



**Eigenkapital in der Gesetzgebung – neue
Entwicklungen zur Definition und zur
Beschaffung von Eigenkapital**

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking

21. September 2011

HENGELER MUELLER

I. Rechtliche Definitionselemente

- **Keine umfassende gesetzliche Definition des Begriffs „Eigenkapital“.**
- **Funktionen des Eigenkapitals:
Risikopuffer/Verlusttragung/Ausschüttungsbegrenzung/ Nachrang.**
- **Rechtlich maßgebend sind Verlusttragung und Nachrang.**

II. Entscheidungen des Gesetzgebers und rechtspolitische Tendenzen

1. Verzicht auf gesetzliches Mindestkapital der Kapitalgesellschaft?

- „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ nach § 5 a GmbHG als einzige und rechtspolitisch zweifelhafte Ausnahme vom Mindestkapital-Erfordernis.
- Diskussion über Verzicht auf gesetzliches Mindestkapital ist im Übrigen so gut wie beendet.

2. Eigenkapital der Personengesellschaft nach HGB

- Unterscheidung zwischen eingetragener Hafteinlage und bilanziertem Kapitalanteil.
- Statt des gesetzlichen Modells des einheitlichen, aber variablen Kapitalanteils (§ 120 Abs. 2 HGB) ist in der Praxis das Drei-Konten-Modell (Kapitalkonto I, Kapitalkonto II/Rücklagenkonto, Privatkonto) vorherrschend.
- Maßgeblich für Bilanzierung als Eigenkapital ist Verlustverbuchung. Entnahmebeschränkung genügt nicht.
- Unsichere Rücklagen-Definition in § 264 c HGB für die Kapitalgesellschaft & Co. KG.

II. Entscheidungen des Gesetzgebers und rechtspolitische Tendenzen

- Steuerlich begünstigte Thesaurierung von nicht entnommenen Gewinnanteilen nach § 34 a EStG verlangt keine Thesaurierung im Eigenkapital.

3. Eigenkapital der Personengesellschaft nach IFRS

- Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital nach IAS 32: Potentielle Zahlungspflicht der Gesellschaft auf Grund individueller Entscheidung des Gesellschafters ist Fremdkapital.
- Ausnahme für Personengesellschaftsanteile durch „Notreparatur“ von IAS 32 in 2008

4. Nachrang von Gesellschafterdarlehen

- Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Rechtsprechung und der GmbH-Novelle von 1980.
- Einschneidende Änderung durch das MoMiG: Nachrang aller Gesellschafterdarlehen von Gesellschaftern mit mehr als 10 % Kapitalbeteiligung.
- Nachrang führt nicht zu Eigenkapital im Rechtssinne.

II. Entscheidungen des Gesetzgebers und rechtspolitische Tendenzen

5. Neue Regelungen zur Schaffung von Eigenkapital

- a) Genehmigtes Kapital der GmbH (§ 55 a GmbHG)
 - Kein nennenswertes praktisches Bedürfnis für das neue Instrument
- b) Verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG, § 27 Abs. 3 AktG)
 - Definition der Verdeckten Sacheinlage
 - Übermäßig scharfe Rechtsfolgen nach der kasuistischen Rechtsprechung
 - Abmilderung der Rechtsfolgen durch Anrechnung des Werts der eingebrachten Sache auf die fortbestehende Bareinlagepflicht
- c) Wertprüfung bei der Sachgründung und Sachkapitalerhöhung (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG, § 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG)
 - Prüfung erstreckt sich nach wie vor nicht auf die Deckung des Agios (entgegen 2. EG-Richtlinie)

II. Entscheidungen des Gesetzgebers und rechtspolitische Tendenzen

- d) Aktivierung von Entwicklungsaufwand und erwarteten Vorteilen aus Verlustvorträgen (§ 255 Abs. 2 a, § 274 Abs. 1 Satz 4, § 268 Abs. 8 HGB)
- Annäherung an IFRS, jedoch Wahlrecht
 - Gegensteuerung durch Ausschüttungssperre

6. Wünsche an den Gesetzgeber

- a) Rückerwerbbare Aktien („redeemable shares“)
- Wünschenswerte Erweiterung des Katalogs der zulässigen Aktiengattungen
- b) Tracking Stocks
- Kein praktisches Bedürfnis für gesetzliche Regelung
- c) Bedingtes Kapital für Zusatzaktien auf Grund einer Neubewertung der Sacheinlage („contingent shares“)
- Rechtspolitisch wünschenswert als Instrument beim Unternehmenserwerb gegen Aktien