

CERHA HEMPEL

Insolvency & Restructuring Alert

24 Mar 2020

Insolvency-related aspects regarding the COVID-19 crisis

The measures introduced to prevent the spread of COVID-19 currently pose enormous problems for Austrian companies, not least because plant closures, a decline in output and the partial withdrawal or cessation of services result in liquidity shortages. However, despite these circumstances, Austrian insolvency law requires that persons running 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 insolvent or over-indebted 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 recently clarified that the application period is **extended to 120 days** in accordance with Section 69 para. 2a of the Insolvency Code.

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 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 sole proprietors, partnership partners and partners in limited partnerships, as well as the managing directors and board members of corporations.

As grounds for opening insolvency proceedings, insolvency is of particular importance.

Insolvenzrechtliche Aspekte betreffend der COVID-19 Krise

Die Maßnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung des COVID-19 Virus stellen österreichische Unternehmen derzeit vor massive Probleme, zumal durch Betriebsschließungen, den Rückgang an Produktion und die teilweise Einstellung von Dienstleistungen unerwartete Liquiditätsengpässe entstehen. Das österreichische Insolvenzrecht fordert trotz dieser Umstände von Geschäftsleitern, dass sie jederzeit einen Überblick über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens bewahren.

Insolvenzgründe / Frist für Antragstellung

Liegt eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung 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 vor Kurzem klar, dass aufgrund der COVID-19 Pandemie die Antragsfrist gem § 69 Abs 2a IO auf **120 Tage erstreckt** wird.

Das Betreiben, ein **Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung** zu eröffnen schließt ein schuldhaftes Zögern jedenfalls aus. Auch sonstige Maßnahmen, die zur raschen Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit führen können, werden idR schuldhaftes Verhalten ausschließen, sodass die 120 Tage-Frist intensiv zu Problembereinigung genutzt werden sollte.

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

Als Insolvenzeröffnungsgrund ist die Zahlungsun-

CERHA HEMPEL

Insolvency & Restructuring Alert

24 Mar 2020

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 his 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.

Measures to prevent illiquidity

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

fähigkeit 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 beseitigt ist; 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.

Maßnahmen zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit

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

CERHA HEMPEL

Insolvency & Restructuring Alert

24 Mar 2020

- 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
- 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, debt-to-equity swaps, shareholder loans or additional contributions by shareholders

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

- Inanspruchnahme **staatlicher Hilfe**, wie Haftungsübernahmen für Kredite
- **Kurzarbeit** für Mitarbeiter
- Aufnahme von **Überbrückungskrediten**
- **Stundungen**, insbesondere von Sozialversicherungsbeiträgen und Vorsteuervorauszahlungen sowie Lieferantenforderungen
- Verkauf eigener Forderungen (**Factoring**) sowie **sale-and-lease back** Konstruktionen
- Weniger Bestellungen, raschere Verkäufe
- Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, z.B. Kapitalerhöhungen, Debt-Equity Swaps, Gesellschafterkredite oder Nachschüsse der Gesellschafter

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 werden 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. annehmen dürfen, zum **Wohle der Gesellschaft** zu handeln.

Geschäftsführer sind insbesondere in der Krise



CERHA HEMPEL
Insolvency & Restructuring Alert
24 Mar 2020

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.

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
24 Mar 2020



Dr. Thomas Trettnak
thomas.trettnak@cerhahempel.com
+43 1 514 35 531



Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein
heinrich.foglar-deinhardstein@cerhahempel.com
+43 1 514 35 541



Mag. Christoph Reiter
christoph.reiter@cerhahempel.com
+43 1 514 35 541