

Sanierungs- und Restrukturierungs- beratung – Ihre Experten von BBR

Neue Perspektiven für Ihr Unternehmen



Inhaltsverzeichnis

VORWORT	S. 03
THEMEN DES MONATS	
Aktuelle Gesetzesänderungen im neuen Sanierungsrecht	S. 04
Die Kryptowährung Bitcoin – Eine insolvenzrechtliche Einordnung	S. 06
Start-ups in der Krise – Die positive Fortführungsprognose bei Fremdfinanzierung	S. 10
KONTAKT	S. 16

Haftungsausschluss

Der Newsletter wurde mit großer Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl wird keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernommen. Der Newsletter stellt keine abschließenden Informationen bereit und ersetzt nicht eine Beratung im Einzelfall. Hierfür steht Ihnen auf Wunsch die Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH gern zur Verfügung.



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht Dr. Jasper Stahlschmidt

Vorwort

Liebe Geschäftsfreunde,

in unserer aktuellen Ausgabe des BBR-Newsletters 09/2022 geht es um neue und relevante Themen.

Folgende Beiträge erwarten Sie:

- **Aktuelle Gesetzesänderungen im neuen Sanierungsrecht.** Nicht einmal zwei Jahre alt hat das neue Sanierungsrecht im Juli 2022 erste Änderungen erfahren, die auch bereits in Kraft getreten sind. Diese betreffen u. a. die Planversendung zum Abstimmungstermin oder auch die Erweiterung der Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten. Die wichtigsten Änderungen möchte ich Ihnen in meinem Artikel kurz vorstellen.
- **Die Kryptowährung Bitcoin – Eine insolvenzrechtliche Einordnung.** Transaktionen unter Verwendung der Blockchain-Technologie sowie der Handel mit Kryptowerten sind im deutschen Zivilrecht nicht ausdrücklich geregelt. Hier gibt es derzeit viele ungeklärte Rechtsfragen. Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht Philipp Wolters erläutert diesen Themenkreis und nimmt eine insolvenzrechtliche Einordnung vor.
- **Start-ups in der Krise – Die positive Fortführungsprognose bei Fremdfinanzierung.** Unternehmensneugründungen mit einer innovativen Geschäftsidee haben naturgemäß einen hohen Finanzierungsbedarf. Geschäftsführer müssen etwaige Insolvenzantragspflichten überwachen. Häufig kommt es entscheidend auf eine positive Fortführungsprognose an. Rechtsanwalt Daniel Eckart beleuchtet die Thematik und gibt wertvolle Hinweise.

Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Haben Sie Fragen oder Gesprächsbedarf? Wir sind gerne für Sie da!

Ihr Dr. Jasper Stahlschmidt
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht

Aktuelle Gesetzesänderungen im neuen Sanierungsrecht

Das neue Sanierungsrecht – StaRUG – ist nicht einmal zwei Jahre alt. Im Juli 2022 hat es die ersten **Änderungen** erfahren, die **bereits seit 27.07.2022 in Kraft getreten sind**, und zwar etwas versteckt im Rahmen des Artikels 12 des Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften. Die wichtigsten Änderungen sollen hier kurz vorgestellt werden.

1. Planversendung zum Abstimmungstermin: Beauftragung des Schuldners zur Zustellung möglich

Bisher sah der § 45 StaRUG vor, dass die Planbetroffenen zum Abstimmungstermin über den Restrukturierungsplan zu laden sind. Eine Versendung des Plans vor dem Termin an die Planbetroffenen war nicht zwingend geboten. Die jetzt geltende Änderung macht deutlich, dass **mit der Ladung auch der vollständige Restrukturierungsplan nebst Anlagen** beigefügt werden muss. Ein Verstoß dagegen gefährdet die Bestätigung des Plans nach § 63 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG.

Auch bei der Ladung zum Anhörungstermin nach § 48 StaRUG ist der **Plan nebst Anlagen beizufügen**, wobei es sich hier auch gegebenenfalls um einen **Planentwurf** handeln kann.

2. Übersendung des bestätigten Plans aber ausschließlich durch das Restrukturierungsgericht

Das Gebot der Zustellung des Plans vor dem Abstimmungstermin ist sicher richtig und dient dem Informationsbedürfnis der betroffenen Gläubiger. Das Gericht kann den Schuldner nach § 45 Abs. 3 S. 3 StaRUG mit der Zustellung der Ladung und des Plans zum Abstimmungstermin beauftragen.

Dies stellt sich nach Bestätigung des Plans anders dar. So ist nach § 65 Abs. 2 S. 2 StaRUG ein im Abstimmungstermin geänderter Plan nach Bestätigung zwingend auch vom Gericht an die Planbetroffenen zu versenden. Bei unverändertem Plan muss jedenfalls der Hinweis auf die Bestätigung an alle Planbetroffenen versendet werden.

Dies kann das Gericht bei einer Vielzahl von Gläubigern vor erhebliche logistische Probleme – schon bei der Anfertigung der Abschriften – stellen. In einem vom Verfasser betreuten Restrukturierungsverfahren beim Amtsgericht Köln waren mehr als 100 Planbetroffene



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht
Dr. Jasper Stahlschmidt

beteiligt, an die der bestätigte Plan durch das Gericht versendet werden musste. Es wäre sachdienlich gewesen, wenn der Gesetzgeber hier durch Änderungen des StaRUG eine Übertragung der Versendung an den Schuldner oder Restrukturierungsbeauftragten ermöglicht hätte.

3. Versagung der Bestätigung des Plans bei fehlerhafter Unternehmensbewertung im Rahmen des „nächstbesten Szenarios“ nur bei Antrag eines Gläubigers und vorherigem Widerspruch dieses Gläubigers im Abstimmungstermin

Eine wesentliche Änderung betrifft den § 63 StaRUG. Hier hat der Gesetzgeber einen neuen Absatz 2 eingefügt. Dieser besagt, dass im Falle einer gruppenübergreifenden Mehrheitsentscheidung die Bestätigung des Plans wegen fehlerhafter Bewertung des nächstbesten Alternativszenarios nur unter folgenden Voraussetzungen versagt werden kann: So muss ein hierdurch benachteiligter Planbetroffener dies im Wege der sofortigen Beschwerde beantragen. Ein solcher Antrag ist nur dann zulässig, wenn er im Abstimmungstermin ausdrücklich widersprochen hat. Damit wird für diese Fälle die gerichtliche Prüfungsbefugnis eingeschränkt.

Es zeigt sich, dass ein planbetroffener Gläubiger gut beraten ist, wenn er im Falle eines Restrukturierungsverfahrens einen Experten hinzuzieht. Hier gilt es, genau abzuwägen, welche Möglichkeiten sich dem Planbetroffenen bieten. Das bloße Nichterscheinen im Abstimmungstermin, das dann zwar wie eine Gegenstimme zum Plan wirkt, schränkt jedenfalls die rechtlichen Möglichkeiten gegen den Plan ganz erheblich ein.



4. Erweiterung der Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten

Daneben hat der Gesetzgeber nun den Aufgabenkreis des obligatorischen Restrukturierungsbeauftragten erweitert, indem er den § 76 StaRUG ergänzt hat.

Danach hat der **Restrukturierungsbeauftragte** nach dem neuen § 76 Abs. 2 Nr. 4 StaRUG nun auch die **Aufgabe**, den **Schuldner und die Gläubiger** bei der **Ausarbeitung und Aushandlung des Restrukturierungskonzepts** und des auf ihm basierenden Plans zu unterstützen.

Durch diese Änderung ist zu befürchten, dass die Kosten des Restrukturierungsbeauftragten jetzt höher ausfallen könnten. Damit entfernt sich der Gesetzgeber aber von der Idee, ein kostengünstiges Sanierungsverfahren zu schaffen.

Es stellt sich auch die Frage, inwieweit diese Änderung mit dem Unabhängigkeits- und Neutralitätsgebot des Restrukturierungsbeauftragten kollidiert. Von der bisherigen Rolle als **überwachender Mediator** aus soll der **Restrukturierungsbeauftragte** jetzt den Plan **mitausarbeiten und mitverhandeln**. Dies passt nicht zusammen.

Ob diese Änderung tatsächlich zur Umsetzung von Artikel 5 der EU-Restrukturierungsrichtlinie notwendig war, darf bezweifelt werden (siehe Frind, ZInsO 2022, 1540).

Interessant zu wissen:

Über die Internetseite www.restrukturierungs-bekanntmachung.de werden Veröffentlichungen in Restrukturierungsverfahren vorgenommen, wenn der Schuldner dies beantragt hat. Dies ist für Verfahren ab dem 17.07.2022 vorgesehen. Diese Veröffentlichungen sind für alle Interessierten einsehbar.

Damit hat der Gesetzgeber die Norm des seit 17.07.2022 geltenden § 84 StaRUG umgesetzt.

Die Kryptowährung Bitcoin – Eine insolvenzrechtliche Einordnung

Kryptowährungen erlebten in den letzten Jahren einen regelrechten Hype, der seinen vorläufigen Höhepunkt Ende 2021 erreichte. Die weltweit **bekannteste und größte Kryptowährung** Bitcoin hatte zu diesem Zeitpunkt einen Kurswert von knapp über 58.000 EUR erreicht.

Seitdem hat der Bitcoin jedoch über 40 Prozent an Wert verloren, primär getrieben von negativen Signalen der weltwirtschaftlichen Entwicklung. Weltweit mussten namhafte Kryptobörsen und -banken mittlerweile Insolvenz anmelden. Am 09. August 2022 traf dies auch die Berliner **Krypto-Bank Nuri**.

Im Falle einer **Insolvenz** stellt sich regelmäßig die Frage, welche Vermögenswerte in die Insolvenzmasse fallen und welche Konsequenzen sich für die Gläubiger des Schuldners daraus ergeben.

Aufgrund der noch neuen Technologie gibt es derzeit viele ungeklärte Rechtsfragen. Der folgende Beitrag nimmt eine **insolvenzrechtliche Einordnung** konkret in Bezug auf die Insolvenz der Krypto-Bank Nuri sowie die darüber handelbare Kryptowährung Bitcoin vor.

Das Wesentliche in Kürze

- Bitcoin und Euro-Einlagen der Kunden von Nuri sind **nicht** von der Insolvenz des FinTech betroffen
- Nicht der Bitcoin wird von der Krypto-Bank oder einem Dritten verwahrt, denn er ist Teil der Blockchain, sondern nur der **Private-Key**
- Inhaber von Bitcoin haben **kein Absonderungsrecht** gegenüber dem insolventen Verwahrer, unter Umständen aber ein Aussonderungsrecht

1. Blockchain, Private-Key, Wallet – einfach erklärt

Bei Kryptowährungen handelt es sich um rein digitale Zahlungsmittel, die unabhängig von Staaten oder Banken funktionieren. Im Ergebnis handelt es sich dabei nur um elektronische Datensätze, die im Gegensatz z. B. zu Aktien **keinen systemeigenen Sachwert** haben. Der Wert bestimmt sich ausschließlich durch die Nachfrage und den Glauben an dieses Finanzprodukt.



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht
Philipp Wolters LL.M. (UK)

Blockchain

Eine Besonderheit bei Kryptowährungen ist, dass Informationen zu Eigentümern sowie Transaktionen in einer **Kette von digitalen Datenblöcken** auf einer Vielzahl von dezentralen, aber vernetzten Rechnern mit denselben Inhalten gleichzeitig gespeichert werden. Wird eine Datenkette auf einem Rechner im Nachgang beeinflusst, wird sie aussortiert. Diese Technologie nennt sich Blockchain. Das System gilt als hochgradig transparent und sicher. Fälschungen einer Transaktion sind praktisch unmöglich.

Private-Key

Erwirbt man eine Kryptowährung wie den Bitcoin, erhält man zwei Schlüssel: einen Public- und einen Private-Key. Der Private-Key ist dabei vergleichbar mit einem Passwort, er ermöglicht den Zugang zu dem vorhandenen Kryptovermögen. Möchte man Bitcoin versenden, empfangen oder ausgeben, benötigt man diesen Private-Key. Nur er allein ermöglicht den Zugriff auf die Kryptowährung. Ohne den Private-Key ist eine Transaktion **unmöglich** und die jeweilige Kryptowährung für den Inhaber verloren.

Wallet

Der Private-Key kann z. B. auch einfach handschriftlich notiert werden, allerdings ist die Verlustgefahr dabei sehr hoch. Ein mit der Blockchain interagierendes **virtuelles Wallet** eines seriösen Anbieters bietet hingegen die Möglichkeit, diesen Private-Key sicher aufzubewahren und gleichzeitig jederzeit für eine Transaktion verfügbar zu haben.



Ein weiterer Vorteil ist, dass Kryptowerte wie Bitcoin über die Wallet (ähnlich einem Depot) versendet und empfangen sowie ausgegeben werden können. Sie bietet dem Kunden des Kryptoverwahrers eine **hohe Benutzerfreundlichkeit**. Die Bitcoins selbst sind dabei nicht technisch in der Wallet enthalten, diese stecken in der Blockchain.

Small Talk für den nächsten Netzwerktabend

Aktuell gibt es über **3.000 Kryptowährungen**, die erste und weltweit bekannteste Kryptowährung heißt Bitcoin.

Die **kleinste Einheit** an einem Bitcoin heißt Satoshi, benannt nach dem Pseudonym des Erfinders der Kryptowährung Satoshi Nakamoto.

Das mittelamerikanische Land **El Salvador** hat als erstes Land der Welt im Jahr 2021 den Bitcoin als weitere offizielle Landeswährung neben dem US-Dollar eingeführt.

Die Anzahl der Bitcoins ist auf **21 Millionen** begrenzt.

2. Insolvenz des Kryptoverwahrers

Krypto-Banken wie Nuri sind **vergleichbar mit einer Depotbank**, wobei die Funktion des Depots hier vom sog. Wallet übernommen wird. Doch welche Konsequenzen drohen den Inhabern von Bitcoin, wenn der Kryptoverwahrer in eine Insolvenz gerät?

Beispiel Nuri GmbH

Über eine bei Nuri eingerichtete Wallet konnten die Kunden unkompliziert Bitcoin kaufen, verkaufen und verwalten. Daneben können die Kunden auch ein klassisches Konto mit Bankkarte nutzen. Das FinTech verwaltete zuletzt laut eigenen Angaben ein Vermögen in Höhe von rund **325 Millionen Euro**.

Für die Kunden des insolventen FinTechs ist von Vorteil, dass Nuri **keine eigene Banklizenz** besitzt. Die klassischen Bankgeschäfte werden vielmehr durch den

Partner Solarisbank AG abgewickelt, sodass die Euro-Einlagen der Kunden dem Einlagensicherungsfonds unterfallen.

Das Krypto-Vermögen der Kunden wird wiederum durch die Solaris Digital Assets GmbH verwaltet. Diese Gesellschaft befindet sich jedoch nicht in einem Insolvenzverfahren, sodass das Krypto-Vermögen der Kunden damit ebenfalls **nicht der Insolvenzmasse** der Nuri unterfällt.

Banking-as-a-Service

Die Einschaltung eines Bankdienstleisters ist bei **Start-ups**, die Finanzprodukte anbieten, ein übliches Vorgehen. Denn der Aufbau von Bank-Dienstleistungen ist mit Blick auf die zu beachtenden umfangreichen Regularien sowie den technischen Aufwand mit hohem zeitlichem und monetärem Aufwand verbunden.

Kryptowährung Bitcoin als Teil der Insolvenzmasse

Wie aber ist die insolvenzrechtliche Lage, wenn über das Vermögen des eigentlichen Kryptoverwahrers ein Insolvenzverfahren beantragt wird? In dem Fall der Nuri-Insolvenz also über das Vermögen der Solaris Digital Assets GmbH? Ein Insolvenzverfahren erfasst gem. § 35 InsO das **gesamte Vermögen**, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt.

Problematisch ist die Situation bei der Kryptowährung Bitcoin insofern, als dass es sich bei ihr nicht um eine Sache handelt. Die Kryptowährung ist vielmehr eine **Sammlung elektronischer Datensätze** und damit nicht im zivilrechtlichen Sinne eigentumsfähig. Der Bitcoin ist auch nicht unbeweglichem Vermögen zuzurechnen und stellt keine Forderung dar.

Hintergrund

Ist ein **Wertpapier** urkundlich verbrieft, gilt es als Sache im Sinne von § 90 BGB und unterliegt als solche den zivilrechtlichen Eigentumsvorschriften. Der Kunde besitzt als Eigentümer im Falle einer Insolvenz der Depotbank ein Aussonderungsrecht.

Das Krypto-Äquivalent zu den klassischen Wertpapieren wie Anleihen oder Aktien sind sog. **Security-Token**. Sie vermitteln z. B. Gesellschaftsrechte oder ähnliche Rechte an der ausgebenden Gesellschaft.

Der Kryptoverwahrer verwahrt zudem nicht den Bitcoin selbst, denn er ist Teil der Blockchain. Er verwahrt vielmehr nur den **Private-Key**, der einzig den tatsächlichen Zugriff auf Bitcoin ermöglicht.

Mögliche Sicherungsrechte des Kunden eines Kryptoverwahrers

Kunden eines insolventen Kryptoverwahrers haben **kein Aussonderungsrecht** an ihren Bitcoin. Dies hängt damit zusammen, dass ein Bitcoin keine Sache, Recht oder Forderung im zivilrechtlichen Sinn darstellt. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um elektronische Datensammlungen, an denen im zivilrechtlichen Sinne schon kein Eigentum begründet werden kann.

Als Alternative käme ein **Aussonderungsrecht** in Betracht, wenn man auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört. Allerdings lässt sich die Frage der Massezugehörigkeit aktuell nicht pauschal beantworten, da eine abschließende Klärung hinsichtlich eines Aussonderungsrechts an Daten nicht vorliegt.

Es besteht insoweit zumindest in der Literatur weitgehende Einigkeit, dass auch digitale Daten grundsätzlich aussonderungsfähig sind, da sie Gegenstand besonderer Rechte sein können. Entscheidend ist, dass sie bestimmt oder bestimmbar sind. Dies wäre mit Blick auf den Private-Key, der in der Wallet beim insolventen Kryptoverwahrer in Form einer Datei (bzw. eines – in der Regel – 2048-Bit-Schlüssels) gespeichert ist, unproblematisch. Auf den Bitcoin trifft dies ebenfalls zu.

Lösungsansatz

Für die Argumentation gegenüber dem Insolvenzverwalter sollte man sich in diesem Fall die **Besonderheit der Blockchain-Technologie**, die Einmaligkeit und die daraus folgende Unterscheidbarkeit eines jeden Datensatzes, zunutze machen. Zusätzlich wird es zwingend erforderlich sein, dass man die Berechtigung mittels Private-Key nachweisen kann.

Ein besonderes Augenmerk ist insoweit insbesondere auf die **Sicherung der Daten** und eine entsprechende Vereinbarung mit dem Kryptoverwahrer zu legen.

3. Insolvenz des Inhabers von Bitcoin

Wird über das Vermögen des Inhabers von Bitcoin ein Insolvenzantrag gestellt, fällt dieser Vermögenswert bei entsprechendem Berechtigungsnachweis in die **Insolvenzmasse** und nicht an den oder die Hersteller.

Dass Kryptowährungen wie der Bitcoin weder Sachen, Forderungen noch Rechte darstellen ist insoweit problematisch, als dass der Insolvenzmasse grundsätzlich nur pfändbares Vermögen eines Schuldners unterliegt. Dennoch ist nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur eine **Zwangsvollstreckung auch in Bitcoin möglich**, sodass sie im Ergebnis in die Insolvenzmasse des Schuldners fallen.

Zuletzt hat u. a. das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 19.01.2021, 7 W 44/20) entschieden, dass die Übertragung von Bitcoin eine **vertretbare Handlung** darstellen kann, die nach § 887 ZPO vollstreckbar ist.

Der Insolvenzverwalter hat gegen den Insolvenzschuldner als Inhaber von Bitcoin einen **Auskunftsanspruch** und kann hierüber die Herausgabe des für die Verwertung z. B. über eine Krypto-Börse erforderlichen Private-Key erreichen. Dies setzt allerdings Kenntnis vom Bitcoin-Vermögen voraus.

Identifizierung von Bitcoin-Vermögen

Unter Umständen kann sich die Identifizierung von Bitcoin-Vermögen jedoch als recht **kompliziert** erweisen, da für die Teilnahme am Bitcoin-Netzwerk grundsätzlich keine Identifizierung erforderlich ist.

Viele Krypto-Börsen setzen für einen Kauf von Bitcoin jedoch eine **Verifizierung** voraus und verknüpfen die Daten mit dem Wallet. Es sollte daher zumindest eine Ansprache der wichtigsten Krypto-Börsen erfolgen, da hier mitunter beachtliche Vermögensbestandteile geparkt sein können.

4. Insolvenz des Emittenten

So kompliziert technische und rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Bitcoin teilweise erscheinen mögen, so einfach ist die Beurteilung in diesem Fall. Eine Insolvenz des Emittenten kommt schon deshalb nicht in Betracht, da im Falle des Bitcoins **kein Emittent** existiert, der die Währung als Geldmittel unter Begründung einer Forderung gegen sich ausgibt.

5. Fazit

Transaktionen unter Verwendung der Blockchain-Technologie sowie der Handel mit Kryptowerten sind im deutschen Zivilrecht **nicht ausdrücklich geregelt**. Dies hat auch Auswirkungen auf die insolvenzrechtliche Beurteilung.

Wurde die Kryptowährung Bitcoin über eine Krypto-Bank erworben, wird diese nicht direkt im Wallet gehalten. Sie ist **Teil der Blockchain**. Im Wallet befindet sich der Zugangsschlüssel zum Bitcoin.

Der Kunde eines insolventen Kryptoverwahrers hat **kein Absonderungsrecht** an der Insolvenzmasse, unter Umständen aber ein Aussonderungsrecht.

Start-ups in der Krise – Die positive Fortführungsprognose bei Fremdfinanzierung

Unter einem Start-up werden Unternehmensneugründungen mit einer innovativen Geschäftsidee verstanden, die in jungen oder auch bereits existierenden Märkten ein neues Geschäftsmodell etablieren müssen. Naturgemäß ist der Finanzierungsbedarf von Start-ups bis zur Marktreife des neuen Geschäftsmodells hoch. In der Entwicklungsphase verzeichnen Start-ups ausschließlich Verluste. In dieser Situation müssen Geschäftsführer in besonderem Maße etwaige Insolvenzantragspflichten überwachen. Da die Verbindlichkeiten die Vermögenswerte meist übersteigen, kommt es entscheidend auf eine positive Fortführungsprognose an, um eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne ausschließen zu können.

Insolvenzantragspflichten

Auch für Start-ups gelten die gesetzlichen Insolvenzantragspflichten, sofern das Start-up als Kapitalgesellschaft betrieben wird. Das Vertretungsorgan der Gesellschaft hat damit spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob beispielsweise eine Überschuldung auch festgestellt worden ist. Entscheidend ist der Eintritt der Überschuldung. Eine Verletzung der Insolvenzantragspflichten begründet eine persönliche Haftung der Geschäftsführung sowie den strafrechtlichen Vorwurf der Insolvenzverschleppung.

Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit liegt grundsätzlich vor, wenn ein Schuldner mindestens zehn Prozent seiner fälligen Verbindlichkeiten über einen Zeitraum von mindestens drei Wochen nicht bedienen kann. Um eine Zahlungsunfähigkeit und damit eine Insolvenzantragspflicht frühzeitig erkennen zu können, haben Geschäftsführer eine fortlaufende Liquiditätsplanung zu führen und zu überwachen. Wird eine Zahlungsunfähigkeit nach der Liquiditätsplanung absehbar, besteht noch keine Insolvenzantragspflicht. Tritt die Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich binnen der kommenden zwei Jahre ein, liegt eine drohende Zahlungsunfähigkeit vor, die keine Insolvenzantragspflicht auslöst, der Gesellschaft aber ein Recht zur Insolvenzantragstellung einräumt.

Insolvenzrechtliche Überschuldung

Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unterneh-



Rechtsanwalt Daniel Eckart

mens ist in den nächsten zwölf Monaten überwiegend wahrscheinlich (positive Fortführungsprognose). Besteht eine positive Fortführungsprognose scheidet eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne und damit eine Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung aus.

Positive Fortführungsprognose

Was unter einer positiven Fortführungsprognose zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht eindeutig geregelt. Bei einer positiven Fortführungsprognose handelt es sich grundsätzlich um eine Zahlungsfähigkeitsprognose für den Zeitraum der nächsten zwölf Monate. Für eine positive Fortführungsprognose muss es überwiegend wahrscheinlich sein, dass die Gesellschaft in diesem Zeitraum zahlungsfähig bleibt. Grundlage ist eine Liquiditätsplanung, die auf schlüssigen und realistischen Annahmen beruht und dokumentiert ist. Ob die Gesellschaft auch ertragsfähig sein muss, ist bislang ungeklärt. Ebenso ungeklärt ist, welche Anforderungen an Finanzierungszusagen zu stellen sind, damit Zahlungseingänge in der Liquiditätsplanung berechtigterweise angesetzt werden können.

Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat sich mit dieser Frage in seiner Entscheidung vom 20.07.2021 (I-12 W 7/21) befasst und dabei auch die weiteren Anforderungen an eine positive Fortführungsprognose konkretisiert.

Im vorliegenden Fall hatte ein Gesellschafter das Start-up bereits in der Vergangenheit mit erheblichen Beträgen finanziell unterstützt. Außerdem hatte der Gesellschafter die weitere Finanzierung zugesagt, wenn eine nachvollziehbare Planung vorliege. Der Gesellschafter hatte schließlich die Finanzierung des Start-ups eingestellt, was zur Insolvenz der Gesellschaft führte. Der

Insolvenzverwalter nahm daraufhin die Geschäftsführer auf Rückerstattung von Zahlungen der Gesellschaft in Anspruch. Er argumentierte, die Insolvenzreife der Gesellschaft habe bereits vor der Einstellung der Finanzierung durch den Gesellschafter bestanden. Denn der Gesellschafter habe selbst entscheiden können, ob er dem Start-up Darlehensmittel zur Deckung fälliger Verbindlichkeiten zur Verfügung stellen wolle. Auf der rechtlich unverbindlichen Hoffnung, der Gesellschafter werde die Finanzierung fortsetzen, habe keine Liquiditätsplanung aufgestellt werden können, weshalb von keiner positiven Fortführungsprognose ausgegangen werden durfte.

Das OLG Düsseldorf hat in einer Entscheidung klargestellt, dass die Grundsätze des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 23.01.2018 (II ZR 246/15) nicht uneingeschränkt anwendbar seien. In dieser Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof vor dem Hintergrund des früheren Eigenkapitalersatzrechts entschieden, dass Kreditwürdigkeit einer Gesellschaft vorliege, wenn die Gesellschaft sich die vom Gesellschafter gestellte Finanzierung nicht aus eigener Kraft hätte beschaffen können.

Dieser Gedanke lasse sich nach dem OLG Düsseldorf nicht auf die Prüfung einer positiven Fortführungsprognose übertragen. Für die Annahme einer positiven Fortführungsprognose komme es auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit an, fällige Verbindlichkeiten im Prognosezeitraum ausgleichen zu können, wobei die hierfür erforderlichen Mittel auch von Dritten (Fremdkapitalgeber oder Eigentümer) zur Verfügung gestellt werden könnten. Der Geschäftsführer dürfe von einer positiven Fortführungsprognose ausgehen, solange ein nachvollziehbares Konzept vorliege, das irgendwann eine Ertragsfähigkeit des Start-ups erwarten lasse. Das gelte zumindest so lange nicht konkret wahrscheinlich sei, dass der Finanzierer die Finanzierung des Start-ups einstellen könne. In diesem Fall sei ein rechtlich gesicherter und damit einklagbarer Anspruch auf die Finanzierungsbeiträge für eine positive Fortführungsprognose nicht erforderlich.

Das OLG Düsseldorf zeigt sich gegenüber Start-ups großzügig, was die Anforderungen an eine Liquiditätsplanung zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose anbelangt. Der Ausnahmecharakter der Entscheidung sollte aber nicht zur Nachlässigkeit verleiten. Zum einen steht die Entscheidung unter zahlreichen Bedingungen und betrifft einen individuellen Einzelfall. Zum anderen kann diese Rechtsfrage in anderen

OLG-Bezirken auch strenger beurteilt werden. Daher sind möglichst belastbare Finanzierungszusagen ratsam und Bedingungen sollten nur dann akzeptiert werden, wenn diese eindeutig bestimmbar sind. Im Ergebnis sollte die Finanzierungszusage auch weiterhin verbindlich sein und so formuliert werden, dass der Anspruch auf Finanzierung notfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Videos

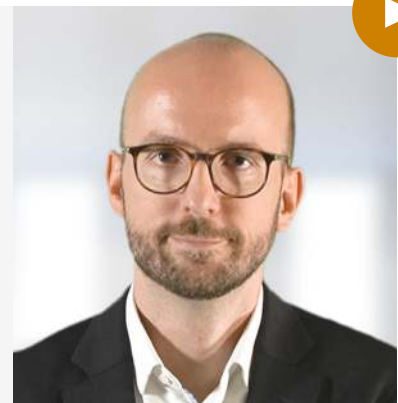
In unseren Videos beantworten wir Fragestellungen zu aktuellen Rechtsthemen. In wenigen Minuten informieren unsere Anwältinnen und Anwälte zu interessanten und wissenswerten Punkten. Schauen Sie einfach mal rein! Oder besuchen und abonnieren Sie unseren [BBR YouTube-Channel](#).

Insolvenzantrag: Voraussetzungen und Pflichten

Philipp Wolters LL.M. (UK) Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht

Was muss man beachten, wenn ein Unternehmen in eine wirtschaftliche Krise geraten ist und die Situation bedrohlich wird? Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Philipp Wolters beantwortet drei wichtige Fragen zum Thema Insolvenzantrag.

Jetzt anschauen





Jetzt mehr über unsere Leistungen erfahren!

Laden Sie kostenlos unseren Unternehmensflyer herunter.

www.buchalik-broemmekamp.de/ueber-uns/

Aktuelle Veröffentlichungen

Wir veröffentlichen regelmäßig Publikationen zu relevanten Fach- und Branchenthemen. Profitieren Sie von unserer Expertise und der hohen Praxisrelevanz unserer Printmedien, die wir Ihnen ggf. auch als PDF bereitstellen. Senden Sie uns gerne eine E-Mail an Frau Stefanie Rippin unter: rippin@bbr-law.de



The new restructuring law from an investors point of view

The restructuring options of self-administration in insolvency (ESUG procedure) are now being used by many companies that are in crisis.

1. Auflage 2022

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Jasper Stahlschmidt
E-Book



Kündigungsschutz | Ihre Rechte einfach erklärt

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht Philipp Wolters LL.M. beantwortet in seinem E-Book die häufigsten Fragen rund um den Kündigungsschutz.

2. Auflage 2022

Autor: Philipp Wolters LL. M.
E-Book



Privatinsolvenz | So gelingt der wirtschaftliche Neuanfang

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht Dr. Olaf Hiebert gibt Antworten auf wichtige Fragen rund um die Privatinsolvenz.

3. Auflage 2022

Autor: Dr. Olaf Hiebert
ISBN 978-3-406-77418-8



Das Restrukturierungsgericht im StaRUG

Das aufgrund der EU-Richtlinie 2019/1023 am 01.01.2021 in Kraft getretene StaRUG stellt an alle Verfahrensbeteiligten neue Herausforderungen – ein Überblick.

1. Auflage 2021

Herausgeber: Dr. Utz Brömmekamp
ISBN 978-3-947456-12-3



Das neue Sanierungsrecht aus Investorensicht

Die Sanierungsmöglichkeiten der Eigenverwaltung in der Insolvenz (ESUG-Verfahren) werden zwischenzeitlich von vielen Unternehmen, die sich in der Krise befinden, genutzt.

1. Auflage 2021

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Jasper Stahlschmidt
ISBN 978-3-947456-11-6



Sanieren unter Insolvenzschutz statt Liquidieren durch Insolvenz

Immer mehr Unternehmen entscheiden sich in der Krise für die Insolvenz in Eigenverwaltung und nutzen so die erleichterten Möglichkeiten der Sanierung.

4. Auflage 2021

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Jasper Stahlschmidt
ISBN 978-3-947456-09-3



Insolvenzanfechtung – Risiken vermeiden, Ansprüche abwehren

Das E-Book vermittelt einen Überblick zum Rechtsgebiet der Insolvenzanfechtung und gibt grundlegende Hinweise für Betroffene sowie Nicht-Betroffene.

2. Auflage 2019

Herausgeber: Robert Buchalik und Dr. Olaf Hiebert
E-Book



Aufrechnung in der Insolvenz – leicht gemacht

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht Dr. Olaf Hiebert liefert kompakt und verständlich die wichtigsten Informationen zum Thema Aufrechnung in der Insolvenz.

1. Auflage 2019

Autor: Dr. Olaf Hiebert
E-Book

Zur Übersicht



Kommende Veranstaltungen

Mit Präsenz-, Online- und Hybrid-Seminaren halten Sie sich auf dem Laufenden! Wir unterstützen unsere Mandantschaft, unsere Netzwerkpartner:innen sowie Kammern und Verbände kontinuierlich dabei, die Rechtslage im Überblick zu behalten. Profitieren Sie sowohl fachlich als auch praktisch von unserem hochqualifizierten Vortragsangebot. Unsere Referentinnen und Referenten verfügen ausnahmslos über langjährige Erfahrung und hohe Expertise.

Online-Kurzvortrag: Bauunternehmen von Insolvenzen bedroht

Die Bauindustrie boomt, die Auftragsbücher sind übervoll und trotzdem sind Bauunternehmen von massiven Verlusten oder sogar Insolvenzen bedroht. Was ist zu tun? Im Rahmen des 60-minütigen kostenlosen Online-Kurzvortrags zeigen Rechtsanwalt Robert Buchalik und Dipl. Ing. Andreas Schmiege Wege aus der schwierigen Ausgangslage auf und beantworten zentrale Fragen.

18.10 / 09.11.2022

Mehr erfahren



Insolvenzrecht für Kommunen – Update 2022

Das Insolvenzrecht wurde in den letzten Jahren erheblich verändert. Das Restrukturierungsverfahren und die Sanierungsmoderation kommen auch auf die Kommunen zu. Rechtsanwalt Dr. Olaf Hiebert, Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht, referiert und beantwortet in der Präsenzveranstaltung relevante Fragen aus der Praxis.

26.10.2022

Mehr erfahren



4. ZInsO-Praktikertagung 2022

Der Finanzmarkt in turbulenten Zeiten: Die 4. ZInsO-Praktikertagung am 24. und 25. November 2022 ist Treffpunkt für Produktgeber, Vertriebe, Investoren, Sanierer und Medien. Im Fokus: Kapitalmarktrecht und Sanierung sowie Podiumsdiskussion zu Transformation, Insolvenz und Restrukturierung von Fußball-Clubs. Rechtsanwalt Sascha Borowski zählt zu den Referenten.

24.11. / 25.11.2022

Mehr erfahren



Wir sind deutschlandweit für Sie erreichbar.



Düsseldorf

Prinzenallee 15
40549 Düsseldorf
T 0211 828977200



Berlin

Lietzenburger Straße 75
10719 Berlin
T 030 814521960



Frankfurt

Westendstraße 16-22
60325 Frankfurt am Main
T 069 24752150

Mit drei Standorten in Düsseldorf, Berlin und Frankfurt am Main sind wir für unsere Mandanten national sehr gut erreichbar. Wir betreuen Sanierungsprojekte, Insolvenzverfahren oder wirtschaftsrechtliche Themen direkt, kompetent, verlässlich und engagiert – auch bei Ihnen vor Ort. Rufen Sie uns an!



Ihre Ansprechpartner

Sie haben Fragen und suchen einen kompetenten Ansprechpartner?
Sie möchten einen Erstberatungstermin vereinbaren? Wir sind gerne
für Sie da.



Robert Buchalik

Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt

T +49 211 828 977-140

E buchalik@bbr-law.de



Dr. Utz Brömmekamp

Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt

T +49 211 828 977-200

E broemmekamp@bbr-law.de



Dr. Jasper Stahlschmidt

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht**

T +49 211 828 977-200

E stahlschmidt@bbr-law.de



Jochen Rechtmann

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht**

T +49 69 247 5215-20

E rechtmann@bbr-law.de

**Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**

Prinzenallee 15
40549 Düsseldorf

T +49 211 828977200

E rechtsanwaelte@bbr-law.de