

Einleitung

I. Die Unternehmenspacht im modernen Wirtschaftsleben

1. Fünf zentrale Anwendungsbereiche der Unternehmenspacht

Die Bedeutung der Unternehmenspacht im modernen Wirtschaftsleben ist erheblich. Im Vordergrund stehen fünf Anwendungsbereiche.

Jetzt und in den kommenden Jahren geht es, erstens, bei vielen, insbesondere mittelständischen Unternehmen um die Frage, wie die Unternehmensnachfolge gestaltet werden kann. In Deutschland belaufen sich Schätzungen auf jährlich ca. 70.000 Unternehmen, in Österreich und der Schweiz auf jeweils jährlich ca. 10.000 Unternehmen, die zur Nachfolge anstehen.

Soll das Unternehmen der Familie erhalten bleiben, ohne dass ein Nachkomme es fortführen kann, bietet sich die Verpachtung als Lösung an. Aber auch wenn ein Nachfolger in der Familie existiert, wird dieser das Unternehmen häufig zunächst verpachtet bekommen, was neben strategischen und psychologischen vermögens- und versorgungstechnische oder steuerliche Vorteile bieten kann.¹ Im Rahmen dieser Untersuchung hat sich insoweit gezeigt, dass, je nach Branche, 2 % bis 20 % der Unternehmen verpachtet sind bzw. zukünftig verpachtet werden sollen.

Aus Sicht des Existenzgründers bietet die Pacht eines Unternehmens, zweitens, die Möglichkeit, ein bestehendes Unternehmen inklusive Strukturen und Geschäftsbeziehungen ohne Kaufpreiszahlung zu übernehmen. Die Pacht als Form der Existenzgründung, oft auch durch bisherige Geschäftsführer oder Mitarbeiter, stellt so gleichsam die Kehrseite zur Verpachtung als Form der Unternehmensnachfolge dar. Und als Vorstufe eines möglichen Kaufs ermöglicht die Unternehmenspacht Existenzgründern, Inhabern wie sonstigen Betroffenen eine Testphase.

Neue Unternehmensphilosophien sowie sich verändernde Wirtschaftsbedingungen, insbesondere Marktberreinigung und Globalisierung, führen, drittens, immer wieder zu Zusammenschlüssen von Unternehmen. Fehlt hier Kapital, steht das avisierte Unternehmen aus unternehmerischen, persönlichen oder steuerlichen Gründen nicht zum Verkauf oder soll der Zusammenschluss nur vorübergehend sein, bietet sich die Unternehmenspacht als Lösung an. Gleiches gilt, wenn der Zusammenschluss zunächst getestet werden soll.

Häufig findet sich die Unternehmenspacht, viertens, zwischen Personen, die bereits rechtlich miteinander verbunden sind. Ausschlaggebend hierfür können insbesondere haftungs-, konzern- oder steuerrechtliche Gründe sein.

Schließlich findet sich die Unternehmenspacht, fünftens, immer wieder im Zusammenhang mit Apotheken und Gaststätten.

1 Vgl. etwa *Dröge*, Betriebsverpachtung, S. 1 ff.; *Eberhard*, Betriebsverpachtung, S. 1 ff., 9 ff.; *Niggemann*, in: FAZ v. 27.9.1999 (Nr. 224), S. 33 - „Familienbetriebe verrenten statt verkaufen?“.

2. Weitere Anwendungsbereiche

Neben diesen Hauptanwendungsbereichen stehen vor allem die folgenden fünf weiteren Anwendungsbereiche.

Zeitlich betrachtet zählen zunächst, erstens, Verpachtungen im Rahmen der Land- und Forstwirtschaft hierher. Von jeher wurden hier Wirtschaften verpachtet. Diesbezügliche Überlegungen nehmen im Schrifttum einen breiten Raum ein. Allerdings ging und geht es dabei in der Regel um die Verpachtung des jeweiligen Grund und Bodens nebst Gebäuden, Maschinen oder Vorräten, während die Überlassung immaterieller Werte eher am Rande steht.

Es folgte bereits bald die Verpachtung von Unternehmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft.² Hier finden sich zunächst Verpachtungen von Laden- bzw. Handelsgeschäften, von Apotheken und von Gaststätten. Diese standen zwar noch häufig mit der Landwirtschaft bzw. der Forstwirtschaft in Verbindung. Bei vielen dieser alten Beispiele zeigen sich jedoch bereits die heute zentralen Anwendungsbereiche der Unternehmenspacht.

Neben der Verpachtung kleiner und mittlerer Unternehmen erschienen, zweitens, bereits bald Verpachtungen größerer Unternehmen sowie, drittens, Verpachtungen von Unternehmen von Freiberuflern. Beide finden sich auch heute. Gründe sind neben den bereits genannten Gründen zwischenzeitliche Verhinderungen des Inhabers und Aspekte der Steuerersparnis oder ein mangelnder Willen einer Erbengemeinschaft, das ererbte Unternehmen selbst zu betreiben.

Hierneben traten im Laufe der Zeit, viertens, Verpachtungen im Zusammenhang mit Krisen. Diese können zum Zwecke der Sanierung, gegebenenfalls unter Gründung einer Auffanggesellschaft, oder seitens eines Zwangs- oder eines Insolvenzverwalters erfolgen.

Schließlich gehören, fünftens, die sog. Betriebsaufspaltungen hierher. Bei diesen verpachtet eine Besitzgesellschaft das von ihr gehaltene Unternehmen insgesamt an eine Betriebsgesellschaft, wobei Verpächter und Pächter regelmäßig eng miteinander verbunden sind.

3. Bestätigung durch zivil- und finanzgerichtliche Entscheidungen

Diese Bedeutung der Unternehmenspacht bestätigt sich beim Blick in die Entscheidungen der Zivil- und Finanzgerichte.

So befassten sich die Zivilgerichte in den vergangenen Jahren etwa mit Fällen der Pacht einer Mühle³, einer Bar⁴, von Hotels⁵, eines Verbrauchermarktes⁶, einer Druckerei⁷, einer Sauna⁸, eines Kiosks⁹, eines Transport- und Beförderungsunternehmens¹⁰,

2 Vgl. Kohler, AcP Bd. 71 (1887), S. 397, 400 ff.

3 BGH, Urt. v. 17.3.1988, NJW 1988, S. 2880.

4 OLG Koblenz, Urt. v. 24.8.1989, NJW 1990, S. 719.

5 BGH, Urt. v. 3.6.1987, NJW-RR 1988, S. 199; OLG Hamm, Urt. v. 10.9.1991, NJW 1992, S. 916; BGH, Urt. v. 29.9.1999, NJW 2000, S. 354.

6 BGH, Urt. v. 12.5.1986, NJW 1986, S. 2306.

7 BGH, Urt. v. 16.1.1984, NJW 1984, S. 1186.

8 BGH, Urt. v. 30.1.1985, WM 1985, S. 647.

9 BGH, Urt. v. 4.12.1985, WM 1986, S. 172.

10 BGH, Urt. v. 4.6.1986, NJW-RR 1986, S. 1243 - Berufslinienverkehr.

von Werkstätten und/oder Tankstellen¹¹, eines Weinlokals¹², eines Fotostudios¹³, eines Autohandels¹⁴, von Freizeiteinrichtungen,¹⁵ eines Gartenbau-¹⁶ oder eines Betonunternehmens.¹⁷ Daneben stehen zahlreiche Fälle der Apotheken- und Gaststättenpacht, auch wenn nicht immer klar wird, ob es sich um die Pacht eines Unternehmens oder nur um die Pacht von Grundstücken bzw. Räumen handelt.

Der Blick auf die Entscheidungen der Finanzgerichte der vergangenen Jahre bestätigt und ergänzt dieses Bild. Dort finden sich etwa Fälle der Pacht eines Kinos¹⁸, von Unternehmen des Einzelhandels¹⁹, einer Schreinerei²⁰, einer Drogerie²¹ oder einer Werkstätte²² sowie wiederum häufig Fälle der Pacht von Apotheken und Gaststätten. Und auch wenn sich Einzelheiten nicht immer eindeutig feststellen lassen, kristallisieren sich auch hier die bereits zuvor entwickelten Anwendungsbereiche der Unternehmenspacht heraus.

In erster Linie geht es in den Gerichtsentscheidungen nämlich um die Verpachtung kleiner und mittlerer Unternehmen aus Gründen des Alters oder temporärer Verhinderungen. Daneben finden sich weitere persönliche, sachliche und rechtliche Gründe, ein Bild, welches sich bis in das 19. Jahrhundert zurückverfolgen lässt. Hierneben steht die Unternehmenspacht als Weg zum Unternehmenszusammenschluss. Häufig finden sich zudem Fälle der Verpachtung zwischen verbundenen Personen²³ sowie Fälle der Apotheken- und Gaststättenpacht.

Daneben geht es immer wieder um Verpachtungen im Rahmen der Land- und Forstwirtschaft. Es finden sich Fälle der Verpachtung großer Unternehmen²⁴ oder von Unternehmen von Freiberuflern²⁵ sowie der Verpachtung im Zusammenhang mit Sanierung²⁶, Zwangsvollstreckung²⁷ oder Insolvenz.²⁸ Zahlreiche Entscheidungen setzen sich mit

-
- 11 OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.1987, ZMR 1988, S. 304; OLG Celle, Urt. v. 26.4.1989, ZMR 1990, S. 414; OLG Koblenz, Urt. v. 6.4.1995, NJW-RR 1996, S. 744.
- 12 OLG München, Urt. v. 23.9.1994, NJW-RR 1996, S. 907.
- 13 OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.11.1997, ZMR 1998, S. 218.
- 14 BAG, Urt. v. 18.3.1999, NJW 1999, S. 2461.
- 15 BAG, Urt. v. 4.7.1985, BAG AP § 613 a BGB Nr. 50; BGH, Urt. v. 24.4.1997, BB 1997, S. 2132; BGH, Urt. v. 9.6.2004, GRUR 2004, S. 868 - Dorf Münsterland.
- 16 Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 11.2.2005, BGE Bd. 131 III 257.
- 17 OLG Celle, Urt. v. 10.11.2005, BeckRS 2006 01437.
- 18 BFH, Urt. v. 17.10.1991, BStBl II 1992, S. 392.
- 19 BFH, Urt. v. 29.10.1992, BFH/NV 1993, S. 233; BFH, Urt. v. 17.2.1998, BStBl II 1998, S. 505.
- 20 BFH, Urt. v. 17.4.1997, BStBl II 1998, S. 388.
- 21 BFH, Urt. v. 3.6.1997, BStBl II 1998, S. 373.
- 22 BFH, Urt. v. 17.4.2002, BStBl II 2002, S. 527.
- 23 Vgl. etwa LG Berlin, Urt. v. 14.8.1991, ZIP 1991, S. 1180 - Steigenberger-Interhotel.
- 24 RG, Urt. v. 3.6.1913, RGZ Bd. 82, S. 340 - Verpachtung des öffentlichen Anschlagwesens der Stadt Berlin für 540.000,- DM im Jahr. Auch bei dieser sowie den folgenden Entscheidungen wird nicht immer klar, ob es sich um eine Unternehmenspacht handelt.
- 25 BFH, Urt. v. 12.3.1992, BStBl II 1993, S. 36 - Zahnarzt; BFH, Urt. v. 14.12.1993, BStBl II 1994, S. 922 - Ingenieur.
- 26 BAG, Urt. v. 15.11.1978, BAG AP § 613 a BGB Nr. 14; BGH, Urt. v. 29.3.1982, NJW 1982, S. 1647 m. Anm. v. K. Schmidt; OLG Hamburg, Urt. v. 29.10.1999, DB 2000, S. 314.
- 27 BGH, Urt. v. 10.6.1959, BGHZ Bd. 30, S. 173; ArbG Lübeck, Urt. v. 17.8.1978, BB 1979, S. 989; LG Oldenburg, Beschluss v. 30.12.1983, ZIP 1984, S. 888; BAG, Urt. v. 22.5.1985, BAG AP § 613 a BGB Nr. 43; BGH, Urt. v. 29.9.1999, NJW 2000, S. 354.
- 28 BGH, Urt. v. 5.10.1982, BB 1983, S. 1948.

Betriebsaufspaltungen auseinander; fasst man von diesen nur diejenigen Fälle ins Auge, in denen tatsächlich ein Unternehmen und nicht nur Bestandteile eines Unternehmens verpachtet sind, sinkt die Zahl jedoch.

II. Die unklare Rechtslage im Zivilrecht

1. Zahlreiche offene Fragen

Trotz dieser zentralen Bedeutung der Unternehmenspacht sind zahlreiche zivilrechtliche Fragen ungeklärt.

Gleich nach Inkrafttreten von BGB und HGB²⁹ sowie in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg³⁰ befassen sich mehrere Dissertationen mit der Unternehmenspacht. Daneben stehen Monographien zum Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs.³¹ Damals geht es jedoch primär um Allgemeines, wie etwa die Frage der Verpachtbarkeit überhaupt bzw. um Einzelfragen. Umfassende Darstellungen fehlen. Dies hat sich bis heute nicht geändert. Die aktuellen Äußerungen zur Unternehmenspacht gehen entweder nur knapp auf einzelne sich hier stellende Fragen ein³² oder sie befassen sich zwar ausführlicher mit einzelnen Fragen, decken jedoch nur Teilbereiche ab.³³ Gleiches gilt für den Bereich der Wirtschaftswissenschaften.³⁴

Zwar haben *Strobel* und *Oppenländer* die Unternehmenspacht in zwei Dissertationen der Jahre 1972 und 1974 thematisiert. Bei *Strobel* stehen jedoch nicht die sich bei der Unternehmenspacht im Einzelnen stellenden Fragen, sondern Aspekte der Rechtsvergleichung im Vordergrund.³⁵ *Oppenländer* geht es, den Diskussionsbrennpunkten der

29 *Schönewald*, Verpachtung von Handelsgeschäften; *Moebius*, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes; *Henkel*, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes; *Treusch von Buttlar*, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes; *Hoenicke*, Das Handelsgeschäft als Objekt eines Pachtvertrages; *Mackensy*, Die rechtliche Stellung des Pächters eines Handelsgeschäftes.

30 *Noack*, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes; *Levysohn*, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes; *F. C. E. Schmidt*, Über die Verpachtung von Unternehmungen; *Vehmeyer*, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes.

31 *Grave*, Das kaufmännische Geschäft; v. *Ohmeyer*, Das Unternehmen als Rechtsobjekt; *Pisko*, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs; *Isay*, Das Recht am Unternehmen; *Hueck*, Unkörperliche Geschäftswerte; *Oppikofer*, Das Unternehmensrecht.

32 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II 1, S. 278; *Jendrek*, in: Erman, BGB, § 581 RdNr. 7 ff.; *Heintzmann*, in: Soergel, BGB, § 581 RdNr. 3; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, Einl. vor § 1 RdNr. 49.

33 *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 158 ff.; *Harke*, in: MünchKomm, BGB, § 581 RdNr. 6 ff.; *Emmerich/Veit*, in: Staudinger, BGB, Vorbem. zu § 581 RdNr. 20, 25, 131 f.; *Sonnenschein/Veit*, in: Staudinger, BGB, § 581 RdNr. 89 ff.; *Strobel*, Unternehmenspacht; *Oppenländer*, Unternehmenspacht; *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, S. 148 ff.; *Adenauer*, MittRhNotK 1968, S. 105; *Ahlbrecht/Bengsohn*, Rpfleger 1982, S. 361; *Heinemann*, in: Kölner Handbuch der Betriebsaufspaltung und Betriebsverpachtung, S. 227; *ders.*, KÖSDI 1981, S. 4198 und 4289; *Krause*, MittRhNotK 1990, S. 237.

34 So geht das Handwörterbuch der Betriebswirtschaft zwar zunächst auf die Unternehmenspacht ein; vgl. *Ebeling*, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 1. Auflage, Stichwort „Pachtbetrieb“; *Gerth*, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 2. Auflage, Stichwort „Pachtbetrieb“. In den folgenden Auflagen des Handwörterbuchs tritt die Unternehmenspacht jedoch ganz zurück. Im Übrigen geht es dort um Fragen aus dem Bereich des Steuerrechts.

35 *Strobel*, Unternehmenspacht, S. 3 ff., 47 ff., 82 ff.

70-er Jahre entsprechend, primär um die rechtliche Einordnung von Pachtvertrag und Unternehmen sowie um das Verhältnis des Pächters zum Unternehmen.³⁶ Die Fragen etwa des Vertragsschlusses, der Pflichten der Parteien während der Pachtzeit, der Beendigung des Pachtverhältnisses oder möglicher Leistungsstörungen werden von *Oppenländer* nur gestreift.

So ist das Bild insgesamt unklar. Hieran ändert auch nichts, dass das RG sich vor 100 Jahren schon einmal ausführlich mit der Unternehmenspacht befasst hat.³⁷ Denn diese Entscheidung wurde später kaum aufgegriffen. Zu den Fragen, ob von Unternehmens- oder Betriebspacht gesprochen werden sollte und was hierunter zu verstehen ist, finden sich bis heute unterschiedliche Stellungnahmen. Zum Vertragsschluss finden sich kaum Aussagen. Hinsichtlich der Höhe der Pacht wurde zwar eine Zeit lang die sog. EOP-Methode favorisiert³⁸; nachdem der BGH diese jedoch zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit bei Gaststättenpachtverträgen abgelehnt hat³⁹, finden sich hier wieder zahlreiche unterschiedliche Wege.

Blickt man auf den Beginn der Pachtzeit, wird die Frage, wie der Verpächter das Unternehmen zu überlassen hat, wenn überhaupt, unterschiedlich beantwortet.⁴⁰ Eine Trennung nach Umfang und Art der Überlassung fehlt meist ebenso wie eine Auseinandersetzung mit der Frage, wie weit es hier zu Wechseln in der Inhaberschaft bzw. der Verfügungsbefugnis kommen kann. Hinsichtlich der §§ 25 ff. HGB findet hier eine der heftigsten Kontroversen des Handelsrechts statt. Und die Antwort auf die Frage, wann bei Überlassung ein Mangel des Unternehmens vorliegt, bleibt letztlich ebenso im Unklaren wie die Antwort auf die Frage, welche Rechtsfolgen Mängel hier nach sich ziehen.⁴¹

Sieht man auf die Verhaltenspflichten während der Pachtzeit, gehen nur wenige Stimmen auf die Frage ein, wie der Betrieb durch den Pächter zu erfolgen hat.⁴² Offen ist, wer das Unternehmen während der Pachtzeit zu erhalten hat, ob der Pächter zum Betrieb verpflichtet ist, wie weit er das Unternehmen verändern, gegebenenfalls unterverpachten, darf, und wie weit die Inhaberschaft an den einzelnen Bestandteilen des Unternehmens übergehen kann. Offen ist, wann während der Pachtzeit Mängel oder sonstige Leistungsstörungen auf Seiten des Verpächters oder des Pächters vorliegen und

36 *Oppenländer*, Unternehmenspacht, S. 36 - 175.

37 Vgl. RG, Urt. v. 30.10.1908, RGZ Bd. 70, S. 20, 22 ff. sowie zu dieser Entscheidung auch noch im Folgenden S. 74 f.

38 Vgl. etwa *Loew/Riedel/Bruss*, Miet- und Pachtverträge im Gastgewerbe; *Seitter*, ZMR 1996, S. 587; *Usinger*, NZM 1998, S. 641.

39 BGH, Urt. v. 28.4.1999, BGHZ Bd. 141, S. 257, 262 ff. = NJW 1999, S. 3187, 3189 f.; BGH, Urt. v. 13.6.2001, NJW 2002, S. 55, 56; BGH, Urt. v. 14.7.2004, NJW 2004, S. 3553, 3554.

40 Vgl. etwa *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, Einl. vor § 1 RdNr. 49; *Canaris*, Handelsrecht, S. 160; *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 159; *Oppenländer*, Unternehmenspacht, S. 205 ff.; *Dröge*, Betriebsverpachtung, S. 35 ff.; *Krause*, MittRhNotK 1990, S. 237, 239 f.

41 Vgl. etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 158 ff.; *Oppenländer*, Unternehmenspacht, S. 360 ff.; *Adenauer*, MittRhNotK 1968, S. 105 ff.; *Krause*, MittRhNotK 1990, S. 237 ff.

42 Vgl. etwa *Oppenländer*, Unternehmenspacht, S. 281 ff.; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, Einl. vor § 1 RdNr. 49.

welche Rechtsfolgen diese nach sich ziehen. Ebenfalls offen ist die Frage der Zuordnung der Gewinne bzw. Verluste während der Pachtzeit.⁴³

Am Ende der Pachtzeit schließlich sind ebenfalls zahlreiche Fragen unbeantwortet. Hier ist, wurde eine Pachtzeit nicht vereinbart, offen, wie lang die Kündigungsfrist ist und unter welchen Voraussetzungen genau der Vertrag außerordentlich fristlos oder auch im Falle von Tod oder Krankheit gekündigt werden kann. Ungeklärt ist, wie der Pächter das Unternehmen dem Verpächter im Einzelnen zurückzuüberlassen hat und ob den Pächter nach Rücküberlassung noch Pflichten treffen. Ebenfalls ungeklärt ist, ob Verpächter oder Pächter möglicherweise Ausgleichsansprüche wegen während der Pachtzeit eingetretener Verschiebungen in der Inhaberschaft oder Veränderungen beim Wert des Unternehmens geltend machen können.⁴⁴

2. Das Fehlen eines Konzeptes

Grund für diese Vielzahl offener Fragen ist, dass bis heute kein umfassendes Konzept für die Unternehmenspacht existiert.

Die Rechtsprechung greift zur Beantwortung sich stellender Fragen häufig auf die §§ 581 ff. BGB zurück, freilich ohne nähere Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Vorschriften jeweils passen.⁴⁵ Daneben wird auf die Vorschriften zu Rechtspacht⁴⁶ oder Nießbrauch⁴⁷, die Interessen der Parteien⁴⁸, die wirtschaftlichen Verhältnisse⁴⁹, Sinn und Zweck des Pachtvertrages⁵⁰ oder auf Treu und Glauben⁵¹ abgestellt oder es werden die vertraglichen Vereinbarungen⁵² oder der dispositive Charakter der §§ 581 ff. BGB⁵³ betont. Eine klare Linie ist nicht erkennbar.

Auch die Arbeiten von *Strobel* und *Oppenländer* führen hier letztlich nicht zu Klarheit. Zwar thematisiert *Oppenländer* die Überlassung des Unternehmens sowie die Zuordnung der Gewinne bzw. Verluste. Im Übrigen streift er jedoch die wichtigen Fragen nach den Voraussetzungen des Vertragsschlusses, den Pflichten der Parteien während der Pachtzeit, der Beendigung des Pachtverhältnisses oder möglicher Leistungsstörun-

43 Vgl. etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 160; *Oppenländer*, Unternehmenspacht, S. 320 ff., 325 ff.; *Grunsky*, BB 1972, S. 585 f.

44 Vgl. etwa *Schubert/Küting*, DB 1976, Beilage Nr. 7, S. 1, 9 ff.; *Krause*, MittRhNotK 1990, S. 237, 238 ff.

45 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 22.4.1964, NJW 1964, S. 2204; BGH, Urt. v. 4.12.1985, WM 1986, S. 172; BGH, Urt. v. 12.5.1986, WM 1986, S. 908; OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.11.1997, ZMR 1998, S. 218.

46 Vgl. etwa *Jendrek*, in: Erman, BGB, § 581 RdNr. 9.

47 Vgl. etwa *Strobel*, Unternehmenspacht, S. 21 ff.; *Krause*, MittRhNotK 1990, S. 237, 239 f.

48 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.11.1997, ZMR 1998, S. 218.

49 Vgl. etwa OLG Celle, Urt. v. 26.4.1989, ZMR 1990, S. 414.

50 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 4.6.1986, NJW-RR 1986, S. 1243.

51 Vgl. etwa OLG Celle, Urt. v. 26.9.1963, MDR 1964, S. 59.

52 Vgl. etwa OLG Celle, Urt. v. 26.9.1963, MDR 1964, S. 59; BGH, Urt. v. 30.1.1985, WM 1985, S. 647; *Heintzmann* in: Soergel, BGB, § 581 RdNr. 34; *Krause*, MittRhNotK 1990, S. 237, 238 ff.

53 So insbesondere in älterer Zeit RG, Urt. v. 30.9.1908, WarnRspr 1909, S. 75 (Nr. 82); RG, Urt. v. 13.2.1920, WarnR 1920, S. 170 (Nr. 141); *Schönwald*, Verpachtung von Handelsgeschäften, S. 32 ff.; *Moebius*, Verpachtung eines Handelsgeschäftes, S. 28 ff.; *Henkel*, Verpachtung eines Handelsgeschäftes, S. 20 ff.; *Treusch von Buttlar*, Verpachtung eines Handelsgeschäftes, S. 33 ff.; *Vehmeyer*, Verpachtung eines Handelsgeschäftes, S. 17 ff., 29 ff.

gen nur.⁵⁴ Zudem sind die Arbeiten von *Strobel* und *Oppenländer* durch Mietrechts- und Schuldrechtsreform partiell überholt.

Die Fragen der Unternehmenspacht werden damit aber entweder gar nicht oder von unterschiedlichen Ausgangspunkten aus und mit unterschiedlichem Ergebnis behandelt. Ein Gesamtkonzept fehlt. Und auch bei den zahlreichen Stellungnahmen zu den steuerrechtlichen Implikationen der Unternehmenspacht⁵⁵, zur Betriebsaufspaltung⁵⁶ oder zur Verpachtung zwischen verbundenen Personen⁵⁷ geht es um die jeweiligen steuer- bzw. gesellschaftsrechtlichen (Spezial-) Fragen, nicht aber um die hier interessierenden Fragen.

So erweist sich der ganze Bereich der Unternehmenspacht als zivilrechtlich nur lückenhaft aufgearbeitet. Ausführliche Stellungnahmen liegen, neben dem Bereich der Land- und Forstwirtschaft, nicht vor, geschweige denn eine Bereichsdogmatik. Als Vertragstypus ist die Unternehmenspacht zwar grundsätzlich anerkannt. Gleichwohl ist sie zivilrechtlich bisher nur schemenhaft erkennbar. Dies aber liegt nicht nur daran, dass die Unternehmenspacht auf dem Weg zu ihrer heutigen Form nachhaltigen strukturellen Änderungen unterworfen war.

3. Rudimentäre Gesetzgebung

Der Gesetzgeber von BGB und HGB hält sich mit Stellungnahmen zur Unternehmenspacht ebenfalls zurück.

Zwar erkennt er die Unternehmenspacht, wie § 1822 Nr. 4 BGB und § 22 Abs. 2 HGB zeigen, grundsätzlich an. Hiervon abgesehen unterlässt er aber bereits früh weitere Auseinandersetzungen, da es⁵⁸

„bei der Verschiedenartigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse nicht möglich sei, die Pflichten des Pächters gesetzlich zu umgrenzen; es müsse den Parteien überlassen werden, das Geeignete im Vertrag zu vereinbaren“.

Dies ändert sich auch in der Folgezeit nicht. So erwähnt der Gesetzgeber die Unternehmenspacht während und nach den Weltkriegen in Gesetzen und Verordnungen zur Sicherung der Wirtschaft und der Ernährung der Bevölkerung mehrfach ausdrücklich.⁵⁹ Und auch bei der Neuordnung des Pachtrechts im Jahre 1985 findet die Unternehmenspacht in § 583 a BGB Erwähnung. Jedoch geht es dabei stets nur um Randfragen. Anders als beim Landpachtvertrag, den er in einem eigenen Untertitel regelt, geht der Ge-

54 Vgl. *Oppenländer*, Unternehmenspacht, S. 205 ff., 281 ff. sowie hierzu auch schon soeben S. 26.

55 Vgl. etwa *Crones*, Betriebsverpachtung im Ertragsteuerrecht; *Dröge*, Betriebsverpachtung; *Eberhard*, Betriebsverpachtung; *Knoppe*, Betriebsverpachtung Betriebsaufspaltung, S. 19 ff., 73 ff.

56 Vgl. etwa *Wacker*, in: Schmidt, EStG, § 15 RdNr. 800 ff.; *Felix*, in: Kölner Handbuch der Betriebsaufspaltung und Betriebsverpachtung, S. 1 ff.; *Knoppe*, Betriebsverpachtung Betriebsaufspaltung, S. 19 ff., 73 ff.

57 Vgl. etwa *Sonnenschein/Veit*, in: Staudinger, BGB, § 581 RdNr. 105 ff.; *Maser*, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverhältnisse in Konzernen; *Schubert/Kütting*, DB 1976, Beilage Nr. 7, S. 1 ff.; *U. H. Schneider*, JbFStR 1982/83, S. 387 ff.

58 Motive der 1. Kommission, Bd. 2, S. 2103, abgedruckt bei: Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, S. 890.

59 Vgl. etwa Art. 9 der Verordnung über außerordentliche Mietkündigung zum 9.1.1932 vom 23.12.1931, RGBI I 1931, S. 796.

setzgeber auf Einzelheiten der Rechte und Pflichten bei der Unternehmenspacht weiterhin nicht ein.

Neben BGB und HGB findet die Unternehmenspacht als Betriebspachtvertrag in § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG Erwähnung. Für Versicherungsverträge enthalten § 151 Abs. 2 VVG, für den (Spezial-) Bereich der Apothekenpacht § 9 ApothekenG und für die Körperschaftsteuer § 4 Abs. 4 KStG Regelungen. Auch insoweit handelt es sich jedoch nur um Randaspekte, an näheren Stellungnahmen fehlt es. Dies ändert sich auch nicht, als der Gesetzgeber im Jahre 1995 in UmwG und UmwStG die Bedingungen für die Übertragung von Unternehmen erleichtert; für Unternehmenspacht wie -kauf bleibt es bei der herkömmlichen Zurückhaltung.

Im Rahmen des Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften übernimmt der Gesetzgeber im Jahre 1998 den § 22 Abs. 2 HGB ohne weiteres. Und bei der Mietrechtsreform des Jahres 2001 lässt er die Unternehmenspacht ebenso außer Acht wie bei der Schuldrechtsreform. Blickt man schließlich auf den Unternehmenskauf, hat sich der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform zwar nunmehr erstmals zur Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts geäußert⁶⁰, gleichwohl bleiben auch hier zahlreiche Fragen offen.

So wirkt bis heute die aus dem Römischen Recht herrührende Abneigung des Gesetzgebers, Sachgesamtheiten gesetzlich anzuerkennen, fort. Zwar sind Sachgesamtheiten heute als Gegenstand von Verpflichtungsgeschäften oder auch im Umwandlungsrecht akzeptiert. Bereits der Blick ins Sachenrecht zeigt jedoch, dass dort Eigentum an einer Sachgesamtheit bzw. einem Unternehmen aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes nicht anerkannt wird. All dies führt dazu, dass der Vertragstypus Unternehmenspacht, obwohl vielfach präsent, bisher keine sichere Grundlage für wirtschaftliche Entscheidungen hat.

III. Anliegen, Methode sowie Gang der Untersuchung

1. Anliegen und Methode der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund ist es Anliegen dieser Untersuchung, die Unternehmenspacht zu analysieren und dogmatisch zu erfassen.

Dies ist nur möglich durch eine systematische Gesamtdarstellung in tatsächlicher wie rechtlicher Sicht. Denn die Unternehmenspacht stellt ein Phänomen dar, welches die Praxis vielfach und in zahlreichen Erscheinungsformen beschäftigt. Als solches aber muss sie sich mit ihren Formen sinnvoll in das Ganze des Zivilrechts einfügen. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass die Unternehmenspacht sich in den vergangenen 150 Jahren von einem agrarischen Ursprung herkommend im modernen Wirtschaftsleben etabliert hat.

Zu diesem Zweck wird in Hauptteil 1 in einem ersten Schritt gefragt, was man unter Unternehmenspacht zu verstehen hat und welche ihre typischen Kennzeichen sind. Untersucht wird, welche Erscheinungsformen der Unternehmenspacht sich in welcher

⁶⁰ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, S. 208 f., 212, 242.

Häufigkeit in der Praxis finden, ob sich eine Grundform herauskristallisieren lässt, welche ihre Kennzeichen sind und wie diese Grundform sich von anderen Formen der Unternehmenspacht, aber auch von anderen Konstellationen als der Unternehmenspacht unterscheidet.

Im zweiten Schritt wird dann die Gesamtkonzeption entwickelt. Hier stehen die typischen Interessen von Verpächter und Pächter, ihre Vereinbarungen sowie Sinn und Zweck der Unternehmenspacht und daneben die Unternehmenspacht betreffende spezielle gesetzliche Vorschriften sowie Überlegungen wirtschaftlicher Art betreffend das Unternehmen, die Unternehmenspacht bzw. den Pächter als Unternehmer im Vordergrund. Gefragt wird, ob sich Spezifika der Unternehmenspacht herauskristallisieren lassen.

So werden zentrale Grundsätze, Besonderheiten wie Randaspekte der Unternehmenspacht aufgezeigt. Die Untersuchung dieser Grundsätze, Besonderheiten und Randaspekte sowie die Frage, welches Gewicht ihnen zukommt und wie sie sich zueinander verhalten, stellen den Mittelpunkt der Arbeit dar. Es entsteht ein Bild der Unternehmenspacht, aus dem sich ein Gesamtkonzept ergibt, mit dessen Hilfe sich die zentralen offenen Fragen der Unternehmenspacht beantworten lassen, und zwar auf einer einheitlichen Grundlage.

Im dritten Schritt, der die Hauptteile 2 bis 4 der Untersuchung umfasst, werden die offenen Fragen der Unternehmenspacht ins Auge gefasst. Gefragt wird, wie die einzelnen Fragen zu beantworten sind, und zwar nicht allein aufgrund einer einzelnen gesetzlichen Regelung oder eines einzelnen Argumentes, sondern aufgrund des erarbeiteten Konzeptes. So lassen sich Antworten bestimmen, die nicht nur für sich gesehen schlüssig sind, sondern auch im Zusammenhang mit den anderen Fragen ein schlüssiges Bild ergeben.

2. *Gang der Untersuchung*

Die Untersuchung durchläuft so vier Hauptteile, von denen der erste gleichsam einen Allgemeinen Teil der Unternehmenspacht bildet.

Im Hauptteil 1 wird die Phänomenologie (§ 1) sowie das Konzept zur Lösung der Fragen der Unternehmenspacht (§ 2) ins Auge gefasst. Während dabei die Überlegungen zur Phänomenologie zunächst noch eher deskriptiven Charakter haben, steht bei den Überlegungen zur Entwicklung der Gesamtkonzeption die Entwicklung eines inhaltlichen Konzeptes der Unternehmenspacht im Mittelpunkt. Hier geht es um die Suche nach dem Weg, um die typischen Interessen der Beteiligten und um die Spezifika der Unternehmenspacht und damit um den inhaltlichen Kern des Rechts der Unternehmenspacht.

In Hauptteil 2 bis 4 werden die im Hauptteil 1 gewonnenen Erkenntnisse auf die sich bei der Unternehmenspacht stellenden rechtlichen Fragen angewandt.

Dem zeitlichen Ablauf der Unternehmenspacht folgend werden in Hauptteil 2 der Abschluss des Pachtvertrages (§ 3), die Überlassung des Unternehmens (§ 4) sowie hier mögliche Leistungsstörungen (§ 5) untersucht. In Hauptteil 3 geht es um das Verhältnis von Verpächter und Pächter während der Pachtzeit, also um den Betrieb des Unternehmens (§ 6), Gewinn bzw. Verlust und Pacht (§ 7) sowie hier mögliche Leistungsstörungen (§ 8). Hauptteil 4 bildet mit einer Untersuchung zu Beendigung und Abwicklung des Vertrages (§ 9) den Abschluss.

Es folgen eine Schlussbetrachtung zur Lage der Unternehmenspacht und zu ihren Perspektiven (§ 10) sowie eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse. Die Perspektiven münden in den Vorschlag, die Unternehmenspacht im Anschluss an den Landpachtvertrag als „Untertitel 6: Unternehmenspachtvertrag“ in das BGB einzufügen. Indem die wichtigsten Fragen der Unternehmenspacht so dispositiv geregelt würden, ließen sich zahlreiche der heutigen Schwierigkeiten vermeiden.

3. *Ergänzend: Der Blick in andere Bereiche*

An zahlreichen Stellen der Untersuchung liegt schließlich der Blick auf der Unternehmenspacht nahe stehende Konstellationen nahe.

Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Unternehmenskaufs. Dieser nimmt in der Praxis einen breiteren Raum ein als die Unternehmenspacht, rechtliche Fragen werden dort häufiger diskutiert. Zwar befasst sich der Gesetzgeber auch beim Unternehmenskauf nur mit Einzelfragen und auch dort finden sich divergierende Stellungnahmen. Zudem werden dort nur einzelne Fragen, insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen Mängel des Unternehmens vorliegen und welche Folgen diese nach sich ziehen, intensiv diskutiert.

Angesichts der Nähe von Unternehmenskauf und Unternehmenspacht können die dort angestellten Überlegungen und Argumente jedoch bei der Unternehmenspacht vergleichend herangezogen werden. So ergeben sich bei der Frage nach möglichen Mängeln des Unternehmens und ihren Folgen ohne weiteres zahlreiche Parallelen. Vice versa liegt es nahe zu fragen, ob sich einzelne Untersuchungsergebnisse zur Unternehmenspacht auf den Unternehmenskauf und die sich dort stellenden Fragen übertragen lassen.

Dies gilt entsprechend für den Unternehmensnießbrauch, der der Unternehmenspacht nahe verwandt ist und für den sich insbesondere mit dem Nießbrauch an einem Vermögen mehr Anhaltspunkte im Gesetz finden. Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit die Wertungen zum Unternehmensnießbrauch für die Unternehmenspacht übernommen werden können und umgekehrt. Daneben bieten sich immer wieder Bezugnahmen auf sonstige Unternehmensüberlassungsverträge sowie auf die Grundstücks- und Raumpacht an.