

## Software

# Software als haftendes Kapital

Karl Lesshafft/Detlef Ulmer

Software ist ein geistiges Produkt, für dessen Herstellung nicht unbedingt große Betriebsmittelressourcen benötigt werden. Deshalb gelingen Individuen mit Intelligenz und Engagement immer wieder Leistungen, die die großen Unternehmen — mit entsprechendem Wasserkopf — überhaupt nicht für möglich halten. Außerdem gehört es zum Selbstverständnis einer ganzen Generation flinker Turnschuhprogrammierer, mit souveräner Kompetenz im Detail und fröhlicher Unbekümmertheit Produkte in die Welt zu setzen, die mitunter hinreißend brilliant sind.

Mit dem gleichen Charme gründen diese jungen Leute dann ihr eigenes Softwareunternehmen, gestützt auf einen leidenschaftlichen Arbeitswillen und ein Bündel mehr oder minder ausgereifter Programmideen. Der Markt lehrt sie dann schnell, daß die für den Erfolg notwendige Seriosität auch eine Frage des Kapitals, zumindest aber eine Frage der Rechtsform ist. Und so lautet die praktische Frage meist bald: wie gründet man eine GmbH, wenn man außer einem Kleincomputer und einem Kopf voller Ideen nichts hat?

Die Lösung liegt auf der Hand. Die Ideen sind die Substanz der Firma, also bilden die mehr oder weniger fertigen Programme die Stammeinlage, eine Sachgründung auf der Basis von Softwareprodukten ist angesagt. Und damit liegt dann der Ball bei einem Sachverständigen, der den Wert bestimmen soll.

## Software als Ware

Daß prinzipiell auch immaterielle Wirtschaftsgüter statt Bargeld zur Darstellung des Stammkapitals einer GmbH eingebracht werden können, ist klar.<sup>1</sup> Software ist ein solches Gut.<sup>2</sup> Als Organisationssoftware, die selbst für interne Zwecke genutzt wird, stellt sie einen Teil des Wertes des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens dar und ist zumindest als Bilanzhilfssposten aktivierbar. Was bringt aber derjenige ein, der der Gesellschaft von ihm persönlich geschaffene Software zur Verfügung stellt? Bei näherem Hinsehen ist es nicht die Software selbst, denn diese ist als Ware zunächst wertlos.

Jedes andere technische Produkt hat zumindest einen Materialwert, der als Untergrenze eines allgemeinen Wertansatzes akzeptiert werden kann. Nicht so Software. Jeder andere Gegenstand benötigt eine gewisse Arbeits- und Betriebsmittelzeit zu seiner Herstellung. Software ist insofern ein *Einmalprodukt*, als Aufwand nur beim Erschaffen des Originals entsteht; die Reproduktion erfolgt praktisch ohne Zeit und ohne nennenswerte Kosten; das Original und das massen-

haft hergestellte Produkt sind absolut identisch, ununterscheidbar.

Der Warenwert von Software ist deshalb eine schillernde Größe. Denn geht man von den *Herstellkosten* aus, so müssen handelsrechtlich die tatsächlichen Kosten, die im Zeitraum der Herstellung entstehen, angesetzt werden. Sie sind jedoch praktisch gleich Null. Es wird auch meist kein nennenswerter Bestand an *Softwarevorräten*, d.h. an beschriebenen Datenträgern, bestehen, zumindest ist eine Bewertung solcher Vorräte nach *Preis mal Stückzahl* obsolet, wenn sich die Stückzahl ohne tatsächliche Kosten beliebig variieren läßt. Vorräte an Immaterialgütern sind hier schwer vorstellbar.

*Der Wert der Ware Software liegt allein in der vermögenswirksamen Position, das selbst geschaffene Programm zu vermarkten und so die Früchte vorangegangener Arbeit zu genießen. Diese Position wird im Wettbewerb geschützt.*<sup>3</sup>

Das *Nachahmen* von Erzeugnissen, für die ein Sonderrechtsschutz nicht besteht, ist im Prinzip zulässig<sup>4</sup>, und eben dies wird bei Programmen regelmäßig so sein.<sup>5</sup> Hinzu kommt, daß es sich beim Nachahmen von

<sup>1</sup> Scholz-Winter: GmbHG 7. Aufl. 1986 § 5 Rdnr. 43; Rowedder/Rittner: GmbHG n. Aufl. 1985 § 5 Rdnr. 25; E. Ulmer in Hachenburg: GmbHG 7.II. Aufl. 1985 § 5 Rdnr. 37; Meyer-Landrut/Miller/Niehus: GmbHG 1987 § 5 Rdnr. 31; Roth: GmbHG 2. Aufl. 1987 § 5 Anm. 5.3.3; Bartl/Henkes: GmbHG 2. Aufl. 1986 § 5 Rdnr. 99; Fischer/Lutter-Hommelhoff: GmbHG 12. Aufl. 1987 Rdnr. 13; BGHZ 29, 301-304

<sup>2</sup> BFH v. 3.7.1987 BB 1987 S. 2213 m. w. N.; Schulze zur Wieche: Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften, in: GmbHR 1988 S. 32

<sup>3</sup> Baumbach/Hefermehl: WettbewerbsR 15. Aufl. 1988 § 1 Rdnr. 465; v. Gamm: Wettbewerbsrecht 5. Aufl. 1987 Kap. 21 Rdnr. 55; Reimer bei E. Ulmer: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs Bd. III Anm. 299 u. a. BGH GRUR 67, 617f. m.w.N.;

a.A.: Martin: Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1981 § 10, 2.b

<sup>4</sup> für viele: Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rdnr. 462

<sup>5</sup> Für die Bundesrepublik Deutschland läßt sich zusammenfassend sagen, daß einem Patent § 1 Abs. 2 PatG, einem Gebrauchsmuster § 1 Abs. 2 Nr. 3 GebrMG entgegenstehen dürfte. Kaum ein Programm wird den auch im internationalen Vergleich hohen Anforderungen für die Gewährung eines Urheberrechtsschutzes (vgl. BGH v. 9.5.1985 NJW 1986, 192ff. u. a.N. — „Inkassoprogramm“-Entscheidung; s. dazu Zahrt: Die schöpferische Leistung als Voraussetzung für den Urheberschutz von DV-Programmen, in: GRUR 1988 S. 598ff.) genügen können. Damit kann es im Rahmen dieser Untersuchung sein Bewenden haben. Interessierte seien auf GRUR Int. 6/88, dort auf die Aufsätze von Oman und Dreier sowie die dort veröffentlichte Auswahlbibliographie verwiesen.

Programmen oder Teilen davon<sup>6</sup> schon um das exakte Kopieren oder sklavische Abschreiben des Quellcodes handeln muß — bereits bei geringen Abweichungen entsteht an sich ein neues Programm. Auch ein Datenflußplan oder die graphische Darstellung einer Programmlogik können nur insgesamt und unverändert übernommen werden, andernfalls wird ein neues Unikat geschaffen. Allerdings werden die unmittelbare Übernahme eines Programms — als ganzes oder in Teilen — bzw. dessen sklavische Nachahmung allgemein als gegen die guten Sitten verstößend und somit wettbewerbswidrig angesehen.<sup>7</sup> Von daher muß der Nachahmer schon nennenswerte Änderungen an einer Programmvorlage anbringen, bevor er sein Produkt als eigenes vermarkten kann.

### Grundlage des Wertes

Diese Wettbewerbsposition, *das natürliche Alleinvertriebsrecht* an dem Programm, ist als vermögenswerte Position übertragbar — der Berechtigte erlaubt der Gesellschaft, das Programm zu vertreiben und gibt der Gesellschaft damit einen rechtlichen und tatsächlichen Vorteil am Markt, dessen Wert im Prinzip auch feststellbar ist.<sup>8</sup> Eine solche Position ist als Sacheinlage gem. § 5 GmbHG hier gewiß nicht weniger geeignet als im Falle jener Operette eines noch weitgehend unbekannteren Komponisten, für die der BGH einst auf Einlagefähigkeit erkannte.<sup>9</sup>

Sie ist auch bilanzierbar<sup>10</sup> als ein dem gewerblichen Schutzrecht ähnlicher Vermögensgegenstand (§ 266 Abs. 2 Pos. A I 1 HGB), denn die Gesellschaft hat das der Wettbewerbsposition zugrunde liegende immaterielle Gut gegen die Hergabe von Anteilen erworben — mithin entgeltlich.<sup>11</sup> Deshalb greift das Aktivierungsverbot des § 248 Abs. 2 HGB hier nicht.

Die Kernfrage, ob jenes Vertriebsrecht an der Software einen faßbaren Wert hat — und welchen —, ist damit aber noch nicht beantwortet. Es kommt auf den wirklichen Wert i. S. d. § 9 Abs. 1 GmbHG an, d. h. er muß nach objektiven wirtschaftlichen Kriterien feststellbar sein. Deshalb versagt die früher gängige Bewertungsmethode, die auf die subjektive Wertschätzung der Gesellschafter abstellt.<sup>12</sup> Vielmehr kommt als einziger Maßstab für die Höhe des Wertes der mit Hilfe des Vertriebsrechtes erzielbare *Zukunftsertrag* in Betracht. Er muß durch einen geeigneten Sachverständigen<sup>13</sup> betriebswirtschaftlich geschätzt werden.<sup>14</sup> Und dessen Gutachten, das gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG der Anmeldung der Gesellschaft beizufügen ist, muß den Besonderheiten des Handelsgutes Software Rechnung tragen.

Das Gutachten muß die betriebswirtschaftlichen Bewertungsgrundsätze präzise darlegen. Das Kriterium für die Angemessenheit kann dabei wohl nur der strengste Gläubigerschutz sein, alle im Kern spekulativen Wertansätze, seien sie subjektiv und im Rahmen betriebswirtschaftlicher Vernunft auch durchaus gerechtfertigt, stehen im Widerspruch zu Sinn und Zweck des haftenden Kapitals.

Der Registerrichter wird die Annahmen eines solchen Gutachtens ebenso überprüfen müssen<sup>15</sup> wie die Plausibilität der Argumentation. Darüberhinaus besteht aber für ihn kein Anlaß zu globalen Abschlägen aus rechtlichen Gründen. Der *wirkliche Wert* des Vertriebsrechtes hängt nur von den Gegebenheiten des Marktes ab, nicht von Rechtsfragen. In der Zeitspanne, die sich im Rahmen von Marktprognosen übersehen läßt (maximal zwei Jahre), reicht der Schutz des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb allemal.<sup>16</sup> Ein gewerbliches Sonderschutzrecht (z. B. Urheberrecht oder Patent) würde auch nur dann einen „Zukunftsertrag“ bringen, wenn es nachgefragt oder verletzt würde.

Ebenso gebietet der Gläubigerschutz keine Abschläge. Vor unredlichen Machenschaften und grober Fahrlässigkeit schützt § 9a GmbHG. Gegen die übrigen Wechselfälle des Geschäftslebens ist die Gesellschaft in ihrer Gründungsphase nicht anfälliger als sonst, auch dann muß sich das Publikum mit dem Verweis auf die persönliche Haftung der Handelnden zufrieden geben.

<sup>6</sup> v. Gamm a.a.O. Rdnr. 56

<sup>7</sup> wie Fn. 3; ergänzend: ÖGH Urt. 17.5.1987 in EDV und Recht 3/1987,3; zu Art. 30–36 EWGV vgl. EuGH NJW 1982, S. 1934

<sup>8</sup> Weil diese Position verkehrsfähig und bewertbar ist, ist sie mehr als eine Chance, die keinen Vermögenswert darstellt. Vgl. Schulze zur Wiesche a.a.O. m. w. N. und Beispielen

<sup>9</sup> s. Fn. 1; Schulze zur Wiesche a.a.O.; Pankow/Linau in Beck'scher Bilanz-Kommentar § 277 Rdnr. 11

<sup>10</sup> In der Literatur wird häufig die Bilanzierbarkeit für unerheblich oder nur indiziell gehalten, was mit BGHZ 29, 301–304 gerechtfertigt wird. Mit Scholz-Winter a.a.O. § 5 Rdnr. 16 und E. Ulmer bei Hachenburg a.a.O. § 5 Rdnr. 31 wird heute auf der Grundlage der § 238ff. HGB Bilanzierbarkeit zu fordern sein. § 283 erfordert, das gezeichnete Eigenkapital zum Nennbetrag (vgl. § 266 Abs. 3 Pos. A I) zu bilanzieren. Entsprechend muß der Wert der Sacheinlage dargestellt werden, soll die Bilanz § 264 Abs. 2 HGB genügen. Ein Anhang gem. § 248 HGB kann fehlende Bilanzposten nicht ersetzen.

<sup>11</sup> Scholz-Winter und E. Ulmer wie Fn. 9; Döllerer BB 1985, 1407; Kropff BB 1966, 673; Adler/Düring/Schmaltz: Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft 4. Aufl. Bd.1 (1986) § 149, 30ff. — 34

<sup>12</sup> BGHZ 29, 301f.

<sup>13</sup> Daß dafür ausreichende Vorbildung und Erfahrung in der Buchführung — so § 5 d III RegE 1977, BT-Dr. 8/1347 S. 5 — nicht genügen, liegt auf der Hand.

<sup>14</sup> v. Rössing: Die Sachgründung nach der GmbH-Novelle 1980, n. Aufl. 1984, S. 85

<sup>15</sup> Günthner: Probleme der Sachgründung einer GmbH, NJW 1975, 524

<sup>16</sup> Raubkopien von Anwendern, die sicher die Nachfrage beeinflussen, werden durch ein gegenüber jedermann und nicht nur gegenüber dem Konkurrenten wirkendes Urheberrecht tatsächlich nicht verhindert (Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 17./18.9.1988 S. 18.) Sie sind in den USA, wo ein Copyright vergleichsweise leicht zu erlangen ist (vgl. Oman: Urheberrechtsschutz für Computerprogramme, GRUR Int. 1988, S. 467) und Frankreich, wo im Grunde jedes Programm geschützt ist (vgl. Dreier: Der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme im Ausland, GRUR Int. 1988, S. 476–480), kaum weniger verbreitet als in der Bundesrepublik Deutschland. Sie können letztlich weder rechtlich noch technisch verhindert werden und sind deshalb für die Schätzung der Erfolgsaussichten eines Programms am Markt ohne Bedeutung.

Bedeutungslos ist ferner, daß fehlerfreie Software nicht herstellbar ist. Denn das gilt für die Konkurrenzprodukte genauso.

Doch wie soll der Sachverständige nun den Wert ermitteln?

### Ermittlung des Wertes

Nach dem Niederstwertprinzip ist der Wert so anzusetzen, wie er bei einer *kurzfristigen Realisierung am Markt* zu erzielen wäre. Andere Bewertungsansätze, etwa auf Basis der Herstellkosten, werden der primären Aufgabe des Stammkapitals, im Konkurs die Gläubiger zu sichern, nicht gerecht. Technische Raffinessen von Wirtschaftsgütern, die sich nicht in verbesserter Vermarktungsfähigkeit ausdrücken, können bei dieser Bewertung grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Ebenso verhält es sich mit den „inneren Werten“ eines Programms: der klaren, logischen Modularisierung (Gliederung), der fortschrittlichen Programmiersprache, der anspruchsvollen Entwurfs- und Programmierungstechnik, der modernen Datenbankkonzeption, der umfassenden Dokumentation usw. All dies kann höchstens negativ in Ansatz gebracht werden. Die Erfüllung eines derartigen Kriteriums selbst bildet noch nicht einen vermarktungsfähigen Wert, die Nichterfüllung hingegen setzt ihn entscheidend herab.

Jede Ware sinkt im Wert, wenn das Angebot zunimmt. Software indessen wird im Prinzip schon dadurch wertlos, daß ein einziges Konkurrenzprodukt existiert, welches — ebenfalls nahezu kostenlos reproduzierbar — nur minimale Qualitäts- oder Preisvorteile aufweist. Der betriebswirtschaftliche Wert eines Softwareproduktes darf also noch weniger als sonst unabhängig von der Konkurrenzlage gesehen werden. Insofern kann die nahezu vollständige Entwertung eines Programms buchstäblich über Nacht eintreten, wenn ein besseres Konkurrenzprodukt am Markt erscheint — oder ein gleichwertiges zu einem viel niedrigeren Preis.

Denn verkauft werden ja nur Programmkopien, und deren Produktion bindet weder Material noch in nennenswertem Umfang Betriebsmittel oder Arbeitszeit. Von den Herstellungskosten her gibt es für Softwareprodukte also keine Untergrenze, insofern aber auch kein unteres Preislimit. Demzufolge kann es auf dem Softwaremarkt kein Dumping geben, denn bei Produktionskosten von (fast) Null erbringt jeder Preis noch einen Ertrag. Und das eröffnet der Konkurrenz die allgegenwärtige Möglichkeit, mit ähnlichen Produkten den Marktpreis beliebig tief abzusenken.

Das erfordert, bei der Schätzung des Wertes auf die gegenwärtige und zukünftige Marktsituation einzugehen. Selbstverständlich kann kein Sachverständiger die

zukünftige Entwicklung des Softwaremarktes objektiv prognostizieren; hier verbleibt immer ein Beurteilungsspielraum. Bedeutsam ist aber, daß bis zu dem Zeitpunkt, in dem ein rechtmäßig handelnder (vgl. oben) Nachahmer seine betriebsfertige Imitation auf den Markt bringen kann, in der Regel für eine gewisse Zeitspanne ein „*natürliches Monopol*“<sup>17</sup> des Originals besteht. Sie ist umso länger, je komplexer das Produkt ist. In dieser Zeit ist eine unbeeinflusste Preisgestaltung möglich.

Zu bedenken ist aber auch, daß Software generell schnell veraltet. Deshalb wird ein Sachverständiger die Zeiträume, die er seiner Schätzung des Markterfolges zugrunde legt, darstellen müssen. Positiv kann er eine objektiv vorhandene Nachfrage abschätzen, wenn vergleichbare Produkte schon auf dem Markt sind und das neue sich in faßbarer Weise von diesen abhebt. Andererseits ist die so zu ermittelnde Nachfrage aber auch ein Hinweis auf das Vorhandensein von etablierter Konkurrenz, die dem Markteintritt hemmend entgegensteht. Für den Markterfolg eines Softwareproduktes ist ein starker Vertriebspartner mitunter wichtiger als alle Qualitätsattribute.

Einer gänzlich neuen Softwareidee ohne Vorbilder einen Markt zu prognostizieren, ist außerordentlich riskant. Der Sachverständige kann eine derartige Prognose nur an überzeugenden Tatsachen festmachen und sollte sich deshalb auch nicht scheuen, einen wirtschaftlichen Wert *nicht* festzustellen.

Man kann die dargestellte strenge Prüfung der Sacheinlage auch nicht dadurch umgehen, daß man sich nach der Gründung der Gesellschaft sein Programm aus dem eingezahlten Kapital „abkaufen“ läßt. Dies würde eine *verdeckte Sacheinlage* darstellen, die nicht zur Erfüllung der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Bareinlagepflicht führt.<sup>18</sup>

### Fazit

Bei der Gründung einer GmbH sind Softwareprodukte im Prinzip sacheinlagenfähig. Den Wert kann nur der Sachverständige feststellen, aber er braucht objektive, überzeugende Tatsachen. Optimistische Wertansätze helfen niemandem, denn auf dem Softwaremarkt ist es nicht gerade die Regel, daß sich die guten Produkte automatisch durchsetzen. Meist sind es weniger die Qualitätsattribute als die Marktmacht der Anbieter, die einem Programm den Vertriebs Erfolg bescherten. Sachgründungen bleiben deshalb gefährlich, für den Gründer ebenso wie für die Gläubiger.

<sup>17</sup> Martin a.a.O. 3, 6.a

<sup>18</sup> Hans.OLG Hamburg WM 88, 579