



KROMANN REUMERT

VIGTIGE ÆNDRINGER I TYSK KONKURSRET

1. november 2008 trådte "Lov om modernisering af GmbH-lovgivningen og bekæmpelse af misbrug" ("Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen" (MoMiG)) i kraft i Tyskland. Den nye lov medfører betydelige ændringer ikke alene på det selskabsretlige område, men også på den del af konkursloven, som gælder for selskaber, herunder GmbH'er.

I den relativt korte tid, hvor MoMiG har været i kraft, har talrige tyske datterselskaber af danske (ejendoms-)investorer – og dermed også indirekte de finansierende banker – stiftet bekendtskab med de konkursretlige omvæltninger. Nedenfor giver vi en kort præsentation af de vigtigste nyheder set ud fra en dansk banks synspunkt.

AKTIONÆRLÅN (DOWNSTREAM LOANS)

Før 1. november 2008 var det reglen, at et lån (eller et krav optaget som en mellemregning) ydet af

en (dansk) moderkoncern til et tysk datterselskab (GmbH) i tilfælde, hvor GmbH'et fik økonomiske vanskeligheder, blev behandlet som en egenkapitaltilførsel fra moderselskabet til datterselskabet. Datterselskabet var således hverken berettiget til at tilbagebetale lånet eller betale renter til moderselskabet. Disse betalinger blev som fast praksis krævet tilbagebetalt af den tyske kurator i GmbH'ets eventuelt senere konkursbo.

Den nye lov modificerer den bestående beskyttelsesmekanisme i GmbH-kreditorernes interesse, da der nu ses fuldstændigt bort fra, om et GmbH er i økonomisk krise eller ej. I stedet kan den tyske kurator nu slet og ret søge *alle* rente- og afdragsbeløb betalt til det danske moderselskab omstødt og kræve disse tilbagebetalt, så længe de blot er erlagt i det sidste år før konkursbegæringen blev indgivet. Derudover er alle tilbagebetalings- og rentekrav vedrørende et lån fra det danske moderselskab efterstillet i forhold til



andre kreditorer i konkursboet. Det er i praksis ensbetydende med, at moderselskabets krav ikke bliver dækket.

Denne bestemmelse er også af væsentlig betydning for en dansk bank, som har ydet et lån til moderselskabet til at refinansiere et (ejendoms)køb foretaget af det konkursramte tyske selskab, og som til sikkerhed for dette lån har fået transport i moderselskabets tilbagebetalingskrav mod GmbH'et. Ifølge tysk ret er kurator nemlig berettiget til også overfor banken som transportmodtager at søge den omhandlede fordring omstødt. Derudover er de lånefordringer, som er tiltransporteret banken, selvfølgelig ligeledes efterstillede fordringer. Eventuelt registrerede sikkerheder - f.eks. Grundschulden - er ligeledes underlagt kurators omstødsesret.

Som en særlig skærpelse af de nye regler gælder, at de uden undtagelse også gælder, hvis GmbH'ets konkurs indtræder uden advarsel. I den nuværende finansielle situation er det ikke noget usædvanligt scenario. Det kan derfor anbefales moderselskaber - og banker som modtager af sikkerheder - at tage de nævnte risici med i overvejelserne ved sammensætningen af finansieringen og/eller at etablere et egnet advarselssystem til rettidig advarsel for at formindske de nævnte risici.

ANPARTSHAVERSIKREDE LÅN

Hvis et dansk moderselskab har stillet sikkerhed eller garanteret for gæld, som dets GmbH har hos en bank, gælder følgende ifølge MoMiG, hvis det tyske selskab går konkurs: Banken kan alene forlange en forlods indfrielse ud af konkursboet, hvis banken ikke har kunnet opnå indfrielse ved at træde til sikkerheds-/garantistillelsen. Også her gælder ifølge de nye regler, at det ikke længere har betydning, om GmbH'et var i en økonomisk krise eller ej, da banken fik sikkerhederne.

ET GMBH'S YDELSE AF LÅN OG STILLELSE AF SIKKERHEDER (UPSTREAM OG CROSS-STREAM LOANS/SECURITIES)

Hvis et GmbH yder dets (danske) anpartshaver hhv. et søsterselskab et lån, eller stiller sikkerhed for en (dansk) banks krav mod anpartshaveren hhv. søsterselskabet, skal anpartshaveren tilbagebetale ydelserne til GmbH'et, hvis ydelserne er erlagt ud af den del af selskabets formue, som er nødvendig for at opretholde anpartskapitalen. Direktøren ("Geschäftsführer") hæfter både civil- og strafferetligt for en eventuel misligholdelse af denne pligt. Derved løber han en meget høj personlig risiko - især da direktøransvarsforsikringer (D&O-forsikringer) ofte ikke dækker disse risici.

Spørgsmålet om, hvorvidt den formue, som er nødvendig for at bevare anpartskapitalen i et GmbH, påvirkes af et upstream/cross-stream lån eller af sikkerhedsstillelser, er meget svært at besvare - og det gælder ikke kun for direktøren i et GmbH. Det forsøger MoMiG at bidrage til en afklaring af ved at undtage direktørerne for ansvar, hvis GmbH'et har et *fuldgyldigt* modydelses- eller tilbagebetalingskrav mod anpartshaveren.

Alligevel vil de GmbH-direktører, som har modtaget god juridisk rådgivning, fortsat forsøge at minimere deres hæftelsesrisiko ved, at de får indarbejdet et såkaldt "limitation language" i låneaftaler med anpartshavere hhv. i sikkerhedsstillelsesaftaler med banker. Her forbydes en tilbagebetaling af lånet eller en udnyttelse af sikkerheden, hvis direktøren løber en risiko for at skulle hæfte herfor.

NY DEFINITION AF "UNDERBALANCE"

Allerede i forbindelse med turbulensen på finansmarkederne sidste efterår og uafhængigt af MoMiG indførte den tyske lovgiver en lempelse af forpligtelsen for GmbH-direktører til at indgive konkurs-



begæring. Direktørens forpligtelse er bl.a. forbundet med selskabets "underbalance" ("Überschuldung"). "For at undgå unødvendige konkurser" eksisterer der ifølge den nye (i første omgang frem til udgangen af 2010 gældende) retsstilling ingen underbalance, hvis det er overvejende sandsynligt, at selskabet kan videreføres (såkaldt "positive eksistensprognose").

Om et GmbH fortsat kan opfylde sine løbende forpligtelser, er ikke længere afgørende. Derigennem tages der hensyn til det forhold, at nedskrivningen af aktier og ejendomme, som er blevet nødvendig på grund af den nuværende finanskriser, næsten nødvendigvis medfører en „regnskabsmæssig underbalance“.



Hvis du har spørgsmål eller bemærkninger til dette nyhedsbrev, er du naturligvis velkommen til at kontakte:



KØBENHAVN
Tel.: 38 77 43 76
Fax: 70 12 13 11
Hauke Wulf
hwu@kromannreumert.com



ÅRHUS
Tel.: 38 77 43 28
Fax: 70 12 13 11
Stephan Festner
sfe@kromannreumert.com

TILMELD DIG NYHEDSBREVET

på www.kromannreumert.com/nyhedsbreve

København

Kromann Reumert
Sundkrogsgade 5
DK-2100 København
Danmark

Tlf.: +45 70 12 12 11
Fax: +45 70 12 13 11
E-mail: cph@kromannreumert.com

Århus

Kromann Reumert
Rådhuspladsen 3
DK-8000 Århus C
Danmark

Tlf.: +45 70 12 12 11
Fax: +45 70 12 14 11
E-mail: arh@kromannreumert.com

Dette nyhedsbrev kan ikke erstatte juridisk rådgivning. Kromann Reumert påtager sig intet ansvar for skader eller tab, der direkte eller indirekte kan afledes af brugen af nyhedsbrevet. Dette gælder, hvad enten skaden eller tabet er forårsaget af fejlagtig information i nyhedsbrevet eller af øvrige forhold, der relaterer sig til nyhedsbrevet.

**KROMANN
REUMERT**