

CERHA HEMPEL

Insolvency & Restructuring Alert *Status: 08 Feb 2021*

Insolvency-related aspects of the COVID-19 crisis

For almost the one year, measures to prevent the spread of the COVID-19 virus have been causing enormous problems for Austrian companies. Especially the current plant closures and the aftermaths of the plant closures and sales losses from spring and winter of 2020 are causing worry lines to companies. The currently necessary cost-intensive regulations and restrictions on the business operations result in liquidity shortages. However, despite these circumstances, Austrian insolvency law requires that persons who run companies must maintain an overview of the company's economic situation at all times.

Grounds for insolvency/ Deadline for filing for insolvency

If a business is illiquid within the meaning of the Insolvency Code (Insolvenzordnung), the management is required to file for insolvency without undue delay, but within 60 days at the latest. In adopting the 2nd Covid-19 Act, the legislator clarified that the application period is **extended to 120 days** in accordance with Section 69 para 2a of the Insolvency Code. In addition, the amendment of the 2nd Covid – Justice - Act has ceased the obligation to file for insolvency in the **event of over-indebtedness until 31 March 2021**. Irrespective of this, an insolvency application must still be filed in the event of illiquidity.

In any case, the applicant cannot be said to have acted with undue delay if **reorganisation proceedings with self-administration** are initiated. Other measures that can also be taken to eliminate

Insolvenzrechtliche Aspekte betreffend der COVID-19 Krise

Seit mittlerweile fast einem Jahr bereiten die Maßnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung des COVID-19-Virus österreichischen Unternehmen enorme Sorgen. Vor allem die Betriebsschließungen und die Nachwehen der Umsatzeinbußen aus dem Frühjahr und Winter 2020 bereiten den Unternehmen Sorgenfalten. Die aktuell notwendigen kostenintensiven Regulierungen und Einschränkungen des Geschäftsbetriebes führen zu Liquiditätsengpässen. Trotz dieser Umstände verlangt das österreichische Insolvenzrecht, dass Personen, die Unternehmen führen, jederzeit den Überblick über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens behalten müssen.

Insolvenzgründe / Frist für Antragstellung

Liegt eine Zahlungsunfähigkeit iSd Insolvenzordnung (IO) vor, hat die Geschäftsleitung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch binnen 60 Tagen, einen Insolvenzantrag zu stellen. Der Gesetzgeber stellte mit dem 2. Covid-19-Gesetz klar, dass aufgrund der COVID-19 Pandemie die Antragsfrist gem § 69 Abs 2a IO auf **120 Tage erstreckt** wird. Zudem wurde mit der Novellierung des 2. Covid-19-Justiz-Begleitgesetzes die **Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung bis 31.März .2021 ausgesetzt**. Ungeachtet dessen ist bei Zahlungsunfähigkeit weiterhin ein Insolvenzantrag zu stellen

Das Betreiben ein **Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung** zu eröffnen schließt ein schuldhaftes Zögern jedenfalls aus. Auch sonstige Maßnah-

CERHA HEMPEL

Insolvency & Restructuring Alert

Status: 08 Feb 2021

insolvency rapidly will also rule out culpable behaviour, meaning that the 120-day period should be used intensively to solve the problem.

The obligation to file for insolvency applies primarily to the **debtor**, be it a sole proprietors, partnership partners and partners in limited partnerships, as well as the managing directors and board members of corporations.

As reason for opening insolvency proceedings, illiquidity is of particular importance.

Illiquidity vs. temporary delay in payment

If a company has liquidity problems and is unable to pay its debts (as they fall due), it is important to examine first whether it concerns a **mere temporary delay in payment**.

Illiquidity within the meaning of Section 66 of the Insolvency Code is deemed to exist if the debtor is not in a position to pay its debts as they fall due and he is also unlikely to be able to obtain the necessary financial resources quickly. This ability to obtain the necessary financial resources "quickly" is the forecasting element in the concept of illiquidity and at the same time it is what differentiates it from a temporary delay in payment.

According to case-law, a **(merely) temporary payment delay** is deemed to have occurred if the debtor must have had a reasonable prospect, based on an ex-ante assessment, of eliminating the payment bottleneck soon; payment would be deemed to have been delayed if the debtor is unable to pay **up to 5% of all debts due**. As a rule, the temporary delay in payment, i.e. the liquidity gap, must be remedied **within approximately three months**. A longer period, not exceeding five months, requires that it can almost certainly be expected that the liquidity shortfall can be eliminated.

men, die zur raschen Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit führen können werden idR schuldhaftes Verhalten ausschließen, sodass die 120 Tage-Frist intensiv zu Problembereinigung genützt werden sollte.

Die Verpflichtung zur Antragstellung trifft in diesem Zusammenhang vor allem den **Schuldner**, seien es Einzelunternehmer, OG-Gesellschafter und Komplementäre von Kommanditgesellschaften sowie die Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften.

Als Insolvenzeröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit von besonderer Bedeutung.

Zahlungsunfähigkeit vs. Zahlungsstockung

Hat ein Unternehmen Liquiditätsprobleme und kann seine (fälligen) Schulden nicht bezahlen, ist in erster Linie zu prüfen, ob es sich hierbei um eine **bloße Zahlungsstockung** handelt.

Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 66 IO liegt vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen, und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann. Dieses "alsbaldige" Beschaffenkönnen von ausreichenden Geldmitteln ist das Prognoseelement im Begriff der Zahlungsunfähigkeit und gleichzeitig das Abgrenzungsmerkmal zur Zahlungsstockung.

Eine **(bloße) Zahlungsstockung** liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn der Schuldner schon aufgrund einer ex-ante Beurteilung die Aussicht gehabt haben musste, dass die Zahlungsklemme bald zu beseitigen; Zahlungsstockung läge dann vor, wenn der Schuldner **bis zu 5% aller fälligen Schulden** nicht begleichen kann. In der Regel muss die Zahlungsstockung, also die Liquiditätslücke, **innerhalb von etwa drei Monaten** behoben sein. Eine längere Frist, höchstens etwa fünf Monate, setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist.

CERHA HEMPEL

Insolvency & Restructuring Alert

Status: 08 Feb 2021

Measures to prevent insolvency

It is up to the management to take measures early enough to prevent insolvency. There are several possibilities:

- Use of **state aid**, such as the assumption of liability for loans
- **Short-time work** for employees
- **Bridging loans**
- **Deferrals**, in particular of social security contributions and input tax prepayments, as well as trade accounts receivable. For consumers and small entrepreneurs, there is a statutory deferment for payments of ten (10) months, if they cannot reasonably be expected to repay the debt due to the pandemic.
- Sale of own receivables (**factoring**) as well as **sale and lease back** arrangements
- Fewer orders, quicker sales
- Measures under company law, e.g. capital increases, shareholder loans or additional contributions by shareholders.

With the amendment of the 2nd Covid-Justice - Act, the rule that unsecured shareholder loans granted until the end of 31 January 2021 and for a maximum of 120 days are not subject to the strict capital maintenance rules (under the Austrian EKEG) and can therefore be repaid without major problems, was revoked again.

Therefore, the stricter regulations of the EKEG must now be observed again if shareholder loans are granted in times of a financial crisis.

Maßnahmen zur Vermeidung der Insolvenz

Es liegt an der Geschäftsleitung früh genug Maßnahmen zu setzen, um eine Insolvenz zu verhindern. Dabei gibt es mehrere Möglichkeiten:

- Inanspruchnahme **staatlicher Hilfe**, wie Haftungsübernahmen für Kredite
- **Kurzarbeit** für Mitarbeiter
- Aufnahme von **Überbrückungskrediten**
- **Stundungen**, insbesondere von Sozialversicherungsbeiträgen und Vorsteuervorauszahlungen sowie Lieferantenforderungen. Für Verbraucher und Kleistunternehmer tritt eine gesetzliche Stundung in der Länge von zehn (10) Monaten ein, wenn diesen aufgrund der Pandemie die Rückzahlung nicht zumutbar ist.
- Verkauf eigener Forderungen (**Factoring**) sowie **sale-and-lease back** Konstruktionen
- Weniger Bestellungen, raschere Verkäufe
- Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, z.B. Kapitalerhöhungen sowie Gesellschafterkredite oder Nachschüsse der Gesellschafter.

Mit der Novellierung des 2. Covid – 19 – Justiz - Begleitgesetzes wurde die Regelung, dass ungesicherte Gesellschafterdarlehen, die bis zum Ablauf des 31.01.2021 und für maximal 120 Tage gewährt wurden, nicht den strengen Kapitalerhaltungsregeln (nach dem EKEG) unterliegen und somit ohne größere Probleme zurückgezahlt werden können, wieder aufgehoben.

Daher müssen nun wieder die strengeren Vorschriften des EKEG beachtet werden, falls Gesellschafterdarlehen in der Krise gewährt werden.

CERHA HEMPEL

Insolvency & Restructuring Alert

Status: 08 Feb 2021

Duties of care owed by the management

Corporate management entails many responsibilities and duties of care, so the diligence of a prudent manager must be exercised in the performance of these duties. In times of crisis, this duty of care **increases**, so that in particular liquidity must be checked and guaranteed more strictly. Major investments or projects should only be made after weighing up the advantages and disadvantages. Experts should be called upon to provide advice if the management lacks the necessary expertise.

Otherwise the management of the company may be **liable under civil law**. In this context, the so-called Business Judgment Rule can help. It stipulates that no liability exists if, when making a business decision, the management:

1. is **not guided by irrelevant interests**,
2. takes the decision **on the basis of adequate information**, and
3. may assume that it is acting in the **company's best interests**.

Especially in times of crisis, managing directors are well advised to document their actions and the reasons for their decision-making carefully and consult experts in a timely manner.

It is also important to note the consequences under **criminal law**. The relevant offences are: the preferential treatment of third party creditors, undue preference, the grossly negligent impairment of creditors' interests and debtor's fraud, the commission of which can result in the imposition of fines and custodial sentences.

Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung

Die Unternehmensführung erfordert es, mit der Sorgfalt eines **ordentlichen Geschäftsleiters** zu agieren. In Krisenzeiten **erhöht** sich dieser Sorgfaltsmaßstab, sodass insbesondere die Liquidität strenger überprüft und gewährleistet sein muss. Größere Investitionen oder Vorhaben sind grds. erst nach einer Abwägung der Vor- und Nachteile vorzunehmen. Verfügt die Geschäftsleitung nicht über das nötige Fachwissen, sind Experten beizuziehen.

Andernfalls kann es zur **zivilrechtlichen** Haftung der Geschäftsleitung kommen. In diesem Zusammenhang kann die sog *Business Judgment Rule* helfen, die normiert, dass keine Haftung begründet wird, wenn Geschäftsleiter sich bei einer unternehmerischen Entscheidung:

1. **nicht von sachfremden Interessen** leiten lassen;
2. die Entscheidung auf **Grundlage angemessener Information** treffen; und
3. die Geschäftsleiter annehmen dürfen, zum **Wohle der Gesellschaft** zu handeln.

Geschäftsführer sind insbesondere in der Krise gut beraten, ihre Handlungen und Entscheidungsgründe gut zu dokumentieren und rechtzeitig Experten zu Rate zu ziehen.

Auch **strafrechtliche** Konsequenzen gilt es zu beachten. Die relevanten Tatbestände sind die sog „Kridadelikte“ – die Schädigung fremder Gläubiger, die Begünstigung eines Gläubigers, die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen und auch die betrügerische Krida, welche mit hohen Geld- und Freiheitsstrafen sanktioniert sind.

CERHA HEMPEL
Insolvency & Restructuring Alert
Status: 08 Feb 2021



Dr. Thomas Trettnak, LL.M/CM
Partner/Head of CEE Insolvency & Restructuring
(thomas.trettnak@cerhahempel.com)



Mag. Christoph Reiter
Senior Attorney
(christoph.reiter@cerhahempel.com)