 Abs. 4 mit § 292. Das Unternehmen ist aber unbestreitbar weder eine Sache noch ein Recht. Eine unmittelbare Anwendung der genannten Vorschriftenscheidet deshalb aus.

Das schließt aber eine von der Mehrzahl der Autoren befürwortete Analogie zu Früchten⁴ oder Gebrauchsvorteilen⁵ nicht aus. Streitig ist freilich, wie weit sie trägt, wobei zu beachten ist, dass sich Vorschrift des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nur auf Sachfrüchte, nicht auf Rechtsfrüchte beziehen.⁶ Die meisten Autoren machen Einschränkungen, die praktisch zu Aufteilung dieses Gewinn führen:⁷ Die Autoren nehmen dafür zum einen das Unternehmen zum Ausgangspunkt, das der herausgabepflichtige Erwerber genutzt habe und wollen dem Herausgabegläubiger über einen objektivierten Pachtzins die Vorteile aus der Nutzung von Anlage- und Geschäftswerten vorbehalten; zum anderen wird an der Eigenleistung des Herausgabeschuldners angesetzt, am Einsatz eigenen Kapitals, eigener Arbeit und eigener unternehmerischer Leistung unter Inkaufnahme von Risiko.⁸ Karsten Schmidt⁹ grenzt ab zwischen den

3 Paragraphenangaben beziehensich, falls nicht anders angegeben, auf das BGB.

4 (Sachfrüchte analog: *K. Larenz*, AT § 16 V 3, *Soergel-Mühl*, 12. Auflage 1988, zu § 99 Rdn. 3; *K. Wieland*, Handelsrecht Bd. 1, 1921, S. 268; Rechtsfrüchte analog: *F. Baur*, „Nutzungen“ eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung, JZ 1958, S. 465, *MüKo -Holch*, 4. Auflage 2001, zu § 99 Rdn. 9 und *Staudinger-Gursky*, 12. Aufl. 1989, zu § 987 Rdn. 9.

5 Für Gebrauchsvorteile *AK -C. Ott*, 1987, zu § 99 Rdn. 4; *Staudinger -Dilcher*, 12. Aufl. 1980, zu § 99 Rdn. 11, zu § 100 Rdn. 7.

6 *RGRK-Pikart*, 12. Auflage 1979, zu § 987 Rdn. 31; *Staudinger -Berg*, 11. Aufl. 1956, zu § 987 Rdn. 2.

7 Am wenigsten noch *Erman-Westermann*, 10. Aufl. 2000, zu § 818 Rdn. 10.

8 *H.-P. Schwintowski*, Das Unternehmen im Bereicherungsausgleich, JZ 1987, S. 588, 592 f. will vom Unternehmensgewinn den sog. Unternehmerlohn abgrenzen, der dem Erwerber zustehe.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

dem Unternehmen inwohnenden Erträgen, die dem Herausgabegläubiger zustehen, gegenüber Gewinnen, die der persönlichen Tüchtigkeit zu verdanken sind. Hefermehl unterscheidet zwischen der Nutzung des übernommenen Gewerbebetriebs und den Erträgen aus einem eigenen, vom Erwerbereingerichteten Gewerbebetrieb.¹⁰

Von Lorenz¹¹ und Medicus¹² wird die Analogisierung von Gewinn und Nutzung terminologisch aufgegeben, ohne dass sich an der konkreten Abwägung viel ändert: Bei § 818 Abs. 1 sei der Gewinn dem Erwerber zugewiesen, weil er allein und nicht der Veräußerer die unternehmerische Verantwortung und das damit verbundene Risiko trage. Er habe insoweit nichts erlangt, so dass insoweit nur der objektive Ertragswert, der dem Pachtwert entspreche, ersetzt werden müsse. Bei § 987 gehe es im Rahmen der Vindikation um die Herausgabe körperlicher Sachen. Nutzungen seien bloß auf die Sache zu beziehen. Dabei müssten Arbeits- und unternehmerische Leistungen außer Betracht bleiben. Zu ersetzen sei der Marktwert der Sachnutzung ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer mehr oder weniger erzielt habe und was der Eigentümer hätte erzielen können (dass aber erst beim Schadensersatz Bedeutung).

*C. Kritiken und Literaturansätzen**I. Kritikaufriss*

Der Ansatz an den Früchten ist, wie sicherweisen wird, in der Tat verfehlt. Wenn aber für den Erfolg, den der Erwerber erwirtschaftet, der Fruchtbegriff und damit auch der Begriff der Nutzung nicht passt, so wird damit auch zweifelhaft, ob es richtig ist, den Herausgabeschuldner einen objektivierten Pachtzins zahlen zu lassen. Selbst wenn dabei auf eine ausdrückliche Analogie verzichtet wird, liegt immer noch der Gedanke zugrunde, das Unternehmen mache ähnliche einer Sache dem Erwerber durch Übergabe des Unternehmens Nutzungen möglich, die im Herausgabeprozess dem Gläubiger zu vergütenseien. Diese Vorstellung ist aber sowohl für die

9 K. Schmidt, 5. Aufl. 1999, Handelsrecht § 6 IV 1.

10 Erman-Hefermehl, (10. Aufl. 2000), zu § 987 Rdn. 3.

11 Staudinger-Lorenz, Neubearbeitung 1999, zu § 818 Rdn. 12.

12 Müko-Medicus, 3. Aufl. 1997, zu § 987 Rdn. 10.

W. Rainer Walz

Rechtsposition des Veräußerers wie für die Gewinnerzielung des herausgabepflichtigen Erwerbers in Zweifel zu ziehen.

Zum Beleg soll zunächst aus der Sicht des Veräußerers das Verhältnis von Sache und Frucht mit dem von Unternehmen und Unternehmensgewinn verglichen werden. Übertragen worden sind mit dem Unternehmen regelmäßig auch Sachen, aber nicht mit der Finalität, daraus Früchte zu ziehen, die bei Scheitern des Vertrages herauszugeben wären. Im Anschluss soll aus der Sicht des Erwerbers das Verhältnis von erworbenem Unternehmen und Gewinn betrachtet werden.

II. Von der Zuordnung von Früchten zu dem von Unternehmensgewinnen

Das Verhältnis von Gegenständen und daraus gezogenen (regelmäßigen) Einkünften wird im BGB im wesentlichen als das eines Baums zu seiner Frucht gesehen. Der Begriff der Frucht ist Ausdruck der Wertung, dass nicht nur die Sache selbst ausschließlicher sachenrechtlicher (oder entsprechender) Zuordnung fähig ist, sondern dass sich diese Zuordnung auch auf Vorteile erstreckt, die der Sache inhaerent sind, d.h. die der Eigentümer oder Inhaber aus dieser Sache zieht. Eine Marktleistung ist nicht Voraussetzung zur Erzielung von Früchten.¹⁴

Diese Vorstellung findet sich noch in Savignys Gedanken einer „productiven Natur“ von „Vermögensteilen“, die „gleichsam aus inwohnender Kraft dem Inhaber einen Erwerb bereiten, ohne dass es dazu eines besonderen Entschlusses von seiner Seite bedarf, ja dass es vielmehr auf ungewöhnlicher Willkür beruht, wenn ein solcher Erwerb unterbleiben soll; auch ist derselbe so wenig zufälliger Art, dass der Lebensunterhalt darauf regelmäßig gegründet zu werden pflegt. Dahin gehört der Miethertrag eines Hauses, der Frucht- oder Pächtertrag eines Landgutes, später die regelmäßige gleichförmige Natur des Fruchtertrags der Grundstücke: Dass jemand ein Grundstück ganz unbenutzt lasse, also weder durch eigenen Gebrauch noch durch Vermietung Vortheil davon ziehe, ist völlig

¹³ Gewinne aus der Veräußerung des Quellrechts (um im Bilde zu bleiben, müssten man von einem Baum rechtsprechen) sind, danach regelmäßig anfallend, keine Früchte.

¹⁴ Der römische Latifundienbesitzer erntete Früchte aus dem Land ohne zu arbeiten.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

ungewöhnlich, ja in den meisten Fällen, wo es dennoch vorkommen mag, nur als schlechte Wirthschafterklärung“.¹⁵

Die Gleichstellung der Rechtsfrüchte mit den Sachfrüchten stützt sich auf die protoökonomische Vorstellung der Grundrente als Residualeinkommen aus dem Eigentum am Boden: Die Bodeneigentümer setzen gleichartige Arbeit auf ihrem Boden ein, entlohnen sie gleichartig und behalten einen etwaigen Überschuss des Ertrages über die Lohnsumme kraft ihres Eigentumsrechts am Grundstück ein.¹⁶ Dass Rentenpreise sind, die über Marktleistungen zu Markteinkommen führen, ist hier nicht mitgedacht. Die Entscheidungen, die ein Landwirt für seine Aussaat und bei seiner Feldbestellung unter Risiko täglich trifft, um sein Einkommen zu steigern, werden zu ordnungsrechtlich ignoriert.¹⁷

Unternehmen können schuldrechtlich wirksam veräußert werden und sind deshalb auch möglicher Gegenstand eines Herausgabeverlangens, aber sie sind keine Rechtsobjekte, die dem Unternehmensträger als Immaterialgut oder sonst eigentumsähnlich ausschließlich zugeordnet wären.¹⁸ Die Zuordnungsparallele für Früchte passt nicht. Man beschreibt das Unternehmen vielmehr als Gesamtheit von Sachen und Rechten, sollte aber die Schulden nicht vergessen und auch nicht wirtschaftliche Positionen, die wie ein Kundenstamm oder vielfältig vernetzte geschäftliche Verbindungen aus Wettbewerbsgründen rechtlich gar nicht ausschließlich zugeordnet werden können. Man muss also unterscheiden zwischen dem, was die Rechtsordnung ausschließlich zuordnet und dem, wofür der Erwerber auf der Grundlage wirtschaftlicher Erwartungen bezahlt.

Das ist erklärungsbedürftig. Anders als das Eigentum ist das Unternehmen und der erwartbare Unternehmensertrag deliktisch und

15 *F. K. v. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 1841 Bd. IV, S. 39ff. iVm. S. 39 und S. 49.

16 .Vgl. *H. von Stackelberg*, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., 1951, S. 203/263.

17 .Für den gutgläubigen Besitzer statuiert zwar § 992 eine Ausnahme im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, die aber wegen des Wertwiderspruchs zu § 818 Abs. 1, über eine analoge Anwendung des § 988, für viele relevante Fälle überspielt wird. Diese Ausnahme ist im übrigen auch nicht ökonomisch motiviert, sondern basiert wie schon die Diskussion im gemeinen Recht auf Billigkeitserwägungen.

18 *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Auflage 1999, § 4 IV HR, *F. Baur/R. Stürner* Sachenrecht, 16. Aufl., 1992, § 28.

W. Rainer Walz

negatorisch im Rahmen des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nur als weites, abwägungsoffenes Rahmenrecht gewährleistet. Ein wettbewerbsrechtlich unbedenklicher Eingriff in Gewinnchancen ist nicht rechtswidrig. Auch spricht sich die herrschende Meinung im Rahmen des Rechts der Eingriffskondition zu Recht gegen die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Rechtsposition mit kondizierbarem Zuweisungsgehalt aus. Dennoch gibt es etwas, was dem Ausschließlichkeitsschutz zumindest auf Zeit nahe kommt; denn sonst zahlte niemand einen Kaufpreis für ein Unternehmen, der über den Einzelwert der Unternehmensbestandteile in der Regel weit hinausgeht. Niemand würde in eine Organisation oder Kundenbeziehungen langfristig investieren, wenn sich nicht die Erträge aus diesen Investitionen aneignen und andere davon ausschließen könnte. Aber das ist nicht Folge rechtlichen Ausschließlichkeitsschutzes, sondern beruht unter anderem auf Eigenleistung und der wirtschaftlichen Zuordnungswirkung zusätzlicher Schutzbehelfe wie z. B. solcher aus dem UWG oder dem GWB, die in einem Habens schützen, sondern die Markt- und Wettbewerbsordnung.

Die Nutzung ausschließlich zugewiesener Sachen und Rechte bildet ein wichtiges Moment aktiver gewerblicher Zweckverwirklichung, aber kommerzieller Einsatz der in einem Unternehmen versammelten Ressourcen unterscheidet sich von der im BGB vorausgesetzten Sach- oder Rechtsnutzung wesentlich dadurch, dass hiernicht Früchte geerntet, sondern innerhalb des vom Unternehmensvermögen gesetzten Handlungsrahmens durch einen gestaltenden und belebenden unternehmerischen Willen¹⁹ Marktchancen wahrgenommen oder verpasst werden. Deren Zuordnung zum Unternehmensträger lässt sich nicht durchgängig und nicht einmal wesentlich ableiten aus der ausschließlich dinglichen Zuständigkeit des Eigentümers an seiner Sache oder der Rechtsinhabers an seinem Recht. Es ist regelmäßig nicht ohne Willkür möglich, den Anteil am Gesamtgewinn einzugrenzen, der auf die Nutzung einzelner Vermögensgegenstände fällt.²⁰

Die Frage, wem ein erzielter Unternehmensgewinn gebührt, wenn das Unternehmen herausgegeben werden muß, ist deshalb nicht mit dem

¹⁹ O. von Nell-Breuning, Unternehmensverfassung, in K. Biedenkopf u.a. (Hrsg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für H. Kronstein, 1967, S. 47, 56.

²⁰ Das ist anders, wenn der herauszugebende Gewinn nicht dem Unternehmen einer Apotheke, sondern als Frucht des monopolartig zugewiesenen Apothekenbetriebsrechts gesehen wird; s. BGH vom 3.3.21954 LM § 987 BGB N. 3).

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

Hinweis auf die ausschließliche Güterrechtszuordnung abzutun: der Unternehmensgewinn ist nicht Nutzung eines eigentumsähnlich zugewiesenen Unternehmensvermögens. Und die Wertung, dass im Rahmen von § 347 oder § 812 dem Gläubiger die Herausgabe des Unternehmens geschuldet wird, impliziert nicht, dass ihm Gewinnherausgabe oder auch nur ein Nutzungsentgelt geschuldet würde. Die Zuordnung kraft Erfolg oder Misserfolg im Wettbewerb hat offenbar eine andere Legitimationsgrundlage als die Zuordnung der Früchte an den Eigentümer.

III. Der Unternehmensgewinn als Rechtsbegriff

Das Bild klärt sich, wenn man überlegt, was ein Unternehmensgewinn ist und wie er zustande kommt. Schon *Ballerstedt*²¹ hat darauf hingewiesen, dass die Vorstellung eines Überschusses der Erträge über den Aufwand, wie er § 102 zugrundeliegt, nicht einfach umzusetzen ist, solange man nicht festlegt, was als Aufwand gelten soll: gehören die Abschreibung für Abnutzung oder für sonstige Wertverluste, der Unternehmerlohn oder die Eigenkapitalverzinsung dazu? Sinnvollerweise sind, wo immer machbar, für gewerbliche Gewinne die kaufmännischen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zugrunde zu legen (§ 243 HGB) und der speziell in der Rückgabesituation anzupassen.

Der Gewinn ermittelt sich in der Regel durch einen Betriebsvermögensvergleich. Das Betriebsvermögen, das zum Vergleich herangezogen wird, besteht aus Einzelgegenständen, die im Handelsrecht Vermögensgegenstände und Schulden, im Steuerrecht (positive oder negative) Wirtschaftsgüter heißen. Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Forderungen, Patente und Rohstoffe sind positive, Verbindlichkeiten und Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten sind negative Wirtschaftsgüter.²² Für die Messung von unternehmerischen Gewinnen stellt § 4 Abs. 1 S. 1 EStG folgende auch im Handelsrecht geltende Regel auf: Gewinn ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluß des Wirtschaftsjahrs und dem Betriebsvermögen am Schluß des

21 *K. Ballerstedt* *ibid.* (Fn. 2), S. 294.

22 Daneben tauchen noch als Korrekturwertungen aktive und passive Rechnungsabgrenzungen sowie steuerfreie Rücklagen auf.

W. Rainer Walz

vorangegangenen Wirtschaftsjahrs, vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen. Statt Anfang und Ende des Wirtschaftsjahrs wäre hier die Zeit von der Übergabe des Unternehmens bis zur Rückgabe anzusetzen. Bei positiver Differenz liegt ein Gewinn vor, bei negativer Differenz ist ein Verlust entstanden.

Der Betriebsvermögensvergleich wird mit Hilfe einer Bilanz durchgeführt. Über die Erfassung der Geschäftsvorfälle des Veranlagungszeitraums durch das Verfahren der doppelten Buchführung wird systematisch die Auswirkung eines Verkaufs, eines Einkaufs oder der Anstellung eines Arbeitnehmers auf den Vermögensbestand wie auch auf den unternehmerischen Gewinn bzw. Verlust angezeigt. So führt der Verkauf eines Grundstücks oder einer Maschine einerseits zu einem Abgang aus dem Sachanlagevermögen, andererseits aber zu einem Zugang zum Finanzvermögen. War der Buchwert des abgegebenen Sachanlageguts niedriger als der Wert des zugegangenen Finanzvermögens, entsteht in Höhe des Überschusses ein Gewinn (Bestandteil). Umgekehrt entsteht beim Einkauf durch Zahlung des Kaufpreises oder seine Kreditierung über die Begründung einer Verbindlichkeit (negatives Wirtschaftsgut) ein Abgang an Finanzvermögen und ein Zugang an Anlage- oder Umlaufvermögen. Der Grundsatz der Neutralität der Beschaffungsvorgänge zwingt zur Bewertung des zugegangenen Wirtschaftsguts mit den (historischen) Anschaffungskosten, so dass eine positive Wertdifferenz dabei nicht auftreten kann. Abgang ist gleich Zugang. Wertveränderungen sind hier erst über Abschreibungen oder Gewinne bzw. Verluste bei der Veräußerung zu erfassen. Bei der Einstellung eines Arbeitnehmers geht dem Betriebsvermögen kein positives Wirtschaftsgut zu. Vielmehr vermindern die laufenden Gehaltszahlungen das Finanzvermögen. Der durch die Einstellung des spezialisierten Arbeitnehmers erwartbare Vorteil wird sich aber z.B. auf die positive Differenz auswirken, die zwischen den eigenen Herstellungskosten der Vorprodukte und dem erzielbaren Verkaufspreis für das Unternehmensprodukt entstehen wird.

Von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten werden Abschreibungen (oder Absetzungen) vorgenommen und zwar entweder regelmäßig und planmäßig oder aus besonderem Anlass. Solche Abschreibungen wirken als betrieblicher Aufwand der Periode, in der sie anfallen, gewinnmindernd. Versteht man die Bilanz als Ausweis eines Schuldendeckungspotentials, so drücken Abschreibungen einen Wertverbrauch aus.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

Ein mehr oder weniger großer Teil des Kaufpreises, als des Wertes, den der Erwerber übernommen hat, entfällt auf den Erwerb des Firmen- oder Geschäftswerts. § 255 Abs. 4 HGB definiert ihn als Saldogröße zwischen der für die Übernahme eines Unternehmens bewirkten Gegenleistung und dem Wert der einzelnen Vermögensgegenstände abzüglich der Schulden. Seine Höhe richtet sich nach den erwarteten Gewinnchancen, die sich wiederum auf eine komplexe Gesamteinschätzung immaterieller Wertfaktoren stützt, wie Ruf und Marktstellung, Kundenstamm, Synergieeffekte, Humankapital, technische Erfahrung und internationale Beziehungen. Auch der Geschäftswert muss mit gewinnmindernder Wirkung abgeschrieben werden. Andererseits bildet sich auch ein neuer Geschäftswert. Die Erfassung dieser Wertentwicklung ist freilich ziemlich subjektiv und spekulativ.

Den positiven Wirtschaftsgütern sind zur Ermittlung des Reinvermögens die negativen Wirtschaftsgüter entgegenzustellen, die im Fremdkapital zusammengefasst sind. Das Fremdkapital wird in den Posten Verbindlichkeiten und Rückstellungen ausgewiesen. Der Gewinn mindert, ein etwaiger Verlust erhöht sich durch den Ansatz eines dieser Posten; fällt der Posten weg, erhöht sich der Gewinn. Zu den negativen Wirtschaftsgütern gehören auch Rückstellungen z.B. wegen möglicher Gewährleistungshaftung. Diese vermindern den Gewinn vorsorglich; tritt die befürchtete Belastung nicht ein, muss die Rückstellung später gewinnerhöhend aufgelöst werden.

Entnahmen und Einlagen des Erwerbers sind aus dem Gewinn herauszurechnen.

Der knappe Ausflug ins Bilanzrecht macht deutlich, dass ein Unternehmensgewinn anders als eine abtrennbare Frucht nicht ein mehr oder weniger unverändertes Substrat zurücklässt, das im nächsten Jahr wieder vergleichbare Früchte bringen wird. Eine solche gegenstandsfixierte Sicht verbirgt, dass potentiell alle Vermögensgegenstände unter dem Einfluss der für den Markt getroffenen Entscheidungen des Unternehmers sich fortwährend verändern und dass Gewinn und Verlust der rechnerische Ausdruck dieses ökonomischen Veränderungsprozesses sind. Wirtschaftlich hat der Erwerber ein Zweckvermögen erworben, dessen Ertragswert er selbst im Rahmen der Spielregeln des Marktes erwirtschaften muss.

Dass zunehmende Stimmen die Gewinnherausgabe durch einen fingierten Pachtzinsersetzen wollen, geht auf Anleihen aus dem Fallbereich

W. Rainer Walz

der unbefugten Inanspruchnahme fremder Immaterialgüter zurück. Auch hier ist jede nfalls für die Zeit, in der der Erwerb gutgläubig wirtschaftet, zweifelhaft, ob die Parallele wertungsmäßig trägt. Bevor dem nachgegangen wird, soll zunächst ein rechtsvergleichender Blick in eine andere Teilrechtsordnung zeigen, dass das Zivilrecht im Rahmen der gesetzlichen Schuldverhältnisse außerhalb des Deliktsrechts den Perspektivenwechsel zu einer Welt marktbezogener Leistungen zur Erzielung von Einkünften nur unvollkommen nachvollzogen hat. Betrachtet wird die mit dem hier diskutierten Problem eng verwandte Frage des Steuerrechts, ob Einkünfte bei dem zu erfassen sind, bei dem sie angefallen sind, oder ob und unter welchen Umständen eine Zuordnungsänderung erfolgen muss. Man denke an einen Vater, der Gesellschaftsanteile unter Zurückbehaltung der wichtigsten Befugnisse an seine Kinder verschenkt oder an eine Mutter, die ihrer Tochter einen hohen Geldbetrag schenkt, den sie ihr als Betriebsdarlehen zur Verfügung stellt; von dem Darlehenszinsen wird das Studium finanziert. Der Gewinnanteil fällt beim Kind an, die Zinslast bei der Mutter.

D. Seitenblick auf die steuerrechtliche Gewinnzurechnungslehre

Die Vorläufer der Einkommensteuer im 19. Jahrhundert, die zur Vorstellungswelt Savignys passen, waren die Klassensteuern.²³ Die Bevölkerung wurde nach Haushalten aufgeteilt und dann mit festen Steuersätzen belegt. Neben der Klassensteuer wurde auf gewerbliche Erträge eine Gewerbesteuer erhoben, die Klassen von Gewerbetreibenden nach Gewerbeart, Betriebsumfang und Domizil unterschied. Die Anknüpfung an äußere Merkmale brachte es mit sich, dass nicht der tatsächlich erzielte wirtschaftliche Ertrag, sondern nur eine vermutete, schematische eingeschätzte Wirtschaftskraft der Besteuerung zugrunde gelegt wurde. Solange man in noch vorindustrieller Epoche innerhalb der gebildeten Klassen und Gruppen etwa der Handwerker, der Kleingewerbetreibenden von einigermaßen gleichen Verhältnissen ausgehen konnte, mochte die Klassensteuer als ungefähre Annäherung an die

²³ Dazu *A. Wagner*, Die deutsche Besteuerung des 19. Jahrhunderts, Finanzwissenschaft, IV. Hauptabteilung, IV. Teil, 1. Halbband, 1899; *R. Walz*, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, S. 68ff.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

Wirklichkeit hingenommen werden. Sobald sich aber insbesondere die unternehmerische Leistung subjektiviert und differenzierte, bildeten sich dynamische, von der vorindustriellen Durchschnittserwartung weit abweichende Gewinne, die fiskalisch unerfasst bleiben.

Abgelöst wurden die Quellensteuern durch eine auf das tätige Individuum an seiner Leistungsfähigkeit am Markt anknüpfende synthetische Einkommensteuer, die das Einkommen des Steuerpflichtigen aus allen Quellen (z.B. Grundrente, gewerbliche Erträge, Arbeit) zusammenfasst und über Sonderausgaben spezifische individuelle private Belastungen mitberücksichtigen kann.²⁴ Das hat zur Folge, dass das Einkommen dem zugeordnet und bei dem versteuert wird, der es erzielt. Eine Einkommensverlagerung kann deshalb nicht mehr einfach dadurch erreicht werden, dass der Gewinn an einen anderen abgetreten wird. Das rechnet zur Gewinnverwendung dessen, der den Gewinnerzielung hat; an der subjektiven Steuerpflicht ändert diese Verwendung nichts. Gewinn wird dem zugerechnet, der ihn am Markt durch eigene Leistung erwirtschaftet hat.

Wie schwer es auch dem Steuerrecht geworden ist, alteingewurzelte vorindustrielle Grundvorstellungen aufzugeben, zeigt sich bei der mit der Anknüpfung an Früchte im Sachenrecht eng verwandten Konzeption der Einkunftsquelle, die von Lehre und Rechtsprechung entwickelt wurde. Auf die Frage, wer die Einkünfte erzielt, wird geantwortet: derjenige, der Inhaber einer Einkunftsquelle sei bzw. derjenige, der eine Einkunftsquelle unterhalte.²⁵ Als Quellen gelten z.B. der landwirtschaftliche oder gewerbliche Betrieb, die Beteiligung an einer Personengesellschaft, das Kapitalvermögen, der eigene Arbeitseinsatz u.a.²⁶ Das aber führt zu dem Missverständnis, als ob die Quelle besteuert würde und nicht der Steuerpflichtige selbst nach Maßgabe seines aus verschiedenen Einkünften gebildeten Einkommens. Auch die naheliegende Vorstellung, wer eine Einkunftsquelle habe und den Ertrag einstreiche, sei der Steuerpflichtige, führt nicht weiter: man denke an einen Mieter, der untervermietet und den

24 R. Walz *ibid.* (Fn. 23), S. 62.

25 Z.B. H.-W. Arndt/P. J. Piltz, *Grundzüge des besonderen Steuerrechts*, 1996, § 2 C I 5 a.

26 J. Costede, *Zur dogmatischen Leistungsfähigkeit des Leistungsfähigkeitsprinzips*, in D. Carlé u.a. (Hrsg.), *Festschrift für G. Felix, Herausforderungen – Steuerberatung im Spannungsfeld der Teilrechtsordnungen*, 1989, S. 17, 24 22 f.

W. Rainer Walz

Mietzins des Untermieters auf ein Konto seiner Nichterben zu weisen lässt. Der Mieter hat keine Quelle, erstreicht auch nicht sein; dennoch ist er derjenige, dem das Einkommen steuerrechtlich zugeordnet wird. Das entspricht der zivilrechtlichen Wertung, wenn der BGH die auf Bereicherungsrecht gestützte Klage des Eigentümers auf Herausgabe des vom Untermieter an den Mieter gezahlten Mietzinses abweist.²⁷

Entscheidend für die subjektive Zuordnung ist vielmehr die Art der erbrachten Leistung. Einkünfte sind dem Steuerpflichtigen in dem Maße zuzurechnen, in dem sie Ertrag seiner Leistung darstellen.²⁸ Die Steuer knüpft an einen am Markt erzielten ökonomischen Wertschöpfungsbeitrag an. Dafür ist nicht das „Haben“ einer Einkunftsquelle entscheidend. Verlangt werden die Ausübung von Unternehmerinitiative und die Eingehung von Unternehmerrisiko, Leistungen des Vermieters auf dem Immobilienmarkt, des Investors auf dem Kapitalmarkt usw. Die Leistung erbringt derjenige, der aktiv am Marktgeschehen teilnimmt, der über diese Teilnahme und über die Leistungserstellung disponieren kann und so die Möglichkeit hat, Marktchancen zu nutzen, Leistungen zu variieren und sie zu verweigern, in dem er seine Tätigkeit einstellt, Kapital zurückzieht, Mietverhältnisse kündigt usw.²⁹

E. Seitenblick auf die Eingriffskondition und die Lehre vom Zuweisungsgehalt

Sucht man im bürgerlichen Recht selbst nach dogmatikfähigen Vorstellungen, wie der gewerbliche Ertrag, also ein Gewinn nicht aus einem einzelnen *lucrum ex negotiatione*,³⁰ sondern als Einkommensstrom, mit dem

²⁷ BGHZ 131, 297.

²⁸ Zuerst *L. Schmidt*, Diskussionsbeiträge, StbJb 1975/76, S. 149, 164; eingehender *H. G. Ruppe*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, in K. Tipke (Hrsg.), Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht, DStJG 1978, S. 7 ff.; *J. Costede* *ibid.* (Fn. 26), S. 19; weiterführend *P. Brandis*, Einkommensteuerrechtliche Zurechnung von Einkünften bei Nutzungsrechten, JuS 1989, S. 788; *P. Fischer*, Zurechnung, Zugriff, Durchgriff – Aspekte einer Grundfrage des Steuerrechts, FR 2001, S. 1 ff.

²⁹ Die Formel stammt von *H. G. Ruppe* *ibid.* (Fn. 28).

³⁰ Vgl. dazu *H. H. Jakobs*, *Lucrum ex negotiatione*. – Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

Vermögenssubstrat, über das er erzielt wird, verbunden werden kann, so stößt man auf die Lehre vom Zuweisungsgehalt bei der Eingriffskondition. Zwar sind deren Anwendungsvoraussetzungen in den hier thematisierten Fällen der Unternehmenrückgabe regelmäßig nicht gegeben.³¹ Es sind meines Wissens keine praktischen Fälle bekannt, in denen ein Unternehmen und die daraus erzielten Gewinne im Wege der Eingriffskondition herausverlangt worden wären. Diskutiert wird jedoch, inwieweit Gewinne, die von Dritten unter Verstoß gegen unternehmensschützende Normen, insbesondere des UWG erzielt wurden (z.B. durch sog. sklavische Nachahmung), über die Eingriffskondition kondizierbar sind.³² Das kann für einen Kläger von erheblichem Interesse sein, weil die Eingriffskondition kein Verschuldendes Eingreifenden voraussetzt. Ob ein Kläger damit Erfolg haben kann, hängt nach herrschender Meinung davon ab, ob dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein bereicherungsrechtlicher Zuweisungsgehalt zugestanden wird,³³ während eine Mindermeinung darauf abstellt, ob der Unternehmer die entsprechende, ihn bei nträchtigende Handlung verbieten kann.³⁴

Wieder geht es darum, ob ein bei einem anderen entstehender Gewinn dem davon verschiedenen Inhaber eines Rechts gebührt und an ihn abgeführt werden muss, obwohl keine Grundlage für einen Schadensersatz bereitsteht. Bekanntlich geht es im Bereicherungsrecht nicht um einen Schaden beim Bereicherungsgläubiger, sondern um die Abschöpfung eines Vermögensvorteils, der ihm gebührt. Während überwiegend eine Eingriffskondition auf der Grundlage eines Rechts am eingerichteten und

31 Regelmäßig scheitern sie am Vorrang vertraglicher Abwicklungsmechanismen (in der Regel §§ 459, 463) oder der Leistungskondition.

32 *G. Kleinheyer*, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, S. 471, 475; *H. Reeb*, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, S. 40; *K. Larenz/C. -W. Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1995, Bd. II 2 § 69 I 2 f.; *H. Büsching*, der Anwendungsbereich der Eingriffskondition im Wettbewerbsrecht, 1992, S. 119 ff. Ausführlichste Problembehandlung mit weiteren Nachweisen bei *R. Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, unveröff. Habilitationsschrift Hamburg 1999, S. 812 ff.

33 Dazumit Nachweisen *R. Ellger* *ibid.* (Fn. 32), S. 792 ff.

34 Z.B. *H. H. Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 115.

W. Rainer Walz

ausgeübten Gewerbebetrieb verneint wird,³⁵ wird sie im Fall der Verletzung eines sondergesetzlich geschützten Immaterialgüterrechts bejaht, freilich ohne die Sanktion voller Gewinnherausgabe.³⁶ Man denke z.B. an einen großen Technologiekonzern, der infolge einer nachträglichen Doppelerfindung kraft seines weltweiten Vertriebsnetzes hohe Gewinne erzielt. Die Idee ist aber vorher bereits für einen kleinen Ingenieur geschützt worden. Man ist sich heute weitgehend darüber einig,³⁷ dass, wenn nicht der Tatbestand des § 687 Abs. 2 vorliegen sollte (wissentliche Geschäftsanmaßung), der Ingenieur nicht Gewinnherausgabe, sondern nur den Betrag fordern kann, den der Konzern für eine angemessene Lizenzgebühr hätte zahlen müssen. Die unternehmerische Verwertungsleistung liege bei der Konzerngesellschaft, die allerdings unwissentlich gegen ein wettbewerbsrechtlich verhängtes Nachahmungsverbot verstoßen hat, ohne die hierfür übliche Kostenlast zu tragen. Soweit das die ordnungspolitisch motivierten gesetzlich gewollten Marktrelationen verzerrt – die Konzerngesellschaft produziert zu billig, dem Ingenieur entgeht die Belohnung für seine Erfindung – muss dies auch bei fehlendem Verschulden (sonst deliktischer Anspruch) korrigiert werden. Genau dies ist die Aufgabe der Eingriffskondiktion.³⁸ *Ellger* S. 406ff.

Nach der ursprünglichen, von von Savigny begründeten Konzeption der Eingriffskondiktion liegt der Bereicherung eine gegen den Willen des Berechtigten erfolgende gegenständliche Vermögensverschiebung aus dessen Vermögen in das Vermögen des Bereicherungsschuldners zugrunde:³⁹ der vom Bereicherungsschuldner erlangte Gegenstand - v.

35 *E. von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in W. Kunkel u.a. (Hrsg.), Festschrift für E. Rabel I, 1954, S. 333, 400; *E.-J. Mestmäcker*, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, *JZ* 1958, S. 521, 526; *L. Raiser*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht, *JZ* 1961, S. 465, 469 f.; *K. Schmidt*, Integritätsschutz von Unternehmen, *JuS* 1993, S. 985, 986; *R. Ellger* *ibid.* (Fn. 32), S. 802ff.

36 Unstreitig; siehe *R. Ellger* *ibid.* (Fn. 32), S. 677ff.; 692ff.

37 Grundlegend hierfür waren die Arbeiten *E. von Caemmerers*; siehe dazu oben Fn. 35; ders., Wandlungen des Deliktsrechts in E. von Caemmerer u.a. (Hrsg.), 100 Jahre Deutsches Rechtsleben., Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Bd. 2, S. 49ff.

38 *R. Ellger* *ibid.* (Fn. 32), S. 406ff.

39 *F.K. von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V, Beylage XIV, 1840/41, Nachdruck 1973, S. 525.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

Savigny dachte dabei an Sachen - war vorher im Vermögen des Kondizienten gewesen (sog. Vermögensverschiebungsdogma). Die *Savigny'sche* Lehre leidet aus heutiger Sicht an Schwächen, die den agrarwirtschaftlichen Zeitumständen und Vorstellungen des ersten Drittels des 19. Jahrhunderts zuzuschreiben sind: die Veränderung in der Vermögenssphäre wird gleichgesetzt mit Veränderung der Sachherrenschaft. Diese gegenstandsfixierte Orientierung kann nicht Vorteile aus Nutzungen erfassen, die erst beim Bereicherten entstehen und noch nicht vorher als Rechtsobjekte im Vermögen des Kondizienten waren.⁴⁰ Diese Mängel wurden bald schon erkannt. *Windscheid* hält zwar an der Vermögensverschiebung fest, fasst sie aber so, dass auch Nutzungs- und Gebrauchsvorteile kondizierbar werden, wenn das Erlangte durch Mittel des fremden Vermögens erreicht wird; ein gegenständlicher Übergang sei nicht erforderlich.⁴¹ Dies war noch nicht ausreichend. Ein besonderer Druck zur Erneuerung der Eingriffskondition ging von den im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts eingeführten gewerblichen Schutzrechten und vom Urheberrecht aus.⁴² Bei ihnen erwies sich die Vorstellung, dass von dem Vermögen des Berechtigten etwas auf das Vermögen des nichtberechtigten Eingreifers übergehe, als undurchführbar. Es ging also darum, die Wahrnehmung einer Gebrauchs- und Verwertungschance, die von der Rechtsordnung einem anderen vorbehalten ist, als möglichen Gegenstand der Eingriffskondition zu erfassen. Daraus erwachsen Versuche, das Vermögen über die klassische, am subjektiven Recht ausgerichtete Definition hinaus auszudehnen. Es werden Definitionen entwickelt, nach denen zum Vermögen des Berechtigten nicht nur geschützte Sachwerte und Rechte gehören, sondern auch allerechtlich geschützten Aussichten auf erst künftigen Erwerb oder günstige wirtschaftliche Lagen, die nach dem gewöhnliche Verlauf wahrscheinlich seien.⁴³ *Wilhelm*,⁴⁴ ein Anhänger der

40 Dazu *R. Ellger* *ibid.* (Fn. 32), S. 44ff. und *passim*.

41 *B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, bearbeitet von *Kipp*, 1906 - Neudruck 1963, § 421, S. 623-69f.

42 Zur heute wieder verzichtbaren Zwischenstation der Dreifachen Schadensberechnung vgl. *R. Ellger* *ibid.* (Fn. 32), S. 600ff.

43 Vgl. z. B. *A. Lobe*, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, insbesondere § 19, 1907.

44 *J. Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, 1973.

W. Rainer Walz

Widerrechtlichkeitstheorie,⁴⁵ ersetzt das Erfordernis einer Vermögensverschiebung durch die Voraussetzung einer Rechtswidrigkeit des Vorteilsnehmens; das führt zu einer erheblichen Erweiterung der Eingriffskondition. *Wilhelm* fasst in seinem Vermögensbegriff die Sache und den ökonomischen Nutzen der Sache zu einem einheitlichen Vermögenskonzept zusammen, zu Sache und Sachnutzungspotential. Die Herrschaft des Bereicherungsschuldners über die Nutzungen eines Gegenstands oder Rechts sei widerrechtliche Vermögensherrschaft. Jeder Unternehmer und Konkurrent im Wettbewerb habe ein Recht auf Gewinn, der ihm z.B. durch unlauteren Wettbewerb entzogen werde.⁴⁶

Auf der Basis dieser Ausdehnung des zivilrechtlichen Vermögenskonzepts ließe sich im Übergang von der Eingriffskondition zur Leistungskondition wie auch für die Fälle der §§ 347 und 987 BGB eine Brücke schlagen: es entspricht genau dieser Wertung, wenn dem berechtigten Inhaber des Unternehmens bzw. demjenigen, dem das Unternehmensschuldrechtlich gebührt auch der Gewinn gebührt, der mittels dieses als umfassendes Vermögensrecht vorbehaltenen Unternehmenserziels wurde. Es würde die hier in Zweifel gezogene Auffassung bestätigen, dass Gewinne nicht anders als Sachfrüchte dem Inhaber des Quellrechts zustehen und niemand sonst.

Dem gegenüber ist mit *Ellger*⁴⁷ - vor ihm schon von *Caemmerer*,⁴⁸ *L. Raiser*⁴⁹ und *Mestmäcker*⁵⁰ - nachdrücklich darauf zu bestehen, dass nur die Lehre vom Zuweisungsgehalt absolut geschützter subjektiver Rechte in der Lage ist, die funktionalen Erfordernisse eines Wettbewerbsmarkts mit der privatrechtlichen Vermögensordnung zu versöhnen.⁵¹ Wichtig ist, dass von *Caemmerer* die Eingriffskondition am absoluten subjektiven Recht anknüpft und sie deshalb im Bereich der Verbotensrechte des UWG

45 Die Widerrechtlichkeitstheorie geht zurück auf *F. Schulz*, System der Rechte auf Eingriffserwerb, Ac P 105 (1909), S. 1 ff. Sie wird auch vertreten von *H. H. Jakobs*, op. cit. Fn. 34.

46 *J. Wilhelm* *ibid.* (Fn. 44), S. 87, 93.

47 Dies ist die Leitthese seiner - oben zitierten - umfangreichen Habilitationsschrift.

48 *E. von Caemmerer* *ibid.* (Fn. 35/37)

49 *L. Raiser* *ibid.* (Fn. 35).

50 *E.-J. Mestmäcker* *ibid.* (Fn. 35).

51 *R. Ellger* *ibid.* (Fn. 32), S. 155 - 163 und *passim*.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

ausdrücklich ablehnt.⁵² Es gibt Patentrechte, Urheberrechte, Markenrechte aber kein Recht am Unternehmen, das diesem Kriterium entspricht. Die von der Lehre vorgeschlagenen weiten Ausdehnungen der vermögensrechtlichen Zuordnung sind als unvereinbar mit den Aneignungssperren des Wettbewerbs anzusehen: Kundenstamm und Marktanteile und alles, was den immateriellen Geschäftswert ausmacht, sind grundsätzlich nicht appropriierbar. Auch dort, wo die Rechtsordnung den Mitbewerber vor unlauterem Verhalten schützt, sichert sie ihm weder einen bestimmten Kundenstamm noch Unternehmergewinn zu. Niemand hat ein Recht am Gewinn, allenfalls die durch Spielregeln gesicherte Chance, Kunden zu erhalten oder hinzuzugewinnen. Verbotsmacht gegen unlauteres oder sonst rechtswidrig schuldhaftes Verhalten und Vermögenszuordnung decken sich nicht.⁵³ Anders als das Patent, das als absolutes subjektives Recht wirtschaftliche Chancen seinem Rechtsinhaber ausschließlich zuordnet, ist dem Unternehmer eine solche Chance nur mittelbar dadurch geschützt, daß andere sich nicht rechts- und regelwidrig schuldhaft vereiteln dürfen. Für die Zuordnung von Gewinnchancen ist nicht mehr agrarwirtschaftliche Statik, sondern marktorientierte Ordnungspolitik zuständig.⁵⁴

F. Der Beitrag der ökonomischen Analyse des Rechts

Die Zuordnungswertung in § 347 und den gesetzlichen Schuldverhältnissen (Bereicherungsrecht, EBV) hat sich für Unternehmensgewinne als nicht tragfähiger erwiesen.

Noch bleibt unklar, was an ihre Stelle treten soll. Unklar ist sogar noch, welche Fragen gestellt werden müssen, um für die Zuordnung des Unternehmensgewinns beiden Fundamenten des Privatrechts, der Ordnung des Habens und der Ordnung des freiheitlichen Handelns, gerecht zu werden. Weder dazu bietet die Ökonomische Analyse des Rechts.

Die ökonomische Analyse des Rechts betrachtet rechtliche Regeln unter dem Aspekt eines Anreizsystems zu marktgerechtem

52 E. von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, ibid. (Fn. 37), S. 49, 89.

53 Überzeugend und grundlegend R. Ellger, ibid. (Fn. 32), S. 398 ff.

54 Vgl. C. Joerges, Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, 1977, S. 40 ff.

W. Rainer Walz

Entscheidungsverhalten.⁵⁵ Sie ist also, wie die wettbewerbsrechtliche Ordnungspolitik auf ein Handeln bezogen, nicht auf ein Haben. Sie geht dabei – wieder wie das Wettbewerbsrecht – von der Grundannahme aus, dass das geltende Recht von ökonomischer Rationalität (geringstmöglicher Aufwand für den angestrebten Nutzen) und freiheitlichem Individualismus geprägt ist. Anders als die hergebrachte Mikroökonomie behandelt sie die den Rechtssubjekten eingeräumten Rechtspositionen nicht als hinzunehmende Gegebenheiten aus einem der Ökonomie äußerlichen Datenkranz, sondern bezieht sie als selbst beeinflusste und andere beeinflussende Variable in ihr ökonomietheoretisches Analyseinstrumentarium mit ein. Angebot, Nachfrage, Preisbildung, Faktoreinsatz, Verteilung beeinflussen Rechtspositionen und umgekehrt. Gefragt wird, wem welche Rechte und Risiken zugewiesen werden müssen, damit die gegebene Faktorausstattung einer Volkswirtschaft so eingesetzt wird, dass der mögliche gesellschaftliche Wohlstand (die *wealth of nations* des Adam Smith) mit geringstmöglicher Verschwendung erreicht werden kann (Allokationseffizienz). Sie bemüht sich, dem Rechtsanwender Entscheidungskriterien an die Hand zu geben, die einen rationalen Einsatz von Arbeit und Kapital gewährleisten.

Ihrem Selbstverständnis ist die ökonomische Analyse keine Rechtsquelle, die am Gesetz vorbei Rechte einräumen oder Rechtsfolgen setzen könnte. Sie tritt jedoch mit dem Anspruch auf, gemeinsame Grundgedanken der gesetzlichen Rechts- und Risiko zuweisung herauszuarbeiten soweit sie auf wirtschaftliches Handeln in Marktbezügen gerichtet sind. Sie eignet sich deshalb zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und stellt Argumente für vorzunehmende oder abzulehnende Analogien bereit.

Im vorliegenden Zusammenhang ist also nach den Anreizwirkungen für die Situation zu fragen, in der ein Unternehmen z.B. im Bereicherungsausgleich gegenständlich oder wertmäßig, im Rahmen der Saldo- oder der Zwei-Konditionen-Theorie zurückgegeben werden soll. Da wäre einmal den Anreiz zum Rückgängigmachen und dann der Anreiz zu nennen, während der Zeit der Ungewissheit ökonomisch rational mit den Unternehmensressourcen umzugehen. Zum ersten muss ein Anreiz für den Kläger (als Verkäufer) vermieden werden, auf dem Rücken des Käufers zu

⁵⁵ Grundlegend für die deutsche Literatur *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Aufl. 1995. Mittlerweile 3. Aufl. 2000.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

spekulieren (wenn dieser hohe Gewinn macht, wird geklagt, sonst nicht). Zum zweiten kommt es darauf an, zu verhindern, dass der „Unternehmensbesitzer“ aus Angst, für den anderen zu arbeiten, am Markt suboptimale Entscheidungen fällt.

Das Regelungsprogramm des BGB, in das wir die gefundenen Lösungen werden einpassen müssen, eröffnet folgende Alternativen:

- Keine Herausgabe, kein objektivierter Pachtzins;
- Ansatz des § 818 Abs. 1: Gewinnherausgabe mit der Grenze des § 818 Abs. 3
- Ansatz der §§ 987, 988, 992: der gutgläubige „Besitzer“ muss keinen Gewinn herausgeben, es sei denn, er hat unentgeltlich erworben. Der bösgläubige oder verklagte „Besitzer“ muss entweder den Gewinn oder einen objektivierten Pachtzins herausgeben, und zwar auch solche Gewinne, die er hätte ziehen sollen, aber nicht gezogen hat.
- Anwendung des § 687 Abs. 2, der denjenigen, der sich wissentlich in fremdes Geschäft einmischt, zur Herausgabe des daraus Erlangten zwingt.
- Der deliktische Besitzer muss den entgangenen Gewinner setzen.

Warum verkauft ein Unternehmer sein Unternehmen? Ökonomisch gesprochen ist er an dem Kaufpreis, an dem Geldbetrag, stärker interessiert als an der Weiterführung des Geschäfts. Entweder kann er selbst nur noch suboptimale Erträge erwirtschaften oder der Käufer bietet ihm einen besonders hohen Betrag, weil er, z.B. aus Synergiegründen oder mit neuen Ideen mehr aus dem Unternehmen „herausholen“ kann. Warum verlangt der Verkäufer das Unternehmen wieder zurück? Entweder der Kaufpreis erwies sich als zu niedrig – er hätte von einem anderen Käufer mehr bekommen. Oder er kann selber doch mehr aus seinem Geschäft machen als er im Zeitpunkt des Verkaufs angenommen hat.⁵⁶

Soll der Veräußerer den zwischenzeitlich erwirtschafteten Unternehmensgewinn vergütet bekommen. Aus der Sicht eines ökonomisch rationalen Verkäufers hat er einen Ertragswert veräußert. Der vom

⁵⁶ In beiden Fällen würde ihm als ökonomisch rationaler Akteur Wertersatz genügen, wenn die Rückerstattung des objektiven Werts eine vergleichbare Rendite verspricht. Nur ausnahmsweise hat er Interesse an einer gegenständlichen Rückgabe (entweder bei Affektionsinteresse oder wenn die Rückgabealternative mehr erbringt als den objektiven Wert des Unternehmens).

W. Rainer Walz

Verkäufer gemachte Gewinn ist so gesehen nur der erste Gewinn einer langen Serie von Gewinnen, für die der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat. Der Käufer sollte diesen Gewinn zusammen mit den noch ausstehenden Gewinn gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückerstatten. 57

Allerdings wird meist eine gewisse Zeit vergehen, bis feststeht, ob das Geschäft rückabgewickelt werden muß. Wenn der Käufer womöglich mit dem Unternehmen den gesamten Gewinn herausgeben muss, so wird das Motiv, nicht für die andere Partei arbeiten zu wollen, zu ökonomisch subrationalen Entscheidungen führen – weniger Anstrengungen, Eingehung riskanter Geschäfte, deren Verlust man dem Unternehmen anlasten, deren Gewinn man aber an ihm vorbeileiten kann. Für diese Situation scheint der Lösungsweg des § 987 Abs. 1 und 2 grundsätzlich gut zu passen – wenn man unter Nutzungen nicht den gesamten Gewinn verstehen will, sondern nur den objektiven Pachtwert im Sinne von *Medicus, Lorenz* und anderen. Zieht eine Partei schuldhaft weniger Gewinn als objektiv von ihr erwartbar, sollte das den objektiven Pachtzins nicht beeinträchtigen. Ein Vorbeiführen der Gewinne am Unternehmen bringt dem Käufer nichts, wenn er den objektivierten Pachtzins ohnehin abführen und die den Pachtzins übersteigenden Gewinne behalten darf. Der bezüglich seines „Besitzrechts“ bösgläubige „Besitzer“ müsste gleichgestellt werden.

Weiß der Käufer, dass er sich das Geschäft eines anderen anmaßt, so führt die Wertung des § 687 Abs. 2 zu einer ökonomisch richtigen Lösung. Einem solchen, z.B. betrügerischen Käufer muss jeder Anreiz genommen werden, sich anderer Leute Geschäfte zunutze zu machen. Hier muss Rechnung gelegt und der gesamte Gewinn herausgegeben werden. Im Unterschied zum vorigen Fall besteht hier keine Unsicherheit über die fehlende Berechtigung mehr. Im Fall eines Betruges des Käufers wäre zusätzlich zur Gewinnherausgabe auch der entgangene Gewinn des Verkäufers, sofern dieser höher gewesen ist als der erzielte Gewinn, nach Schadensersatzrechtlichen Grundsätzen zu erstatten.

Es bleibt die Situation zu klären, in der ein Käufer nichts weiß und bezüglich seiner Berechtigung gutgläubig ist. Hier wird es bis zum Zeitpunkt einer Herausgabeklage nicht zu einer Fehlallokation kommen, so dass zunächst eine Gewinnherausgabe vertretbar erschiene. Dies würde aber

57 Einsicht und Formulierung verdanke ich dem betriebswirtschaftlichen Kollegen *Franz Wagner* aus Tübingen.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

nicht berücksichtigt, dass man dem Herausgabegläubiger den Anreiz nehmen muss, auf dem Rückkauf des Erwerbers zu spekulieren. Erwägenswert wäre freilich eine Gleichstellung mit dem bösgläubigen und verklagten Besitzer, also Zahlung eines objektivierte Pachtzinses, allerdings ohne Anwendung des Rechtsgrundsatzes des § 987 Abs. 2 und mit der Grenze des § 818 Abs. 3; das heißt objektivierte Pachtzinszahlung begrenzt durch die Höhe der erzielten Gewinne. Aber das ist nicht zwingend. Meines Erachtens sollte hier der marktwirtschaftliche Grundsatz zum Tragen kommen, dass derjenige, der die Entscheidung über eine bestimmte Verwendung von ökonomischen Ressourcen trägt, Anrecht auf den möglichst ungeschmälernten vollen Gewinn haben, freilich auch alle Kosten seiner Entscheidung tragen soll. Die vorzugswürdige Lösung besteht also darin, dem Käufer für diese Zeit den Gewinn voll zu belassen, ihm aber die Berufung auf § 818 Abs. 3 (Herausgabepflicht nur soweit der Gegenstand wertmäßig noch im Vermögen des Bereicherungsschuldners ist) zu verwehren. Wenn im Rahmen des geltenden bereicherungsrechtlichen Regelungsprogramms methodisch kein Weg an § 818 Abs. 3 vorbeiführt, lässt man den Verkäufer am unternehmerischen Risiko teilnehmen, was durch Abführung einer von tatsächlichem Gewinn oder Verlust unabhängigen Pachtgebühr ausgeglichen werden muss. Dann besteht der Unterschied zur Behandlung des bösgläubigen oder verklagten „Besitzers“ nur noch darin, dass der Rechtsgedanke von § 987 Abs. 2 nicht passt.

Was verändert sich, wenn man von der Situation ausgeht, dass nicht der Verkäufer, sondern der Käufer vom Vertrag zurückwill? Bei einer idealen Betrachtung hat der Käufer für einen Ertragswert, also eine bestimmte langfristige Renditeerwartung, einen Kaufpreis bezahlt. Er will sein Geld zurück, weil er den erwarteten Ertrag nicht realisieren oder mit dem zurückerstatteten Kaufpreis mehr Rendite erzielen kann. Soll der Erwerb der Ertragschance nachträglich wieder rückgängig gemacht werden, liegt es nahe, auch die Erträge, die sich bereits verwirklicht haben, in die Rückgabepflicht Zug um Zug gegen Erstattung des Kaufpreises (bzw. Saldotheorie) mit einzubeziehen. Aber aus ähnlichen Gründen wie oben würde eine solche Lösung möglicherweise ökonomisch unerwünschte Anreize auf das unternehmerische Verhalten des Käufers ausüben.

Wieder müssen wir unterscheiden zwischen einem Zeitraum, in dem der Erwerb von der Gültigkeit des Erwerbs ausgeht, einer Zeit, in der unklar ist, ob das Rückabwicklungsverlangen erfolgreich sein wird und Situationen,

W. Rainer Walz

in denen keine Unsicherheit besteht – z.B. die Parteien sind sich über die Rückabwicklung einig, in Streit stehen nur noch Fragen, welche Posten der Käufer sich bezüglich der Kaufpreisrückerstattung gegenrechnen lassen muss.

Für den Zeitraum der Unsicherheit dürfte auch hier die Regelung des §§ 987, 988 zu vernünftigen Anreizen führen, obwohl sie nicht unmittelbar über § 819 Abs. 4, sondern allenfalls mittelbar im Rahmen der Saldotheorie zum Zuge kommen kann. Es muss verhindert werden, dass der Käufer zu wenig Anstrengungen unternimmt, dass er zu Lasten der anderen Seite vermeidbare Verluste herbeiführt, überhöhte Risiken zu Lasten des Verkäufers eingeht und Gewinne verschleiert entnimmt. Das erreicht man dadurch, dass man ihn ein objektiviertes fiktives Pachtentgelt tragen lässt, das ihm den eigentlichen Unternehmergewinn aber auch das Verlustrisiko belässt, falls er weniger Erträge erzielt hat. Hat der Verkäufer betrügerisch gehandelt (arglistig getäuscht), so kann der Käufer zusätzlich entgangenen Gewinn bezüglich des zum Kauf eingesetzten Kapitals verlangen.

Am interessantesten ist wieder der Zeitraum, in dem der Käufer, von dem später die Initiative zur Rückabwicklung ausgeht, das Geschäft noch als gültig ansieht. Insoweit wirkt die Ausgleichsregelung noch nicht auf seine Entscheidungen ein. Zu beachten ist aber, dass der Übergang dieser noch sicheren Situation in die unsichere von außen nicht sichtbar ist – erst durch die Erhebung einer Klage wird sie erkennbar. Der Zeitpunkt der Erhebung der Klage ist aber durchaus beeinflussbar. Man muss also verhindern, dass ein Käufer besonders hohe Risiken eingeht, das Unternehmen behält, wenn es gut geht, auf Rückgängigmachungsklage, wenn es schief geht. Das spricht dafür, den Käufer, wenn die Initiative der Rückabwicklung von ihm ausgeht, immer mit einem objektivierten Pachtzins zu belasten. Dessen Höhe sollte davon abhängen, ob man bezüglich der Rückgabe des Unternehmens selbst § 818 Abs. 3 beachten muss oder nicht; letzteres wäre ökonomisch gesehen die bessere Lösung. Wird dem Verkäufer das Verlustrisiko des § 818 Abs. 3 auferlegt, muss der vom Käufer zu tragende fiktive Pachtzins um diesen Risikofaktor auch dann erhöht werden, wenn sich ex post herausstellt, dass sich das Risiko nicht wirklich hat.

Wem gebührt der Unternehmensgewinn bei der Rückgabe gekaufter Unternehmen?

G. Schluss

Manchem Leser mag es anstößig erscheinen, dass der Verfasser zunächst einigen Aufwand darauf verwendet, die zuordnungsrechtliche Regelungsphilosophie des BGB als veraltet hinzustellen, um dann schließlich doch wieder bei der Anwendung der §§ 18, 987, 993 zu landen, allerdings auf der Basis neuer ökonomisch orientierter Fragestellungen. Kann das gut gehen und ist das rechtsdogmatisch erlaubt? Seit dem *usus modernus*, Savignys heutigem Römischem Recht und der Pandektenwissenschaft tut wissenschaftliche Rechtsdogmatik nichts anderes, als neuen Wein in alte Schläuche zu füllen. Weil inzwischen auch das BGB in die Jahre gekommen ist, erweisen wir seiner fortgeltenden Autorität die gebührende Ehre, wenn wir überlegen, wie wir sein Regelungsprogramm den modernen Entwicklungen zu einer wettbewerbsrechtlich orientierten Markt- und freiheitlichen Handlungsordnung anpassen können. Dies zumindest ist überhaupt nicht neu. Um diese Daueraufgabe der privatrechtlichen Dogmatik hat sich das wissenschaftliche Werk *Claus Ottos* in vorbildlicher Weise verdient gemacht.