

Deutschland: Start-Ups in der Krise - worauf ist zu achten? Bewertung neuester Entscheidungen

1. Einleitung

Die deutsche Gründerszene wirbt völlig zu Recht für eine verbesserte Kultur des Scheiterns, wie sie in US-amerikanischen Startups vorgelebt wird. In der Tat scheitern die meisten Start-Ups, je nach Statistik ist von einer Quote zwischen 80% und 90% in den ersten fünf Jahren nach der Unternehmensgründung die Rede. Die Umsetzung einer innovativen Idee in einem eigenen Unternehmen ist notwendigerweise risikobehaftet - wer aber nicht wagt, der auch nicht gewinnt.

Das Risiko der Gründer sollte sich aber idealerweise auf das investierte Eigenkapital und die aufgewandte Arbeit beschränken, welche im Fall des Scheiterns häufig unwiederbringlich verloren gehen, so dass häufig nur der vergrößerte Erfahrungsschatz bleibt. Dieses Risiko kennen Gründer und nehmen es bewusst in Kauf. Weniger bekannt ist vielen, dass in Deutschland sehr strenge gesetzliche Insolvenzantragspflichten gelten, bei Verstoß gegen diese droht eine persönliche Haftung des Geschäftsführers - eine verspätete Insolvenzantragsstellung ist sogar strafbar. Besonders problematisch ist, dass das deutsche Recht - anders als andere Rechtsordnungen - den Geschäftsführern nicht nur abverlangt zu kontrollieren, dass das Unternehmen zu jedem Zeitpunkt liquide ist und wenn dies nicht mehr der Fall sein sollte (also bei Zahlungsunfähigkeit), rechtzeitig den redensartlichen Stecker zu ziehen. Vielmehr muss die Geschäftsleitung aufgrund des - neben der Zahlungsunfähigkeit bestehenden - zwingenden Insolvenzantragsgrunds der Überschuldung im Rahmen einer Prognose beurteilen, ob die Gesellschaft voraussichtlich für die nächsten 12 Monate "durchfinanziert" ist, was bedeutet: liquide bleibt. Eine solche Prognose fällt bei Start-Ups naturgemäß schwerer als bei anderen Unternehmen.

Entsprechend wird vielfach gefordert, dass der Überschuldungsbegriff und dabei insbesondere dessen Bestandteil der so genannten "Fortbestehensprognose" bei Start-Ups anders ausgelegt werden sollte, als bei etablierten Unternehmen. "Milder" nämlich, und zwar in dem Sinn, dass die bei einem Start-Up inhärenten Unsicherheiten nicht zu einem permanenten "Damoklesschwert" der Haftung wegen Insolvenzverschleppung für die Geschäftsführer werden. Zuletzt hat sich die Rechtsprechung in zwei prominenten Entscheidungen zu dieser Frage geäußert, was für uns Anlass ist, den Status Quo zusammenzufassen, um für interessierte Gründer hoffentlich etwas Licht ins Dunkel zu bringen. Um das wesentliche Ergebnis vorwegzunehmen: Entgegen einer vielversprechenden Entscheidung des wichtigen OLG Düsseldorf hat der (noch wichtigere) Bundesgerichtshof (BGH) keine Erleichterungen für Start-Ups beschlossen.

2. Risiken in einer Krisensituation: Insolvenzantragspflicht / Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife

a. Insolvenzantragspflicht

Wird ein Unternehmen zahlungsunfähig oder überschuldet, sind die Geschäftsführer verpflichtet, unverzüglich einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a InsO). "Unverzüglich" bedeutet ohne schuldhaftes Zögern - manchmal kann das sogar tatsächlich heißen: sofort. Das Gesetz sieht jedoch grundsätzlich (Maximal-)Fristen vor, um der Geschäftsleitung etwas Zeit für letzte erfolgsversprechende Rettungsversuche und die Vorbereitung eines Insolvenzantrags zu geben.

Kontakt



Joachim Ponseck, MBA
Lic en droit
Partner
Frankfurt
[joachim.ponseck](mailto:joachim.ponseck@bakermckenzie.com)
[@bakermckenzie.com](https://www.bakermckenzie.com)



Prof. Dr. Artur M. Swierczok, LL.M. MSt.
Counsel
Frankfurt
[artur.swierczok](mailto:artur.swierczok@bakermckenzie.com)
[@bakermckenzie.com](https://www.bakermckenzie.com)



Anja Moser
Senior Associate
Berlin
[anja.moser](mailto:anja.moser@bakermckenzie.com)
[@bakermckenzie.com](https://www.bakermckenzie.com)



Dieses Mandantenrundschreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrundschreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker McKenzie Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern ist eingetragen beim Registergericht Frankfurt/Main (Sitz der Gesellschaft) HRB 123975. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwalts-Gesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

Im Fall der Zahlungsunfähigkeit ist der Insolvenzantrag von den Geschäftsleitern spätestens innerhalb von drei Wochen nach deren Eintritt zu stellen; bei der Überschuldung spätestens nach sechs Wochen. Ein Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht kann eine persönliche (zivilrechtliche) Haftung des Geschäftsleiters begründen und im schlimmsten Fall sogar zur Strafbarkeit führen.

Die Insolvenzantragspflicht ist sehr ernst zu nehmen. Gibt es Anzeichen, dass dem Unternehmen alsbald das Geld ausgeht, ist entschlossenes und zügiges Handeln gefragt. Das bedeutet nicht, dass bei Anzeichen für eine Krise sofort überhastet ein Insolvenzantrag gestellt werden muss - jeder Fall ist hier anders. Jedenfalls aber sollten die getroffenen Annahmen im Zusammenhang mit den Bemühungen zur Beseitigung der Krise sowie der Fortgang der Verhandlungen engmaschig dokumentiert werden.

b. Zahlungsverbot nach Eintritt der Insolvenzreife

Ab dem Eintritt der Insolvenzreife, d.h. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, muss die Geschäftsleitung eines Unternehmens die Geschäftstätigkeit grundsätzlich auf das Nötigste reduzieren. Tut sie das nicht, riskiert sie eine persönliche Haftung wegen Verstoßes gegen das sogenannte gesetzliche "Zahlungsverbot nach Eintritt der Insolvenzreife" (§ 15b InsO).

Trotz des grundsätzlichen Verbots sind Zahlungen ausnahmsweise zulässig, sofern sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Geschäftsleiter die Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang vornimmt, sie der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen und sich die Geschäftsleitung dabei entweder mit erfolgsversprechenden nachhaltigen Rettungsversuchen auseinandersetzt oder einen Insolvenzantrag vorbereitet - und vor allem die Insolvenzantragsfristen eingehalten werden.

c. Zwischenfazit

Für Geschäftsleiter von (kriselnden) Unternehmen ist es wichtig, die oben genannten Haftungsrisiken zu kennen. Unentbehrlich ist dabei ein grundlegendes Verständnis sowie eine gewisse Sensibilität für die zwingenden Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Diese werden nachfolgend kurz erläutert.

3. Zwingende Insolvenzgründe

Mit Blick auf die oben genannten Haftungsrisiken und Insolvenzgründe gilt das Hauptaugenmerk der Liquidität - so kommt es bei der Zahlungsunfähigkeit insbesondere auf die aktuell vorhandene, bei der Überschuldung auf die zukünftige Liquidität des Unternehmens an.

a. Zahlungsunfähigkeit

Der mit Abstand wichtigste Insolvenzgrund in der Praxis ist die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO). Zahlungsunfähig ist ein Unternehmen, wenn es nicht mehr in der Lage ist, seine aktuell fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Es handelt sich um eine Stichtagsbetrachtung. Zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit werden dabei die verfügbaren Zahlungsmittel des Unternehmens den fälligen Zahlungspflichten in einer sogenannten "Liquiditätsbilanz", auch "Liquiditätsstatus" genannt, gegenübergestellt. Grundsätzlich muss das Unternehmen über so viele liquide Mittel verfügen, dass es in der Lage ist, alle seine fälligen Verbindlichkeiten (sofort) zu bedienen; und dies jeden Tag. Nur im Ausnahmefall kann eine fällige Verbindlichkeit bei diesem Test ausgeklammert werden, wenn sie etwa durch den Gläubiger gestundet oder "nicht ernsthaft eingefordert" wird.

Die Feststellung von Zahlungsunfähigkeit ist im Vergleich zur Überschuldung vergleichsweise unproblematisch. Selbst wenn man den rechtstechnischen Begriff nicht kennt, handelt es sich eher um einen "*I'll recognise it, when I see it*" Insolvenzgrund - man merkt es im Regelfall, wenn die Liquidität ausgeht und man Gläubiger um Zahlungsaufschübe bitten muss. Spätestens dann sollten alle Alarmglocken angehen.

b. Überschuldung

Auch bei der Feststellung einer Überschuldung (§ 19 InsO) kommt es maßgeblich auf die Liquidität des Unternehmens an; der Betrachtungshorizont ist hier jedoch deutlich länger als bei der Zahlungsunfähigkeit.

Überschuldung liegt vor, wenn das Aktivvermögen des Unternehmens dessen bestehende Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (so genannte "rechnerische Überschuldung", die im Wege einer Überschuldungsbilanz auf Basis von regelmäßig Liquidationswerten zu ermitteln ist), es sei denn, die

Fortführung des schuldnerischen Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (so genannte "positive Fortführungsprognose"). Die Rechtsprechung hat über die Jahre herausgearbeitet, dass die bei der Überschuldungsprüfung aufzustellende Fortführungsprognose im Wesentlichen ebenfalls eine Liquiditätsprognose ist. In der Praxis war lange Zeit unklar, was hier der maßgebliche Zeithorizont ist (überwiegend wurde vertreten, dass es das laufende und darauffolgende Geschäftsjahr sei). Anfang des Jahres 2021 hat der deutsche Gesetzgeber klargestellt, dass der relevante Prognosezeitraum bei der Überschuldung 12 Monate beträgt. Ein Unternehmen ist damit regelmäßig nicht überschuldet, wenn er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (d.h. mindestens 50 % + 1) für die nächsten 12 Monate "durchfinanziert" und in diesem Zeitraum in der Lage ist, seine fälligen bzw. fällig werdenden Verbindlichkeiten zu bezahlen.

Bei Start-Ups gestaltet sich jedoch in der Praxis sowohl (i) die Bewertung einer "rechnerischen Überschuldung" als auch (ii) die Feststellung einer positiven Fortführungsprognose häufig nicht einfach.

Soweit es die "rechnerische Überschuldung" betrifft, ist eine solche bei Start-Ups in der Krise aus Vorsichtsgesichtspunkten häufig auch dann zu bejahen, wenn in der HGB-Bilanz noch ein positives Eigenkapital ausgewiesen werden kann. Denn in der Überschuldungsbilanz müssen "stille Lasten" der HGB-Bilanz korrigiert werden, was regelmäßig zu einem niedrigeren Wertansatz der Vermögenswerte des Start-Ups als in der HGB-Bilanz führt (insbesondere im Zusammenhang mit IP). Das wahre "Asset" der meisten Start-Ups - die erfinderische Idee bzw. das Know-How - hilft meist nicht über eine rechnerische Überschuldung hinweg, da diese Werte häufig in der Bilanz nicht berücksichtigt werden können. Zwar sind Start-Ups im Hinblick auf die Passivseite der Bilanz häufig primär eigenkapitalfinanziert und haben keine hohen Fremdverbindlichkeiten. Gibt es jedoch Fremdverbindlichkeiten oder müssen Drohverlustrückstellungen gebildet werden, wird die Asset-Seite der Bilanz bei einem unterstellten Liquidationsszenario in der Unternehmenskrise vielfach nicht ausreichen, um diese Verbindlichkeiten auszugleichen.

Vor diesem Hintergrund kommt der Bejahung einer positiven Fortführungsprognose bei einem Start-Up in der Krise eine zentrale Bedeutung zu. Da die meisten Start-Ups in der Anfangsphase jedoch wirtschaftlich unrentabel und verlustträchtig sind - und dies häufig über längere Zeiträume - stellt sich die Frage, wie dies mit der geforderten "Durchfinanzierung" für die nächsten 12 Monate in Einklang zu bringen ist. Eine "unreflektierte" Anwendung dieses Maßstabs könnte für viele Start-Ups das sofortige Aus bedeuten. Ist daher bei der Ermittlung der positiven Fortführungsprognose bei Start-Ups der gleiche Maßstab anzusetzen, wie bei etablierten Unternehmen? Mit dieser Fragen habe sich erst kürzlich zwei deutsche Gerichte - zum einen direkt und zum anderen indirekt - auseinandergesetzt.

4. OLG Düsseldorf v. 20.07.2021 - 12 W 7/21

In einer aktuellen Entscheidung stellt das OLG Düsseldorf unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung des BGH und entgegen einzelner Stimmen im Schrifttum zunächst klar, dass es sich bei der positiven Fortführungsprognose nicht um eine "Ertragsfähigkeitsprognose" handelt. Das heißt, es ist für die Bejahung einer positiven Fortführungsprognose nicht erforderlich, dass sich das Unternehmen selbst finanzieren kann ("Selbstfinanzierungskraft"). Entscheidend ist lediglich eine Durchfinanzierung für mindestens 12 Monate, wobei die erforderlichen Mittel dem Unternehmen kurz-, mittel oder langfristig auch von Dritten zur Verfügung gestellt werden können (Fremdfinanzierung). Dieser Sichtweise des OLG Düsseldorf ist uneingeschränkt zuzustimmen. Insbesondere mit Blick auf Start-Ups wäre eine andere Betrachtung auch fatal, da diesen ja gerade immanent ist, dass sie jedenfalls in der Anfangsphase defizitär sind.

In einem weiteren Schritt setzt sich das OLG Düsseldorf sodann mit der Frage auseinander, welche Voraussetzungen an die Darlegung einer "überwiegenden Wahrscheinlichkeit" der Durchfinanzierung zu stellen sind. Im konkreten Fall hatte der ehemalige Gesellschafter und Investor des Start-Ups in der Vergangenheit regelmäßig wiederkehrende Finanzleistungen in Form von Darlehen an das Start-Up erbracht. Nach den eigenen Angaben des Investors konnten sich die Geschäftsführer des Start-Ups darauf verlassen, dass er bei Vorlage einer "nachvollziehbaren Planung" auch weiterhin Finanzmittel zur Verfügung stellen werde (Zusage unter Vorbehalt). Im konkreten Fall geschah dies schließlich nicht.

Dennoch bejahte das OLG Düsseldorf - bis zur endgültigen Verweigerung durch den Investor - das Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose. Nach Ansicht des Gerichts könne eine positive Fortführungsprognose immer dann (weiter) bejaht werden, "solange nicht konkret wahrscheinlich ist, dass der Finanzierer das Start-Up-Unternehmen nicht weiterfinanzieren wird". Das OLG Düsseldorf

betont dabei, dass insbesondere ein rechtlich gesicherter und einklagbarer Anspruch auf einen Finanzierungsbeitrag nicht erforderlich sei.

Was das OLG Düsseldorf unter "konkret wahrscheinlich " versteht und welche Anhaltspunkte hier von Bedeutung sein können (außer natürlich die ausdrückliche Verweigerung der Weiterfinanzierung) bleibt offen. Insgesamt dürfte der Ansatz des OLG Düsseldorf jedoch Start-Up freundlich sein, da er quasi zunächst eine Art "widerlegbare Vermutung" für eine Weiterfinanzierung durch den bisherigen Investor aufstellt. Ob sich diese Sichtweise jedoch in der Praxis durchsetzen wird, ist insbesondere mit Blick auf eine kurz zuvor (1 Woche vorher) ergangene Entscheidung des BGH leider zweifelhaft.

5. BGH v. 13.07.2021 - II ZR 84 / 20

Im Einklang mit dem OLG Düsseldorf hat auch der BGH (in einem anderen Fall) in einer neueren Entscheidung bestätigt, dass für die Bejahung einer positiven Fortführungsprognose rechtsverbindliche Zusicherungen über notwendige Finanzierungsbeiträge Dritter nicht zwingend erforderlich sind (Rn. 78). Im konkreten Fall ging es um eine durch den Gesellschafter des Unternehmens erteilte interne "Patronatserklärung" (Comfort Letter). Dabei war nicht klar, ob die Patronatserklärung als "hart" oder "weich" zu verstehen war. Im erstgenannten Fall läge ein rechtsverbindlicher Anspruch auf Liquiditätsausstattung durch den Gesellschafter vor. Bei einer weichen Patronatserklärung hingegen wäre dies gerade nicht der Fall.

Der BGH stellte klar, dass bei einer "weichen" Patronatserklärung, bei der also kein klagbarer Rechtsanspruch auf die Unterstützungsleistung besteht, dem Beurteilungsspielraum der Geschäftsführung mit Blick auf das (Weiter-) Bestehen einer positiven Fortführungsprognose vor dem Hintergrund der Interessen der Gläubiger des Unternehmens allerdings enge Grenzen gesetzt sind (Rn. 80).

In diesem Zusammenhang führt der BGH aus, dass unverbindliche Finanzierungsversprechen (Dritter) nur in Ausnahmefällen in der Ertrags- und Finanzplanung des Unternehmens Berücksichtigung finden können (Rn. 81). Zeichnet sich ab, dass die Liquidität im relevanten Prognosezeitraum ohne Unterstützungsmaßnahmen Dritter nicht sichergestellt ist und z.B. ein Gesellschafter nicht mehr bereit ist, den erforderlichen Finanzbedarf unter Inkaufnahme eines (erheblichen) Verlustrisikos im Fall der Insolvenz zu decken, etwa indem er für zusätzliches Eigenkapital, nachrangiges Fremdkapital etc. sorgt, so kann ein ordentlicher Geschäftsleiter in aller Regel nicht davon ausgehen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt werden (Rn. 81, 82). Etwas anderes soll nur in absoluten Ausnahmefällen gelten, etwa wenn der Gesellschafter ohne Gewinnerzielungsabsicht oder z.B. im Bereich der Daseinsvorsorge tätig ist. Solche außergewöhnlichen Umstände sind jedoch vom Geschäftsleiter des Unternehmens substantiiert darzulegen und zu beweisen (Rn. 82). Dafür genügt der Hinweis darauf, dass der Dritte/Gesellschafter bereits in der Vergangenheit finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt hat, mögen diese auch erheblich gewesen sein, für sich genommen nicht (Rn. 83).

Damit nimmt der BGH eine deutlich restriktivere, wenn nicht gegenteilige Auffassung als das OLG Düsseldorf ein. Insbesondere macht der BGH an keiner Stelle seiner Entscheidung eine (Rück-) Ausnahme für Start-Ups.

6. Fazit / Handlungsempfehlung

Die meisten Start-Ups verfügen jedenfalls in der Anfangszeit über keine eigene Ertragskraft in dem Sinn, dass sie sich über ihre Umsätze selbst finanzieren können. Das stellt Start-Ups und deren Geschäftsleiter vor erhebliche rechtliche Herausforderungen, insbesondere, wenn notwendige Finanzierungsversprechen Dritter ausbleiben oder nicht mehr ohne Zögern zur Verfügung gestellt werden. In diesen Situationen haben die Geschäftsleiter des Start-Ups erhöhte Sorgfaltspflichten zu beachten um insolvenzbezogene Haftungsrisiken (wie z.B. Insolvenzverschleppungshaftung etc.) zu vermeiden.

Während eine Zahlungsunfähigkeit des Start-Ups auf Basis einer 13-wöchigen Liquiditätsplanung (d.h. unter Berücksichtigung der laut Buchhaltung geplanten Cash Ein- und Ausgänge) noch verhältnismäßig einfach überwacht werden kann, gestaltet sich dies beim Insolvenzgrund der Überschuldung bereits deutlich schwieriger. Hier ist regelmäßig zu ermitteln, ob das Start-Up mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (d.h. mindestens 50 % + 1) für die nächsten 12 Monate "durchfinanziert" ist (positive Fortführungsprognose). Unter welchen Umständen Finanzierungsbeiträge Dritter (z.B. Gesellschafter) im Rahmen der erforderlichen Ertragsplanung berücksichtigt werden dürfen, ist teilweise nicht einfach zu beantworten. Auch die Rechtsprechung ist hier - wie sich gezeigt hat - uneinheitlich, wobei der BGH eine

recht "konservative" Haltung einnimmt, insbesondere wenn es sich um (noch) unverbindliche Zusagen handelt. Nach Ansicht des BGH sind diese grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, auch wenn der Dritte/ Gesellschafter bereits in der Vergangenheit erhebliche, finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt hat. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz für Start-Ups besteht nicht. Angesichts der unklaren Rechtslage und der erheblichen, insolvenzbezogenen Haftungsrisiken ist den Geschäftsleitern von Start-Ups in der Krise daher dringend zu empfehlen, auf eine saubere (schriftliche) Dokumentation zu achten. Sämtliche Anhaltspunkte, die für eine zukünftige Zurverfügungstellung von notwendigen Finanzmitteln durch Dritte sprechen, sollten schriftlich festgehalten und in regelmäßigen Abständen neu bewertet werden; notfalls unter Hinzuziehung von erfahrenen Beratern.

Abschließend bleibt in diesem Zusammenhang auf § 1 StaRUG hinzuweisen. Die Vorschrift wurde mit dem am 1. Januar 2021 in Deutschland in Kraft getretenen StaRUG („Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen“) eingeführt. § 1 StaRUG sieht eine allgemeingültige und nicht an StaRUG-Konstellationen gebundene Pflicht von Geschäftsleitern zur Risikofrüherkennung und zum Krisenmanagement normiert. Diese gilt auch für Start-Ups.