

Wir verwenden zur Verbesserung und Optimierung der Funktionen unseres Internetauftrittes, Cookies. Cookies können ebenfalls für statistische Auswertungen (z.B. Google Analytics) herangezogen werden. Mit der weiteren Nutzung unserer Internetauftrittes oder mit Anklicken des untenstehenden Buttons erklären Sie sich hiermit einverstanden und erzeugen ein Cookie mit dem Namen "bup-compliance" mit dem Inhalt "on" und 90 Tagen Verfallszeit. Weitere Informationen, insbesondere zu den Ihnen zustehenden Widerspruchsrechten, finden Sie in unserer [Datenschutzerklärung](#)

Ihre Zustimmung löscht sich automatisch nach 90 Tagen.

[OK](#)

**BRENNECKE & PARTNER**

RECHTSANWÄLTE · FACHANWÄLTE



☰ Navigation

📍 Rechtsgebiete

📍 Standorte - Ihr Rechtsanwalt vor Ort

✉ Kontakt

## Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 13 - Fortbestand des Eigenkapitalersatzrechtes in Altfällen

Autor(-en):

Harald Brennecke

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz

Thomas Dörner  
wissenschaftlicher Mitarbeiter

## 2.3 Fortbestand des Eigenkapitalersatzrechtes in Altfällen

Wie fast jede umfangreiche Novellierung von Gesetzen, enthielt auch das MoMiG Übergangsregelungen. Diese sind in den Einführungsgesetzen EGlInsO und EGGmbHG zu finden. Artikel 103 d EGlInsO besagt, dass der Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entscheidet, ob die alten oder die neuen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind.

In der Literatur werden bezüglich des Falles zwei Meinungen vertreten.

Die offenbar herrschende Meinung vertritt die Ansicht, dass das zum Zeitpunkt der Entstehung eines Schuldverhältnisses geltende Recht weiterhin Gültigkeit haben sollte. Begründet wird diese Ansicht mit den allgemeinen Regeln des intertemporären Rechts (so auch BGH Urteil vom 26.01.2009 – II ZR 260/07). Hätte der Gesetzgeber von diesen allgemeinen Regeln abweichen wollen, so wäre dies in Artikel 103 d EGlInsO sicher aufgenommen worden. Hingegen wird die andere Meinung vertreten (die auch als schlanke Erwägungen des Schrifttums bezeichnet wird), dass die neuen Regelungen einen umfassenden Geltungsanspruch besitzen sollen. Es sei also das neue Recht vollständig rückwirkend, wenn das Insolvenzverfahren nach MoMiG eröffnet wurde.

Beispiel für diese Auffassung:

Danach müsste ein Geschäftsführer einer GmbH, der dieser ein Darlehen gewährte und sich dieses vor dem 01.11.2008 zurückzahlen ließ, obwohl dadurch die Gesellschaft das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen unterschreitet, das Darlehen nicht in die Insolvenzmasse zurückführen, wenn das Insolvenzverfahren nach dem 01.11.2008 eröffnet wurde. Hingegen müsste der Gesellschafter das Darlehen zurückzahlen, wenn das Insolvenzverfahren vor dem 01.11.2008 eröffnet wurde. Hier sollte also weiterhin das „alte Recht“ gelten. In der Tat ist es in den Fällen, in denen das Insolvenzverfahren vor dem 01.11.2008 eröffnet wurde, unproblematisch über die Übergangsvorschriften anzuwenden. Interessant hingegen ist die Frage, ob der Gesellschafter das Darlehen tatsächlich nicht zurückzahlen muss, wenn das Insolvenzverfahren nach dem 01.11.2008 eröffnet wurde. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bisher nicht entschieden, sodass nur auf die Diskussion in der Literatur abgestellt werden kann, um ein wahrscheinliches Urteil eines Gerichts abschätzen zu können.

Die Argumentation der herrschenden Meinung ist schlüssig - die der Gegenauffassung hingegen knapp und allein auf Vermutungen bezüglich des Willens des Gesetzgebers gestützt.

Das „alte“ Eigenkapitalersatzrecht findet nach der herrschenden Meinung Anwendung auf alle Rechtsgeschäfte, die vor dem 01.11.2008 abgeschlossen wurden. Für die danach abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gelten die im MoMiG enthaltenen Rechtsfolgen. Auf den Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung kommt es demzufolge nicht an.

Beispiel für die herrschende Meinung:

Über das Vermögen der E-GmbH wurde am 01.01.2009 das Insolvenzverfahren eröffnet. Gesellschafter A hat der E-GmbH am 01.10.2008 ein Darlehen gewährt. Am 01.12.2008 gewährte Gesellschafter B der E-GmbH ein weiteres Darlehen.

Stichtag für die Anwendung des „alten“ Eigenkapitalersatzrechtes ist der 01.11.2008.

Das Darlehen des Gesellschafters A unterliegt rückwirkend dem „alten“ Eigenkapitalersatzrecht. Das Darlehen des Gesellschafters B unterliegt den neuen Regelungen des MoMiG und ist nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig.

**Dieser Beitrag ist entnommen aus dem Buch „Gesellschaftsrecht in der Insolvenz“ von Harald Brennecke, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Thomas Dörner, wissenschaftlicher Mitarbeiter, 1. Auflage 2014, erschienen im Verlag Mittelstand und Recht 2014, [www.vmur.de](http://www.vmur.de), ISBN 978-3-939384-26-7**

### Links zu allen Beiträgen der Serie:

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 01 - Einführung](#)

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 02 - Die Insolvenzmasse](#)

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 03 - Insolvenzgründe](#)

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 04 - Insolvenzfähigkeit der Gesellschaften](#)

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 05 - Insolvenzantragsrecht und -pflicht](#)

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 06 - Haftung und Insolvenzanfechtung](#)

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 07 - Grundsätzliches zum Eigenkapitalersatzrecht](#)

[Gesellschaftsrecht in der Insolvenz - Teil 08 - Neuregelung des Eigenkapitalersatzrechtes](#)

Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 09 – Rechtsfolge bei abgetretener Darlehensforderung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 10 – Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 11 – Anfechtung von Darlehensrückzahlungen  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 12 – Gebrauchsüberlassung von Wirtschaftsgütern  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 13 – Fortbestand des Eigenkapitalersatzrechtes in Altfällen  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 14 – Die Haftung der GbR-Gesellschafter  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 15 – Die Haftung der OHG-Gesellschafter  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 16 – Die Haftung der Kommanditisten  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 17 – Die Haftung des beitretenden und des ausscheidenden Kommanditisten  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 18 – Die Haftung der beschränkt haftenden Komplementäre  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 19 – Die Haftung der GmbH-Gesellschafter in der Insolvenz  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 20 – Die Stammkapitalaufbringung bei Anmeldung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 21 – Haftung in der Vorgründungsgesellschaft  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 22 – Haftung in der Kapitalaufbringungsphase  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 23 – Einzahlungen in die Vorgesellschaft  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 24 – Hin- und Herzahlen und Einlageleistung als Darlehen  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 25 – Cash-Pooling  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 26 – Ordnungsgemäßes Hin- und Herzahlen  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 27 – Verlustdeckungshaftung bei fehlender Eintragung der Gesellschaft  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 28 – Fortführung ohne Eintragung der Vorgesellschaften  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 29 – Unterbilanzhaftung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 30 – Differenzhaftung bei überbewerteten Sacheinlagen  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 31 – Verdeckte Sacheinlagen  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 32 – Verdeckte Sacheinlagen (Fortführung)  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 33 – Unterbilanzhaftung bei Mantel- und Vorratsgesellschaften  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 34 – Die wirtschaftliche Neugründung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 35 – Die wirtschaftliche Neugründung (Fortsetzung)  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 36 – Stammkapitalaufbringung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 37 – Die Unterbilanzhaftung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 38 – Die Geschäftsführerhaftung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 39 – Zahlungen in der Insolvenzlage  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 40 – Verschulden bei Haftung gemäß § 64 S.1 GmbHG  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 41 – Die Insolvenzverschleppung  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 42 – Verletzung der Antragspflicht  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 43 – Unterlassene Insolvenzabsicherung §7e Abs.7 SGB IV  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 44 – Insolvenzstraftaten  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 45 – Sonstiges zu den Insolvenzstraftaten  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 46 – Bankrott § 283, § 283a StGB  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 47 – Risikogeschäfte und unwirtschaftliche Ausgaben  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 48 – Eingriffe in die Massedokumentation nach § 283 Abs. 1 Nr.5 bis Nr. 7 StGB  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 49 – Beiseiteschaffen, verheimlichen, zerstören der Handelsbücher § 283 Abs. 1 Nr. 6  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 50 – Strafbarkeit nach §283 Abs. 2 StGB  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 51 – Beispiele für eine Strafbarkeit nach § 283 StGB  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 52 – Unvollständige/Unklare/Verspätete Buchführung " 283b StGB  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 53 – Gläubigerbegünstigung §283c StGB  
Gesellschaftsrecht in der Insolvenz – Teil 54 – Schuldnerbegünstigung §283d StGB

Autor(-en):

Harald Brennecke

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz

Brennecke & Partner Rechtsanwälte Fachanwälte mbB

Thomas Dörner

wissenschaftlicher Mitarbeiter

Kontakt: [brennecke@brennecke-rechtsanwaelte.de](mailto:brennecke@brennecke-rechtsanwaelte.de)

Stand: Mai 2014

**Wir beraten Sie gerne persönlich, telefonisch oder per Mail. Sie können uns Ihr Anliegen samt den relevanten Unterlagen gerne unverbindlich als PDF zumailen, zufaxen oder per Post zusenden. Wir schauen diese durch und setzen uns dann mit Ihnen in Verbindung, um Ihnen ein unverbindliches Angebot für ein Mandat zu unterbreiten. Ein Mandat kommt erst mit schriftlicher Mandatserteilung zustande. Wir bitten um Ihr Verständnis: Wir können keine kostenlose Rechtsberatung erbringen.**

#### Über die Autoren:

#### Harald Brennecke, Rechtsanwalt



Rechtsanwalt Harald Brennecke ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Fachanwalt für Insolvenzrecht.

Er berät, vertritt und begleitet Gesellschafter, Geschäftsführer und Unternehmen bei

- Rechtsformwahl
- Wahl des Firmennamens
- Gesellschaftsgründungen:  
z.B. Beratung zu Gesellschaftskonzepten, Gestaltung von Gesellschaftsverträgen, Geschäftsführerverträgen, Handelsregisteranmeldungen, Vorbereitung und Begleitung bei Notarterminen
- Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern
- Liquidation von Gesellschaften
- Firmenkäufen
- Due Diligence

- Geschäftsführerverträgen
- Sanierung, Insolvenzvermeidung und Insolvenzbegleitung:  
Harald Brennecke ist seit 1999 im Bereich der Unternehmenssanierung tätig. Als Fachanwalt für Insolvenzrecht berät und begleitet er Sanierungen und betreut Geschäftsführer und Gesellschafter bei Firmeninsolvenzen. Er unterstützt Geschäftsführer in der Unternehmenskrise hinsichtlich der für sie bestehenden Haftungsrisiken sowie Gesellschafter im Interesse der Wahrung der Unternehmenswerte. Er unterstützt bei der Suche nach Investoren und Wagniskapitalgebern (venture capital), begleitet Verhandlungen und erstellt Investorenverträge.

Rechtsanwalt Harald Brennecke hat im Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht veröffentlicht:

- "Das Recht der GmbH", Verlag Mittelstand und Recht, 2015, ISBN 978-3-939384-33-5
- "Der Gesellschaftsvertrag der GmbH - Die GmbH-Satzung in Theorie und Praxis", 2015, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-40-3
- "Der Unternehmenskauf - Rechtliche Risiken bei Kauf und Verkauf mittelständischer Unternehmen", 2014, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-18-2
- "Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers", 2014, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-29-8
- "Gesellschaftsrecht in der Insolvenz", 2014, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-26-7
- "Die Limited in der Insolvenz", 2014, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-34-2
- "Der Insolvenzplan - Sanierungsinstrument in der Insolvenz", 2007, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-03-8
- "Die Regelinsolvenz - Insolvenz für Unternehmer und Unternehmen", 2014, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-07-6
- "Gesellschafterinteressen in der Publikums-KG: Auskunftsrechte der Kommanditisten einer Publikums-KG gegen Treuhänder", 2014, Verlag Mittelstand und Recht, ISBN 978-3-939384-28-1
- "Die Gesellschafterversammlung: Ein Leitfaden", Harald Brennecke und Dipl.-Jur. Marc Schieren, M. L. E., 2016, Verlag Mittelstand und Recht, www.vmur.de, ISBN 978-3-939384-50-2
- "Arztpraxis - Kauf und Übergang", Harald Brennecke und Michael Kaiser, 2016, Verlag Mittelstand und Recht, www.vmur.de, ISBN 978-3-939384-54-0

Folgende Veröffentlichungen von Rechtsanwalt Brennecke sind in Vorbereitung:

- Die Due Diligence - Rechtliche Prüfung beim Unternehmenskauf
- Die Liquidation der Kapitalgesellschaft
- Die Unternehmergeellschaft (UG)

Harald Brennecke ist Dozent für Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht an der DMA Deutsche Mittelstandsakademie und Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht im DeutschenAnwaltVerein. Er bietet Schulungen, Vorträge und Seminare unter anderem zu den Themen:

- Gesellschaftsrecht für Steuerberater und Unternehmensberater - Grundlagen des Gesellschaftsrechts
- Gesellschaftsvertragsgestaltung - Grundlagen und Risiken
- Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) - kleine Chance, großes Risiko
- Welche Gesellschaftsform ist die Richtige? Vor- und Nachteile der Rechtsformen für Unternehmer
- Geschäftsführerhaftung - Geschäftsführung von Kapitalgesellschaften; das letzte große Abenteuer der westlichen Zivilisation
- Insolvenzrecht für Gründer und lebende Unternehmen: Aus Insolvenzen anderer lernen heißt das eigene Insolvenzrisiko zu vermeiden
- Unternehmenssanierung: Kopf aus dem Sand! Wer zu spät reagiert, reagiert nie wieder.
- Insolvenzrecht für Steuerberater - Grundlagen des Insolvenzrechts für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer
- Insolvenzrecht für Unternehmensberater - Sanierungschancen erkennen und wahren
- Insolvenzberatung: das (enorme) Haftungsrisiko des Sanierungsberaters

Kontaktieren Sie Rechtsanwalt Harald Brennecke unter:

Mail: [brennecke@brennecke-rechtsanwaelte.de](mailto:brennecke@brennecke-rechtsanwaelte.de)

Telefon: 0721-20396-28

**Datenschutzerklärung**

**Mehr Beiträge zum Thema finden Sie unter:**

[Rechtsinfos/ Insolvenzrecht/ Gesellschaftsrecht/ Eigenkapitalersatz](#)

[Rechtsinfos/ Bankrecht](#)

[Rechtsinfos/ Insolvenzrecht/ Firmeninsolvenz](#)

[Rechtsinfos/ Insolvenzrecht/ Gesellschaftsrecht](#)

[Rechtsinfos/ Insolvenzrecht](#)

[Rechtsinfos/ Gesellschaftsrecht/ GmbH/ Insolvenz](#)

[Rechtsinfos/ Gesellschaftsrecht/ GmbH/ Gesellschafter](#)

[Rechtsinfos/ Gesellschaftsrecht/ GmbH/ Vorgesellschaft](#)

[Rechtsinfos/ Gesellschaftsrecht/ GmbH](#)

[Rechtsinfos/ Insolvenzrecht/ Insolvenzverfahren](#)

[Rechtsinfos/ Gesellschaftsrecht/ GmbH/ Geschäftsführung](#)

[Rechtsinfos/ Gesellschaftsrecht](#)

[Rechtsinfos/ Bankrecht/ Kapitalmarktrecht](#)

[Rechtsinfos/ Bankrecht/ Kapitalanlagerecht](#)