

Haushaltsbegleitgesetz 2011 vom 9. Dezember 2010 *Accompanying Budget Law (Haushaltsbegleitgesetz) 2011 of December 9, 2010*

Durch den am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Artikel 3 des Haushaltbegleitgesetzes sind § 14 und § 55 der Insolvenzordnung geändert worden. Diese Änderungen finden gem. § 103e EGInsO n.F. auf Insolvenzverfahren Anwendung, die am oder ab dem 1. Januar 2011 beantragt worden sind.

Änderung von § 14 InsO gem. Artikel 3 Nr. 1 a) und Nr. 1 b) Haushaltsbegleitgesetz

Durch die Änderungen im § 14 InsO wird es dem Schuldner erschwert, im Falle eines Insolvenzantrags eines Gläubigers ein Insolvenzeröffnungsverfahren abzuwenden.

In § 14 InsO wurden dem Abs. 1 folgende Sätze 2 und 3 angefügt:

„War in einem Zeitraum von zwei Jahren vor der Antragstellung bereits ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners gestellt worden, so wird der Antrag nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird. In diesem Fall hat der Gläubiger auch die vorherige Antragstellung glaubhaft zu machen.“

Durch diese Änderung wird erreicht, dass ein Gläubiger seinen Insolvenzantrag auch dann aufrechterhalten kann, wenn seine zugrundeliegende Forderung erfüllt wird. Dadurch wird dem Schuldner die Möglichkeit genommen, ein gerichtliches Insolvenzeröffnungsverfahren, in dem das Vorliegen von Insolvenzgründen von Amts wegen untersucht wird, durch Befriedigung des beantragenden Gläubigers abzuwenden. Allerdings soll dies erst ab dem zweiten Insolvenzantrag innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren gelten. Der Gesetzgeber wollte mit der letztgenannten Einschränkung vor allem Unternehmen

Sections 14 and 55 of the German Insolvency Code (Insolvenzordnung – hereinafter “InsO”) have been amended by Article 3 of the Accompanying Budget Law as of January 1, 2011. Pursuant to Sec. 103e EGInsO (Introductory Act to the German Insolvency Code), these amendments are applicable to all insolvency proceedings which have been filed for on or after January 1, 2011.

Amendments to Sec. 14 InsO Pursuant to Article 3 no. 1 lit. a) and no. 1 lit. b) of the Accompanying Budget Law

The amendments to Sec. 14 InsO make it more difficult for a debtor to avoid the institution of preliminary insolvency proceedings in the case of a filing for the opening of insolvency proceedings submitted by a creditor.

To Sec. 14 para. 1 InsO, the following sentences 2 and 3 have been added:

“If in a timeframe of two years before the filing of an application to open an insolvency proceeding over the assets of the debtor such an application had already been filed, the request does not automatically become inadmissible upon fulfillment of the claim. In this event, the creditor must show credibly that the former application was filed.”

As a consequence of this amendment, a creditor who has filed for insolvency of his non-performing debtor can uphold his application to open insolvency proceedings even if his underlying claim is subsequently fulfilled. The debtor can no longer avoid preliminary insolvency proceedings, in which the existence of reasons for insolvency would be examined ex officio by the court, by paying off the creditor.

mit einer nur temporären Liquiditätslücke entgegenkommen. Die geforderte Glaubhaftmachung der vorherigen Antragsstellung kann sich für den Gläubiger als schwierig erweisen, wenn er seinerzeit nicht selbst Antragsteller war.

Diese Änderung wird durch den neuen Absatz 3 des § 14 InsO ergänzt:

„(3) Wird die Forderung des Gläubigers nach Antragstellung erfüllt, so hat der Schuldner die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn der Antrag als unbegründet abgewiesen wird.“

Für den ersten Insolvenzantrag in einem Zwei-Jahres-Zeitraum bleibt es beim Kostenrisiko des antragstellenden Gläubigers im Falle der Erfüllung seiner Forderung. Anders ist dies nun für einen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO privilegierten Insolvenzantrag: Die Kostentragungspflicht wird auch bei nachträglicher Erfüllung der Forderung auf den Schuldner verlagert. Dies gilt dann, wenn sich der Antrag aufgrund der Neuregelung zwar als zulässig, aber mangels Insolvenzeröffnungsgrund letztlich als unbegründet erweist. Diese Regelung zielt darauf ab, eine frühzeitige Insolvenzantragstellung zu fördern, ohne gleichzeitig das Kostenrisiko der antragstellenden Gläubiger zu erhöhen. Obwohl die Neuregelung allen Gläubigern zugutekommt, hatte der Gesetzgeber insbesondere die Sozialversicherungsträger und den Fiskus im Blick.

Neuer § 55 Abs. 4 InsO gem. Artikel 3 Nr. 2 Haushaltsbegleitgesetz

In § 55 InsO wurde ein neuer Absatz 4 angefügt:

„(4) Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, gelten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit.“

Diese Gesetzesänderung bewirkt eine Privilegierung des Fiskus im Insolvenzverfahren, indem bestimmte Verbindlichkeiten aus dem Insolvenzeröffnungsverfahren, die bislang als Insolvenzforderungen lediglich mit der Insolvenzquote bedacht werden mussten, als Masseverbindlichkeiten nun vorrangig zu befriedigen sind.

However, this only applies to the second insolvency application or further applications which are filed within a two-year timeframe of a previous application. With the aforementioned restriction, the legislator intended to make concessions to companies which suffer only of a temporary liquidity gap. The requirement to show credibly that a previous filing of an application has been made can be difficult for a creditor unless he has filed such application himself.

This amendment is complemented by the new paragraph 3 which has been added to Sec. 14 InsO.

“(3) If the claim of the creditor is fulfilled after an application has been filed, the debtor has to bear the costs of the proceedings if the application is rejected on the grounds that it is unfounded.”

Regarding the first application to open insolvency proceedings in a two-year timeframe, the cost risk remains with the applying creditor in the event that his claim is subsequently fulfilled. The legal reform has shifted this risk for applications privileged pursuant to the new Sec. 14 para. 1 sentence 2 InsO by laying the obligation to bear the costs on the debtor even if the claim is subsequently fulfilled and the application is unfounded due to the non-existence of reasons for the opening of insolvency proceedings. Due to the legal reform, the request remains admissible in spite of fulfillment of the claim (which used to render the request automatically inadmissible). The reform is aimed at encouraging the early filing of applications for the opening of insolvency proceedings by diminishing the cost risk for the applying creditor. Although these amendments benefit all creditors, the legislator particularly had the social insurance carriers and the tax authorities in mind.

Insertion of Sec. 55 para. 4 InsO Pursuant to Article 3 no. 2 of the Accompanying Budget Law

A new paragraph 4 has been inserted into to Sec. 55 InsO

“(4) After the opening of insolvency proceedings, liabilities of the insolvency debtor arising from tax obligations which have been established by a preliminary insolvency administrator or by the debtor with the consent of the preliminary insolvency administrator are deemed to be further debts incumbent on the estate.”

Infolge dieser Gesetzesänderung gelten Steuerforderungen gegen den Insolvenzschuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit, wenn sie durch einen vorläufigen Verwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind.

Aus dem Wortlaut der Regelung ergibt sich nicht eindeutig, auf welche Steuerarten die Regelung Anwendung finden soll. Erste Stimmen in der Fachliteratur legen die Vorschrift unter Bezug auf die Gesetzesbegründung eng aus und bejahen eine Anwendbarkeit vor allem für Umsatzsteuerforderungen. Die Regelung soll jedoch nach dem Wortlaut der Gesetzesbegründung auch die Gewerbesteuer, Lohnsteuer, Körperschaftsteuer und den Solidaritätszuschlag umfassen. Hinsichtlich weiterer Steuerarten wie z. B. der Einkommensteuer gibt es noch keine Klarheit, ob diese von § 55 Abs. 4 InsO erfasst werden.

Vereinfachtes Beispiel für die Rechtslage für Insolvenzverfahren, die vor dem 1. Januar 2011 beantragt worden sind:

Die Gesellschaft X ist insolvent. Das zur Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Vermögen beträgt nach der Verwertung aller Vermögenswerte und Befriedigung aller Masseverbindlichkeiten 500.000 Euro. Die Gesellschaft hat außer dem Fiskus noch neun Insolvenzgläubiger, die jeweils Ansprüche in Höhe von 1.000.000 Euro haben. Im Insolvenzeröffnungsverfahren hat der Schuldner mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters Geschäfte abgeschlossen, auf deren Grundlage der Schuldner umsatzsteuerpflichtige Lieferungen und Leistungen erbracht hat. Die entstandene Umsatzsteuer wurde im Insolvenzeröffnungsverfahren vollständig an die Gesellschaft X bezahlt, von dieser aber nicht an das Finanzamt abgeführt. Vorsteuer wurde im selben Zeitraum nicht bezahlt. Die entsprechenden Umsatzsteuerforderungen des Fiskus (einzige Forderungen des Fiskus) in Höhe von 100.000 Euro wurden nicht Bestandteil der Masseverbindlichkeiten, sondern sind einfache Insolvenzforderungen. Es verblieben also die ungekürzten 500.000 Euro zur Verteilung an die Gläubiger. Jeder Gläubiger erhielt ca. 54.900 Euro und der Fiskus ca. 5.500 Euro, d. h. eine Quote von ca. 5,5 Prozent.

This legislative amendment establishes a limited privilege for tax authorities in insolvency proceedings by stipulating that certain of its claims, which used to be insolvency claims and as such, were only entitled to a pro rata satisfaction, are now preferential.

As a result of this amendment, tax claims against an insolvency debtor are deemed to be preferential after the opening of insolvency proceedings if they were established by a preliminary insolvency administrator or by the debtor with the consent of an preliminary insolvency administrator.

The wording of the provision does not explicitly state to which kinds of taxes it applies. First commentators among legal scholars tend, based on the reasons of the law, to interpret the provision narrowly, arguing that it applies particularly to value added tax (VAT) claims. However, according to its wording, the provision would also apply to trade tax, wage income tax, corporate income tax and the solidarity surcharge. Regarding certain other kinds of taxes, e.g. income tax, it cannot now be determined with certainty whether these will fall under the application of Sec. 55 para. 4 InsO.

Simplified Example for the Legal Situation for Insolvency Proceedings Which Have Been Filed for Before January 1, 2011:

Company X is insolvent. After the liquidation of all assets and the satisfaction of all preferential claims, the assets available for distribution to the insolvency creditors amount to a total of 500,000 Euro. Apart from the tax authority, the company has nine insolvency creditors with respective claims of 1,000,000 Euro each. During preliminary insolvency proceedings and in consent with the preliminary insolvency administrator, the debtor has entered into business transactions on the basis of which the debtor has rendered deliveries and services which are subject to VAT. The respective VAT was collected by the company, but not paid to the tax authority. Input VAT was not paid during this period. The respective VAT claims of the tax authority (sole claims of the tax authorities) in the amount of 100,000 Euro did not become preferential but are mere insolvency claims. Therefore, 500,000 Euro remain for distribution to the

Vereinfachte Abwandlung des Beispiels für Insolvenzverfahren, die nach dem 1. Januar 2011 beantragt worden sind:

Gemäß § 55 Abs. 4 InsO wird die auf die unter Mitwirkung des vorläufigen Insolvenzverwalters abgeschlossenen Geschäfte entfallende Umsatzsteuer in Höhe von 100.000 Euro zusätzlich zur Masseverbindlichkeit, die vorrangig zu befriedigen ist. Das zur Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Vermögen wird dadurch geschmälert, so dass nicht mehr 500.000 Euro zur Verteilung an die Gläubiger verbleiben, sondern nur 400.000 Euro. Die Insolvenzquote wird dadurch von ca. 5,5 Prozent auf ca. 4,44 Prozent reduziert. Der Fiskus wird zu 100 Prozent befriedigt.

Zusammenfassung

Durch die Änderung des § 14 InsO ist die Rechtsposition des insolvenzantragsstellenden Gläubigers gestärkt worden. Ist in den letzten zwei Jahren bereits ein Insolvenzantrag gestellt worden und kann der Gläubiger dies glaubhaft machen, ist die Stellung eines Insolvenzantrags mit wenigen Risiken möglich, da bei Erfüllung der Forderung nun nicht schon automatisch die Unzulässigkeit des Antrags und damit die sich daran anschließende Kostentragungspflicht droht.

Die Neuregelung in § 14 InsO bedeutet im Umkehrschluss für Schuldner, dass sie innerhalb des zweijährigen Zeitraums nachdem ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen gestellt wurde, ein Insolvenzeröffnungsverfahren nicht mehr einfach durch Befriedigung des Antragsstellers abwenden können. Dies setzt sie einem höheren Zahlungsdruck aus und belastet sie mit dem Kostenrisiko bei der Stellung weiterer (zulässiger aber unbegründeter) Insolvenzanträge. In der Praxis dürfte die Zahl der Insolvenzeröffnungsverfahren damit zunehmen. Ebenso dürfte der Startzeitpunkt dieser Verfahren sich nach vorne verlagern.

insolvency creditors. Each creditor would receive approximately 54,900 Euro and the tax authorities would receive approximately 5,500 Euro, resulting in an insolvency quota of approximately 5.5 percent.

Alteration of the Simplified Example for Insolvency Proceedings Which Have Been Filed for after January 1, 2011

Pursuant to Sec. 55 para. 4 InsO, the VAT claim in the amount of 100,000 Euro which arises from the business transactions entered into with the consent of the preliminary insolvency administrator is deemed preferential. Hence, the assets available for distribution to the insolvency creditors are reduced from 500,000 Euro to 400,000 Euro. Correspondingly, the insolvency quota is reduced from approximately 5.5 percent to approximately 4.44 percent. The claims of the tax authorities will be completely satisfied.

Summary

The position of the creditor requesting to open insolvency proceedings has been strengthened as a result of the amendment of Sec. 14 InsO. If an application for the opening of insolvency proceedings has been filed in the last two years prior to the current filing and the creditor is able to show credible evidence thereof, the potential drawbacks of a filing are mitigated. A subsequent fulfillment of the claim, e.g. by the debtor, would not automatically render the request inadmissible and would not per se result in an obligation of the creditor to bear the costs.

Conversely, the revision of Sec. 14 InsO entails that debtors cannot easily avoid the opening of preliminary insolvency proceedings within a two year time-frame of a prior application by simply satisfying the applying creditor's claim. This can put the debtor under a higher pressure to pay outstanding claims and burden them with the cost risk in the case of additional (admissible, but unfounded) insolvency filings from their creditors. In practice, an increase in the number of preliminary insolvency proceedings is therefore probable. Also, the start date of these proceedings will most probably shift forward.

Das durch § 55 Abs. 4 InsO neu geregelte Fiskusprivileg schmälert die Insolvenzmasse für die übrigen Gläubiger, da die Aufwertung der Umsatzsteuer- und sonstigen Steuerverbindlichkeiten aus dem Insolvenzeröffnungsverfahren zu einer Besserstellung des Staates führt. Zu erwarten sind geringere Quoten, erhöhte Anforderungen an die Liquiditätsplanung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und eine steigende Anzahl der Anzeigen von Masseunzulänglichkeit sowie Betriebsstilllegungen.

The privilege of the tax authorities now stipulated in Sec. 55 para. 4 InsO reduces the insolvency estate for the remaining insolvency creditors in the same degree as the privilege for VAT and other tax liabilities stemming from the preliminary insolvency proceedings benefits the public finances. Lower quotas, higher requirements regarding the liquidity planning of the (preliminary) insolvency administrator as well as an increasing number of notifications of insufficiency of assets and closures of companies are to be expected.

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an einen der folgenden Ansprechpartner:

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact one of the lawyers listed below:

Dr. Marco Wilhelm

T: +49 69 79 41 2731

mwilhelm@mayerbrown.com

Kevin Philipp Lach

T: +49 69 7941 1657

klach@mayerbrown.com

Mayer Brown is a leading global law firm serving many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest investment banks. We provide legal services in areas such as Supreme Court and appellate; litigation; corporate and securities; finance; real estate; tax; intellectual property; government and global trade; restructuring, bankruptcy and insolvency; and environmental.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, São Paulo, Washington DC

ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai

EUROPE: Berlin, Brussels, Cologne, Frankfurt, London, Paris

TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro

ALLIANCE LAW FIRMS: Spain (Ramón & Cajal); Italy and Eastern Europe (Tonucci & Partners)

Please visit our website for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. www.mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organization comprising legal practices that are separate entities (the Mayer Brown Practices). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP, a limited liability partnership established in the United States; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership, and its associated entities in Asia; and Taull & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

This Mayer Brown publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

© 2011. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.