

## GASTBEITRAG

# BGH schränkt Anerkennung von Goodwill ein

VON OLAF MÜLLER-MICHAELS \*)

Börsen-Zeitung, 12.4.2006  
Der BGH hat mit seinem kürzlich veröffentlichten Urteil vom 16. Januar 2006 (II ZR 65/04) eine weitreichende Entscheidung zur rechtlichen Relevanz von Goodwill gefällt. Ein Goodwill darf danach nur dann bei der Unternehmensbewertung berücksichtigt werden, wenn es sich um ein „nach anerkannten Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre bewertungsfähiges, strukturiertes und in das Marktgeschehen integriertes Unternehmen“ handelt.

Eine Sonderbehandlung von Start-up-Unternehmen lehnt der BGH ausdrücklich ab. Im konkreten Fall ging es um die Unterbilanzhaftung eines der Gründungsgesellschafter eines Start-ups zu Zeiten des Neuen Marktes. Was ist die Unterbilanzhaftung? Die Unterbilanzhaftung führt dazu, dass der Gesellschafter einer neu gegründeten GmbH nicht nur seine Stammeinlage leisten, sondern auch den Fehlbetrag zwischen dem Nettovermögen und dem Stammkapital ausgleichen muss, der bei der Gesellschaft zwischen Errichtung und Eintragung im Handelsregister aufläuft. Das Stammkapital muss wenigstens bei Entstehen der Gesellschaft mit Eintragung im Handelsregister ungeschmälert vorhanden sein.

Dazu ein Beispiel: Die Gesellschafter A und B gründen die Gesellschaft C mit einem Stammkapital von 100 000 Euro; jeder Gesellschafter erbringt eine Bareinlage von 50 000 Euro. In der Zeit zwischen Gründung und Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister wendet C 500 000 Euro auf, wovon nur 200 000 Euro aktivierungsfähig sind. Zum Zeitpunkt der Eintragung besteht dadurch eine Unterbilanz der C von minus 200 000 Euro. A und B müssen jeder nochmals 150 000 Euro zahlen, um den Betrag von plus 100 000 Euro wiederherzustellen.

### Ausgleich gefordert

Der klagende Insolvenzverwalter verlangte in dem vom BGH entschiedenen Fall von dem beklagten Gesellschafter den Ausgleich der zwischen Errichtung und Eintragung der Gesellschaft entstandenen Unterbilanz. Er berief sich dabei auf ein Wertgu-

tachten, das den Fortführungswert der einzelnen Vermögensgegenstände zum Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft ermittelte. Daraus ergab sich ein erheblicher Fehlbetrag gegenüber dem eingetragenen Stammkapital.

Das Geld war zwischen Errichtung und Eintragung der Gesellschaft überwiegend für Produktpräsentationen bei potenziellen Kunden sowie das Bemühen um einen Investor verwendet worden. Darin sah der Beklagte eine unternehmerische Tätigkeit, die die Berücksichtigung von Goodwill rechtfertigen sollte. Dies reicht nach Ansicht des BGH jedoch nicht aus.

### Nachhaltig beseitigt

Der BGH sieht darin lediglich das „Vorstadium werbender Tätigkeit“. Erforderlich sei, dass „das von den Gründungsgesellschaftern verfolgte innovative Geschäftskonzept seine Bestätigung am Markt gefunden hat“. An einer solchen „Bewährung des Geschäftsmodells“ oder einem „Markttest“ fehlte es. Daher durfte der Goodwill bei der Bestimmung der Unterbilanz nicht berücksichtigt werden.

Der Beklagte berief sich ferner darauf, dass die Unterbilanz nach Eintragung in das Handelsregister durch anderweitige Zahlungen wieder nachhaltig beseitigt worden sei. Nur drei Monate nach der Eintragung habe eine Kapitalerhöhung stattgefunden, bei der ein außenstehender Investor eine erhebliche Beteiligung gegen Bareinlage erworben habe. Ferner habe er selbst mehrfach Barzahlungen in die Kapitalrücklage erbracht, die insgesamt die Unterbilanz bei Eintragung mehr als ausgeglichen hätten.

Alle diese Argumente ließ der BGH nicht gelten: „Der in der Jahresbilanz zu aktivierende Anspruch aus Unterbilanzhaftung geht – gleichgültig, ob diese bilanztechnische Aktivierung stattgefunden hat oder nicht – ebenso wenig wie der echte Einlageanspruch oder der Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG automatisch ‚durch Zweckerreichung‘ unter, wenn die Gesellschaft nach dem Stichtag aus anderen Gründen über

die Stammkapitalziffer deckendes Vermögen – namentlich über nicht ausgeschüttete Gewinne oder über eine auflösungsfähige Kapitalrücklage... – verfügt.“

### Fall Balsam/Procedo

Damit folgt der BGH seiner im Jahr 2000 geänderten Rechtsprechung zum Erstattungsanspruch bei verbotenen Rückzahlungen des Stammkapitals. In dieser im Fall Balsam/Procedo ergangenen Entscheidung hatte der BGH die von ihm zuvor vertretene Zweckerreichungsthese im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung aufgegeben. Ein einmal wegen Verletzung von § 30 GmbHG entstandener Anspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG entfällt danach nicht deswegen, weil das Stammkapital nachhaltig wiederhergestellt wurde.

Dies überträgt der BGH – entgegen der Ansicht von bedeutenden Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur – mit seinem Urteil vom 16. Januar 2006 auf den Anspruch auf Ausgleich einer Unterbilanz vor Eintragung der Gesellschaft. Denn was, so der BGH, für die Kapitalerhaltung gelte, müsse erst recht für die Kapitalaufbringung gelten. Der Anspruch aus Unterbilanzhaftung unterliege den gleichen strengen Regeln wie die ursprüngliche Einlagenschuld.

Die Leistungen des Gesellschafters hätten danach nur dann als Ausgleich des Unterbilanzhaftungsanspruchs angesehen werden können, wenn sie mit einer eindeutigen Tilgungsbestimmung zugunsten dieses Anspruchs versehen worden wären. Im vorliegenden Fall erfolgten die Zahlungen „zur Stärkung des Betriebskapitals“. Diese allgemeine Bezeichnung reicht dem BGH nicht.

### Umstrittene Frage

Für die Praxis lässt sich Folgendes festhalten. Die Gründungsgesellschafter müssen im Stadium zwischen Errichtung der Gesellschaft und ihrer Eintragung im Handelsregister ständig darauf achten, dass das Nettoaktivvermögen nicht unter die Stammkapitalziffer abfällt. Gefährlich sind Aufwendungen, die nicht in

gleicher Höhe zu aktivierungsfähigen Vermögenswerten führen. Das Urteil wird ferner über die Unterbilanzhaftung hinaus Bedeutung erlangen. Der Grundsatz des „Markttests“ dürfte immer dann herangezogen werden, wenn es um die Bewertung von selbst geschaffenen Goodwill geht.

Ein Beispiel ist die umstrittene Frage, ob der Goodwill in der Über-

schuldungsbilanz berücksichtigt werden kann; mit anderen Worten, ob die Pflicht zur Anmeldung der Insolvenz dadurch entfällt, dass den Schulden ein entsprechender Goodwill gegenübersteht. Nach dem neuen Urteil des BGH dürfte dies bei jungen Unternehmen wesentlich davon abhängen, ob deren Geschäftskonzept seine Bestätigung am Markt gefunden hat.

.....  
\*) Dr. Olaf Müller-Michaels ist Rechtsanwalt und Partner von Hölters&Elsing in Düsseldorf.

„Die Gründungsgesellschafter müssen im Stadium zwischen Errichtung der Gesellschaft und ihrer Eintragung im Handelsregister ständig darauf achten, dass das Nettoaktivvermögen nicht unter die Stammkapitalziffer abfällt.“