

Einschränkung der Insolvenzantragspflicht von Unternehmen auf unbeschränkte Zeit verlängert

Relaxation of the Requirement to File for Insolvency Extended Permanently

Der Gesetzgeber hat am 9. November 2012 beschlossen, die vorübergehende Änderung der Insolvenzordnung, die in bestimmten Fallkonstellationen zu einer Lockerung der Insolvenzantragspflicht führt, dauerhaft und unbefristet beizubehalten. Die Änderung war am 18. Oktober 2008 aus Anlass der Finanzkrise in Kraft getreten und zunächst bis zum 31. Dezember 2010 und später bis zum 31. Dezember 2013 befristet. Mit einer Verkündung und Inkrafttreten ist noch in diesem Jahr zu rechnen.

Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags

Vorstände oder Geschäftsführer („Geschäftsführung“) von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderen juristischen Personen sind verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen, sobald das Unternehmen zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Die Frist dafür beträgt im Höchstfall drei Wochen ab Eintritt des Insolvenzgrundes. Wird der Antrag nicht rechtzeitig gestellt, macht sich die Geschäftsführung wegen Insolvenzverschleppung strafbar und haftet überdies den Gläubigern des Unternehmens persönlich auf Schadensersatz.

Die Entfristung der zunächst nur übergangsweisen Gesetzesänderung betrifft den Insolvenzgrund der Überschuldung. Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen eines Unternehmens die Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.

Die frühere Rechtslage bei Überschuldung

Gemäß vor dem 18. Oktober 2008 gültigem Recht musste die Geschäftsführung innerhalb der vorgeannten Drei-Wochen-Frist Insolvenzantrag stellen, wenn Überschuldung vorlag. Ebenso musste sie während einer Krise (insbesondere bei bilanzieller

The German Parliament has, in response to the ongoing crisis in the financial markets, extended a legislation, which originally came into force on October 18, 2008, amending, inter alia, parts of the German Insolvency Code. These amendments, which had in certain cases lead to a relaxation of the obligation to file for insolvency, will now be valid without limitation in time. It can be expected that it will be published and come into force already this year.

Obligation to File for Insolvency

Management boards or directors (“management”) of corporations, limited liability companies and other legal entities are obliged to file for insolvency if the entity is either “illiquid” or “over-indebted”, subject to a cure period of up to three weeks. If the filing does not take place within this timeframe, the management render themselves liable to criminal prosecution for the delay and, moreover, become personally liable for damages vis-à-vis the entity’s creditors.

The permanent amendment to the Insolvency Code is concerned with the obligation on the management of an “over-indebted” entity to file for insolvency. An entity is said to be over-indebted when its assets no longer cover its liabilities.

The old Law on Over-Indebtedness

Under the old law in effect before October 18, 2008, if the value of the entity’s existing assets (taking into account hidden reserves) did not fully cover its liabilities, a filing for insolvency was mandatory (subject to the three-week cure period). The management of an entity which was in financial difficulties was required to continuously monitor its asset and liability position. Further, when valuing assets, if there was a “predominant probability” of con-

Überschuldung des Unternehmens) fortlaufend prüfen, ob der Wert des vorhandenen Vermögens des Unternehmens unter Berücksichtigung stiller Reserven noch ausreicht, um dessen Verbindlichkeiten vollständig abzudecken. Bei der Bewertung des Vermögens durfte die Fortführung des Unternehmens unterstellt werden, wenn sie nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich war (sogenannte „positive Fortführungsprognose“). Andernfalls mussten die – regelmäßig wesentlich niedrigeren – Liquidations- oder Zerschlagungswerte angesetzt werden. Deckte der Wert des Vermögens die Verbindlichkeiten des Unternehmens nicht ab, war auch bei positiver Fortführungsprognose zwingend Insolvenzantrag zu stellen.

Änderung des Überschuldungsbegriffs

An diesem Punkt hatte die Änderung der Definition des Überschuldungsbegriffs aus dem Jahr 2008 angesetzt: Konnte für das Unternehmen eine positive Fortführungsprognose gestellt werden, so entfiel die Überschuldung und damit auch die entsprechende Insolvenzantragspflicht. Es kam nicht mehr darauf an, ob das Vermögen des Unternehmens dessen Verbindlichkeiten noch deckte. Diese Lockerung der Insolvenzantragspflicht war zunächst zeitlich befristet bis zum 31. Dezember 2010, wurde dann bis zum 31. Dezember 2013 verlängert und wird nunmehr ohne Befristung beibehalten.

In der Begründung des Gesetzesentwurfs hatte die Bundesregierung darauf verwiesen, dass die gegenwärtige Finanzkrise zu Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt habe, die eine bilanzielle Überschuldung der betroffenen Unternehmen auslösen konnte. Die Neuregelung sollte vermeiden, dass Unternehmen, bei denen es überwiegend wahrscheinlich ist, dass sie weiter erfolgreich am Markt operieren können, zwingend ein Insolvenzverfahren durchlaufen müssen.

Die endgültige Entfristung trägt dem Umstand Rechnung, dass sich der derzeit geltende Überschuldungsbegriff in der Praxis bewährt hat.

tinuation of the business (the so-called “positive continuation forecast”), assets could be valued on a going concern basis. Otherwise, liquidation or fire sale values (which are often much lower) were to be used. If the value of the assets did not cover the entity’s liabilities, then an insolvency filing was mandatory even in case a positive continuation forecast existed.

Amendment of the Concept of Over-Indebtedness

The legislation passed in 2008 amended the application of the concept of over-indebtedness. If a positive continuation forecast could be made, there was no obligation to file for insolvency solely on the grounds of over-indebtedness. Hence, going forward, the question whether an entity’s assets are sufficient to cover its liabilities will not be a concern as long as a positive continuation forecast exists. However, this relaxation of the obligation to file for insolvency was initially applicable only until December 31, 2010 and was later extended to December 31, 2013. This legislation has now been declared as permanent.

In its explanatory statement addressing the new legislation, the Federal Government specifically noted that the current financial crisis has led to significant losses in asset values, especially in relation to stock and real estate, which could trigger the over-indebtedness of an affected entity. The new legislation is designed to avoid the need for those entities for which there is a “pre-dominant probability” of continuation of the business to file for insolvency solely on the grounds of over-indebtedness.

The ultimate removal of the time limit responds to the fact that the current concept of over-indebtedness has done well in daily practice.

Was hat die Neuregelung in der Praxis bewirkt?

Diese nunmehr dauerhafte Regelung hat eine Lockerung der Insolvenzantragspflicht für juristische Personen bewirkt, die zwar überschuldet sind, für die aber eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann. Sie sind nur noch dann verpflichtet, Insolvenz zu beantragen, wenn Zahlungsunfähigkeit gegeben ist. Unerheblich ist, ob der Wert des Vermögens des Unternehmens die Verbindlichkeiten noch vollständig deckt oder ob ein Wertverlust des Aktivvermögens durch die aktuelle Finanzmarktkrise veranlasst worden ist.

Damit rückt die Frage in den Mittelpunkt, unter welchen Voraussetzungen die Geschäftsführung berechtigt ist, von einer positiven Fortführungsprognose auszugehen. Dies setzt nach derzeitigem Verständnis eine plausible Ertrags- und Finanzplanung voraus, die belegt, dass die Finanzkraft des Unternehmens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig – in der Regel mindestens bis zum Ende des nächstfolgenden Geschäftsjahres – für die Fortführung des Unternehmens ausreichen wird. Für die Geschäftsführung von Unternehmen, die gestützt auf eine positive Fortführungsprognose die Stellung eines Insolvenzantrags unterlassen, wird es im Falle einer späteren gerichtlichen Überprüfung daher entscheidend darauf ankommen, wie plausibel die zugrunde liegende Ertrags- und Finanzplanung war und wie gut sie dokumentiert werden kann.

Unverändert ist die Geschäftsführung zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet, wenn der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

What Does the new Legislation Mean in Practice?

The new permanent legislation brings about a relaxation of the obligation to file for insolvency for legal entities which may be over-indebted but for which a positive continuation forecast exists. For such entities, the obligation to file for insolvency only exists in the case of “illiquidity” (as opposed to over-indebtedness). Whether or not the assets of the entity still cover the liabilities or whether a loss of asset value was caused by the current financial crisis is irrelevant.

Consequently the question under what circumstances management will be entitled to assume a positive continuation forecast is essential. Currently, this requires that a plausible profit forecast and financial planning be prepared demonstrating that it is “predominantly probable” that the entity will be able to continue in business in the medium term (as a general rule, at least until the end of the following business year). However, a management that elects, on the basis of a positive continuation forecast, not to file for insolvency should be aware that the plausibility of their profit forecast and financial planning may be scrutinized by the courts at a later date. Therefore, a proper documentation is essential.

Please note, however, that the obligation upon management to file for insolvency if the entity is “illiquid” (as opposed to being over-indebted) remains unchanged.

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

Partner, Frankfurt am Main

T: +49 69 7941 2731

mwillhelm@mayerbrown.com

Dr. Malte Richter

Associate, Frankfurt am Main

T: +49 69 7941 1657

mrichter@mayerbrown.com

Kevin Philipp Lach

Associate, Frankfurt am Main

T: +49 69 7941 1028

klach@mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organization advising 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 banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, Washington DC
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai, Singapore
EUROPE: Brussels, Düsseldorf, Frankfurt, London, Paris
TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro
ALLIANCE LAW FIRM: Spain (Ramón y Cajal Abogados)

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

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe – Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & 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.

© 2012. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.