

# 03.15

# KSI

## Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

### Wirtschaft Recht Steuern

11. Jahrgang  
Mai/Juni 2015  
Seiten 97–144

[www.KSIdigital.de](http://www.KSIdigital.de)

#### Herausgeber:

*Peter Depré*, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

*Dr. Lutz Mackebrandt*, Unternehmensberater, Präsidiumsmitglied des BDU

*Gerald Schwamberger*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

#### Herausgeberbeirat:

*Prof. Dr. Paul J. Groß*, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

*WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth*, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

*Prof. Dr. Harald Krehl*, DATEV eG, Nürnberg

*Prof. Dr. Jens Leker*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Prof. Dr. Andreas Pinkwart*, Rektor der Handelshochschule Leipzig (HHL)

*Dr. Wolfgang Schröder*, Rechtsanwalt und Notar, Berlin

*Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck*, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

*Udo Wittler*, Sanierungs- und Krisenberater, Hamm

#### Strategien Analysen Empfehlungen

Abwicklungsverluste im Vertragskonzern  
[Prof. Andreas Crone / Dr. Raoul Kreide, 101]

Die Erstellung und Plausibilisierung einer Fortbestehensprognose [Prof. Dr. Paul J. Groß, 106]

Realisationszeitpunkt des Auflösungsverlusts im Falle der Insolvenz [Prof. Dr. Sylvia Bös / Dr. Andreas Schwarz, 115]

Gerichtsseitige Übertragung der Kassenführungsbefugnis auf den vorläufigen Sachwalter  
[Uwe Knittel, 120]

#### Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Aktuelle Rahmenbedingungen und neue Grundsätze der Sanierung [Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 124]

Krisenkommunikation in der digitalisierten Gesellschaft [Carmen Mausbach, 130]

Nachgefragt: Wie lässt sich Erfahrungswissen aus Krisen und Fehlschlägen positiv umsetzen?  
[Siegfried Gänßlen / Prof. Dr. Jürgen Weber, 133]

Rechtsprechungsreport [Dr. Oliver Jenal / Stephan Jörg, 134]

# Abwicklungsverluste im Vertragskonzern

## Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf die Verlustausgleichsverpflichtung

Prof. Andreas Crone / Dr. Raoul Kreide\*

**Mit Insolvenzeröffnung ist für das insolvente Unternehmen neben der Insolvenzeröffnungsbilanz auch eine handelsbilanzielle Schlussbilanz aufzustellen. Bestand mit einem Mutterunternehmen (Obergesellschaft) ein Ergebnisabführungsvertrag, gilt dieser mit Insolvenzeröffnung nach h. M. als beendet. Damit endet die Verlustausgleichsverpflichtung, so dass künftig anfallende Abwicklungsverluste grundsätzlich nicht mehr von der Obergesellschaft zu tragen sind. Etwas anderes gilt für diejenigen Verluste, die vor Insolvenzeröffnung entstehen und damit noch Teil der handelsbilanziellen Schlussbilanz werden. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Auswirkungen auf die Verlustausgleichsverpflichtung bei Wegfall der „Going-Concern“-Annahme. Die Autoren ordnen die in der Literatur umstrittenen Fragen in diesen Kontext ein und entwickeln Leitlinien zur Handhabung in der Anwendungspraxis.**

### 1. Einleitung

Bestand zwischen einer Ober- und einer Untergesellschaft bei Insolvenzeröffnung ein Ergebnisabführungsvertrag, stellt sich bei Insolvenz der Untergesellschaft die Frage, inwieweit die Obergesellschaft noch verpflichtet ist, Verluste der Untergesellschaft auszugleichen. Im Folgenden wird daher zunächst (Abschn. 2) dargestellt, welche Konsequenzen die Insolvenzeröffnung auf die Verlustausgleichsverpflichtung hat.

Da die Verantwortlichkeit der Obergesellschaft für eingetretene Verluste mit der handelsrechtlichen Schlussbilanz auf den Tag vor Insolvenzeröffnung endet, wird anschließend (Abschn. 3) untersucht, welche der Verluste aufgrund der nunmehr fehlenden Fortführungsprognose<sup>1</sup> (Going-Concern) noch Eingang in diese Schlussbilanz finden. Dazu ist (Abschn. 4) der Begriff „Abwicklungsverluste“ in verschiedene Kategorien zu differenzieren.

### 2. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung im Vertragskonzern

#### 2.1 Verlustausgleichsverpflichtung

Über das Instrument des Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG) können Unternehmen eine körperschaft- und gewerbesteuerliche Organschaft (§§ 14 ff. KStG, 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG) begründen. Der steuerliche Vorteil liegt in der übergeordneten Zusammenfassung von Gewinnen und Verlusten der beteiligten Gesellschaften. Die Verpflichtung einer Untergesellschaft, ihren gesamten ausschüttungsfähigen Gewinn an die Obergesellschaft abzuführen (§ 291 Abs. 1 AktG) bedingt jedoch zugleich die Verpflichtung der Obergesellschaft, Verluste der Untergesellschaft auszugleichen (§ 302 Abs. 1 AktG). Der Anspruch auf Verlustübernahme entsteht mit Abschluss des jeweiligen Geschäftsjahrs. Um zu verhindern, dass die Obergesellschaft den Verlustausgleich verzögern kann, ist die Ausgleichsverpflichtung bereits mit dem Bilanzstichtag fällig; auf die tatsächliche Feststellung des Jahresabschlusses kommt es nicht an<sup>2</sup>. Die Verlustausgleichsverpflichtung ist mit 5% p.a. zu verzinsen (§§ 352, 353 HGB). Für die GmbH gelten diese Regelungen entsprechend<sup>3</sup>.

#### 2.2 Beendigung durch Insolvenzeröffnung

Mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (nicht mit Stellung des Insolvenzantrags) gelten Gewinnabführungsverträge nach herrschender Auffassung als beendet<sup>4</sup>. Teilweise wird in der Literatur daneben vertreten, der Ergebnisabführungsvertrag werde im eröffneten Insolvenzverfahren vom Insolvenzrecht überlagert und dadurch lediglich in seinen Wirkungen suspendiert<sup>5</sup>. Einigkeit besteht aber darin, dass

\* Dipl.-Kfm. Prof. Andreas Crone ist als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Dr. Raoul Kreide als Rechtsanwalt im Bereich der Restrukturierung mittelständischer Unternehmen und Familienunternehmen tätig.

1 Die handelsrechtliche Fortführungsprognose ist nicht mit der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose zu verwechseln. Siehe vertiefend das Positionspapier des IDW, Zusammenwirken von handelsrechtlicher Fortführungsannahme und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose, Stand: 13. 8. 2012, verfügbar unter <http://www.idw.de/idw/portal/d622394>, sowie zuletzt Groß in KSI 01/2015 S. 5 ff.

2 BGH, Urteil vom 11. 10. 1999 – II ZR 120/98, BGHZ 142 S. 382; BGH, Urteil vom 14. 2. 2009 Az. II ZR 361/02, NZG 2005 S. 481.

3 Fungiert die GmbH als Obergesellschaft, gilt § 291 AktG unmittelbar; für die GmbH als Untergesellschaft vgl. BGH Urteil vom 7. 10. 2013 – II ZR 362/13, WM 2014 S. 2226, m.w.N.; BGH, Urteil vom 10. 7. 2006 – II ZR 238/04, BGHZ 168 S. 285.

4 BGH, Urteil vom 14. 12. 1987 – II ZR 170/87, BGHZ 103 S. 1; Haas, in: Gottwald, Insolvenzschrift, 4. Aufl. 2010, § 95 Rn. 6; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 297 Rn. 52b.

5 Ausführlich Freudenberg, ZIP 2009 S. 2037, m.w.N., der selbst die Anwendung von § 103 InsO vorschlägt.

die Verlustausgleichsverpflichtung nach § 302 AktG (analog) zu diesem Zeitpunkt endet<sup>6</sup>. Um ihre Höhe zu bestimmen, ist auf den Tag vor Verfahrenseröffnung (den letzten ausgleichsrelevanten Tag) eine handelsbilanzielle Schlussbilanz zu erstellen.

### 3. Bilanzierung bei Insolvenzeröffnung

Im Bereich der Rechnungslegung löst die Insolvenzeröffnung umfangreiche Folgen aus: Es beginnt ein neues Geschäftsjahr (§ 155 Abs. 2 Satz 1 InsO) und es ist eine Insolvenzeröffnungsbilanz aufzustellen.

Damit einhergehend ist das vorausgehende Geschäftsjahr mit einer nach handelsrechtlichen Grundsätzen aufgestellten Schlussbilanz zu beenden (§ 242 Abs. 1 Satz 1 HGB). Nicht zu verwechseln ist die nach handelsrechtlichen Grundsätzen aufzustellende Insolvenzeröffnungsbilanz (§ 155 Abs. 1 Satz 1 InsO) mit der insolvenzrechtlichen Vermögensübersicht nach § 153 InsO<sup>7</sup>. Bei dieser handelt es sich um eine Aufstellung von Vermögen und Schulden. Der Insolvenzverwalter kann sich dabei an handelsrechtliche Vorschriften anlehnen; verbindlich sind sie jedoch nicht<sup>8</sup>.

#### 3.1 Eingeschränkte Rückkopplung über den Bilanzzusammenhang

Für die Wertansätze in der handelsbilanziellen Schlussbilanz ist der sog. Bilanzzusammenhang (§ 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB) nicht entscheidend. Dessen Verknüpfung ist ausschließlich zukunftsgerichtet. Abweichende Bewertungen in der Insolvenzeröffnungsbilanz schlagen somit nicht auf die vorhergehende Schlussbilanz der insolventen Gesellschaft zurück. Ansatzpunkt für eine Wertanpassung in der Schlussbilanz ist vielmehr die Frage, ob im Zeitpunkt der Bilanzerstellung wertaufhellende Tatsachen vorliegen. Diese sind als „wertaufhellendes Ereignis“ im Rahmen der späteren Bilanzerstellung zu berücksichtigen, da die Tatsachen zwar nachträglich bekannt bzw. erkannt wurden, aber objektiv bereits im Stichtag gegeben waren (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB)<sup>9</sup>. Hierzu gehört insbesondere die Frage, ob die Fortführungsprämisse (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) noch vorlag – bei eröffneter Insolvenz ist dies zweifelhaft<sup>10</sup>.

#### 3.2 Bilanzierung zu Fortführungswerten (Going-Concern)?

Für die handelsrechtliche Schlussbilanz auf den Tag vor Insolvenzeröffnung gelten grundsätzlich die allgemeinen Bilanzierungsregeln (§§ 246 ff. HGB) und damit zunächst die Annahme der Unternehmensfortführung (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Danach ist bei der Bewertung und beim Ansatz der Vermögensgegenstände und Schulden stets von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dieser Annahme nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.

Nach Auffassung des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) ist der Jahresabschluss eines Unternehmens immer dann unter der Annahme der Unternehmensfortführung aufzustellen, wenn

- aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse davon ausgegangen werden kann, dass für einen Zeitraum von mindestens zwölf Monaten, gerechnet ab dem maßgeblichen Abschlussstichtag, die Unternehmensfortführung gewährleistet ist und
- bis zur Beendigung der Aufstellung des Jahresabschlusses keine fundierten Anhaltspunkte vorliegen, dass die Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit zu einem nach diesem Zeitraum liegenden Zeitpunkt nicht mehr aufrecht erhalten werden kann<sup>11</sup>. Eindeutig zu verneinen ist eine positive Fortführungsannahme bei Einstellung des Geschäftsbetriebs zum Bilanzstichtag<sup>12</sup>.

Im Umkehrschluss kann aber nicht abgeleitet werden, dass stets eine positive Fortführungsprognose vorliegt, wenn der Geschäftsbetrieb noch nicht eingestellt wurde oder der Insolvenzverwalter bzw. die Gläubigerversammlung noch nicht endgültig über eine Betriebseinstellung entschieden haben. Bei der überwiegenden Anzahl der Insolvenzfälle werden die wirtschaftlichen Gründe für die Notwendigkeit der (späteren) Einstellung des Geschäftsbetriebs allerdings schon vor dem Bilanzstichtag vorgelegen haben. Die konkretisierende Willensbildung des Insolvenzverwalters oder der Gläubigerversammlung legt nur offen, was wirtschaftlich bereits vor dem Bilanzstichtag gegeben war.

Daher ist das Fortführungskonzept des Insolvenzverwalters bei der Beurteilung der Fortführungsannahme zum letzten Bilanzstichtag von erheblichem Gewicht. Ist von einer dauerhaften Unternehmensfortführung auszugehen, so ist die positive Fortführungsprämisse beizubehalten, es sei denn, nach dem Bilanzstichtag und vor Aufstellung des Jahresabschlusses konkretisiert sich die Einstellung der Unternehmenstätigkeit. Von der weiteren Fortführung der Unternehmenstätigkeit ist demnach nicht mehr auszugehen (vgl. Abb. 1), wenn der Geschäftsbetrieb des insolventen Unternehmens zum Bilanzstichtag

6 BGH, Urteil vom 14. 12. 1987 – II ZR 170/87, BGHZ 103 S. 1; Koch, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 297 Rn. 22; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 302 Rn. 19.

7 Vgl. Fuchs/Weishäupl/Jaffé, in: MüKoInsO, 3. Aufl. 2013, § 153 Rn. 8.

8 Vgl. Maus, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 153 Rn. 1.

9 BFH, Urteil vom 30. 1. 2002 – I R 68/00, BStBl. II 2002 S. 688; IDW, WP-Handbuch, Bd. I, 2012, Kap. E Rn. 303; IDW, RS HFA 17, Rn. 25.

10 Vgl. zu den Kriterien IDW PS 270 (Stand 9. 9. 2010), Rn. 11.

11 IDW PS 270 (Stand 9. 9. 2010), Rn. 8; IDW PS 203 (Stand 9. 9. 2009), Rn. 9.

12 IDW, RS HFA 17, Rn. 25.

bereits eingestellt ist oder der Insolvenzverwalter bzw. die Gläubigerversammlung diesen Entschluss bereits gefasst hat. Hat sich zum Bilanzstichtag bezüglich der Frage der dauerhaften Fortführung oder Einstellung des Geschäftsbetriebs noch keine abschließende Beschlussfassung konkretisiert, so ist abzuwägen, ob insgesamt mehr Gründe für eine Einstellung oder mehr Gründe für eine Fortführung der Unternehmenstätigkeit sprechen; i.d.R. wird man aber nicht von der Unternehmensfortführung ausgehen können<sup>13</sup>.

### 3.3 Insolvenzeröffnungsbilanz

Für die Insolvenzeröffnungsbilanz gilt, dass sie auf der vorhergehenden Schlussbilanz aufsetzt (§ 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB). Somit finden sich dort auch Wertanpassungen durch den Wegfall des Going-Concern wieder. Im Übrigen gelten aber auch bei fehlendem Going-Concern das Anschaffungskosten-, Realisations- und Imparitätsprinzip weiterhin<sup>14</sup>. In der Literatur ist jedoch umstritten, inwieweit die Insolvenzeröffnung einen begründeten Ausnahmefall i.S. des § 252 Abs. 2 HGB darstellt, der in der Insolvenzeröffnungsbilanz abweichende Wertansätze ermöglicht<sup>15</sup>.

Der IDW sieht im Wegfall der Fortführungsannahme eine Rechtfertigung für abweichende Ansatz- und Bewertungsentscheidungen, wenngleich es hierdurch nicht zu einer völligen Neubewertung der Vermögensgegenstände und Schulden kommen soll<sup>16</sup>.

Grundsätzlich wird die Insolvenzeröffnungsbilanz Liquidationswerte auszuweisen haben, weil die Insolvenzeröffnung eine negative Fortführungsprognose beinhaltet<sup>17</sup>. Eine Ausnahme besteht aber, wenn bereits absehbar ist, dass im Rahmen der Insolvenz keine Zerschlagung stattfinden wird, sondern ein Verkauf des Unternehmens realistisch erscheint<sup>18</sup>.

Für den Insolvenzverwalter kann es andererseits aber von Vorteil sein, frühzeitig Wertanpassungen vorzunehmen, z. B. Forderungen in großem Umfang abzuwerten. U.a. kann so eine Erstattung der für Forderungen aus Lieferungen und Leistungen abgeführten Umsatzsteuer erreicht werden. Eine zu weitgehende Abwertung führt jedoch dazu, dass

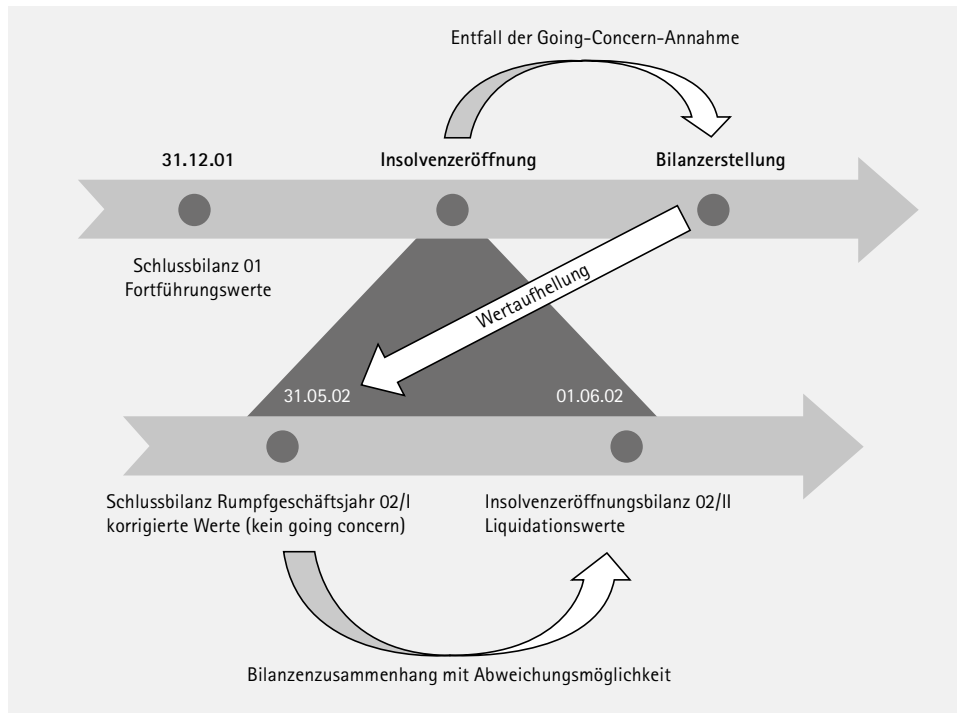


Abb. 1: Bilanzierung bei Entfall der Going-Concern-Annahme

Erträge aus den bereits abgeschrieben Forderungen in einer späteren Periode zu versteuern sind sowie bei Zahlungseingang die Umsatzsteuer wieder abzuführen ist.

### 4. Ermittlung des Verlustausgleichs

Unklar und umstritten ist bei der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs, ob sich die Verlustausgleichspflicht auch auf sog. „Abwicklungsverluste“ erstrecken soll. Hierunter versteht man grundsätzlich Verluste, die originär im Rahmen der Liquidation entstehen, beispielsweise zu zahlende Abfindungen (echte Abwicklungsverluste). Daneben können Verluste aber beim Übergang von einer handelsbilanziellen Schlussbilanz nach Fortführungswerten auf eine Insolvenzeröffnungsbilanz nach Liquidationswerten entstehen (unechte Abwicklungsverluste)<sup>19</sup>. Teilweise sind diese (wertaufhellend) bereits in der handelsbilanziellen Schlussbilanz zu berücksichtigen, wenn die positive Going-Concern-Annahme verneint wird.

Teilweise werden sie erst unter Aufbrechung des Bilanzzusammenhangs durch weitere Abwertungen in der Liquidationseröffnungsbilanz virulent. Insgesamt können fünf Verlustentstehungszeiträume unterschieden werden:

13 Vgl. IDW, RH HFA 1.012, Rz. 15.

14 IDW, RS HFA 17, Rn. 19 ff.

15 Hierfür etwa Schmitt/Möhlmann-Mahlau, NZI 2007 S. 703; für Bilanzidentität Andres, in: Nerlich/Römermann, InsO, 2014, § 155 Rn. 23.

16 IDW, RS HFA 17, Rn. 26.

17 IDW, RH HFA 1.011, 1.012.

18 Vgl. Haffa/Leichtle, in: Braun, InsO, 6. Aufl. 2014, § 155 Rn. 7.

19 Vgl. Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2013, § 11 Rn. 402.

**(1) Verluste des letzten Geschäftsjahrs:** Verluste, die im vorausgegangenen Geschäftsjahr entstanden sind, sind bereits in der entsprechenden Handelsbilanz des Vorjahrs erfasst. Sie fallen damit unzweifelhaft in den vom Ergebnisabführungsvertrag umfassten Zeitraum und sind auszugleichen, soweit dies nicht bereits geschehen ist.

**(2) Verluste des laufenden Geschäftsjahrs bis zum Stichtag:** Verluste, die bis zum Insolvenzeröffnungstichtag entstehen, sind als laufende Verluste in der handelsbilanziellen Schlussbilanz abzubilden. Es handelt sich hierbei um ausgleichspflichtige Verluste<sup>20</sup>. Zum einen verkürzt die Insolvenzeröffnung das Geschäftsjahr auf ein dadurch abgeschlossenes Rumpfgeschäftsjahr (§ 155 InsO), zum anderen können die Pflichten einer herrschenden Gesellschaft nicht durch eine zufälligerweise nicht auf das „volle Jahr“ erfolgte Beendigung entfallen<sup>21</sup>.

**(3) Stille Verluste:** Wertminderungen, die während der bisherigen Bilanzierung mit Fortführungswerten noch nicht aufwandswirksam geworden sind, finden im ersten Schritt keinen Eingang in die handelsbilanzielle Schlussbilanz zu Fortführungswerten. Kommt es dort allerdings, weil Going Concern nunmehr zu verneinen ist, zu Abwertungen oder werden Rückstellungen gebildet, ist der dadurch entstehende Verlust im Geltungszeitraum des Ergebnisabführungsvertrags entstanden und somit ausgleichspflichtig<sup>22</sup>.

**(4) Verluste im Rahmen der Abwicklung, die bereits im Vorfeld angelegt sind:** Verluste, die bei Verwertung des Betriebsvermögens im Rahmen der Abwicklung nach Insolvenzeröffnung entstehen, sind vom zeitlichen Geltungsbereich des Ergebnisabführungsvertrags nicht mehr umfasst. Denkbar ist jedoch auch, dass eine Wertminderung bilanziell noch nicht abgebildet wurde, die Wertminderung aber dennoch im Geltungszeitraum des Ergebnisabführungsvertrags angelegt war. Derartige Verluste können ausgleichspflichtig sein<sup>23</sup>.

**(5) Echte Abwicklungsverluste, die im Liquidationsstadium entstehen:** Mit Insolvenzeröffnung enden die Verpflichtungen aus dem Ergebnisabführungsvertrag. Aufwendungen, die originär nach Insolvenzeröffnung entstehen, beruhen auf der Unternehmensfortführung oder Abwicklung durch den Insolvenzverwalter. Dazu gehören auch

Aufwendungen aufgrund von Sozialplanansprüchen der Arbeitnehmer oder Vertragsstrafen und Schadensersatzforderungen aufgrund nicht mehr erfüllter Verträge. Diese Ansprüche sind nicht mehr der (früheren) Obergesellschaft zuzurechnen und daher nicht ausgleichspflichtig<sup>24</sup>. Teilweise wird jedoch auch vertreten, dass diese Abwicklungsverluste letztlich die Folge jahrelanger (falscher) Einflussnahmen des herrschenden Unternehmens seien<sup>25</sup>.

## 5. Gleichzeitige Insolvenz der Obergesellschaft

In der Praxis ist davon auszugehen, dass eine solvente Obergesellschaft ihre Tochtergesellschaft nicht in die Insolvenz gehen lässt; denn trotz aller Sanierungsbemühungen geht eine Insolvenz i.d.R. mit Wert- und Reputationsverlusten einher. Darüber hinaus beinhaltet die Verlustausgleichsverpflichtung (§ 302 AktG) nach einigen Stimmen in der Literatur auch die Verpflichtung, die Insolvenz durch unterjährige Zuführungen abzuwenden<sup>26</sup>.

Relevant werden daher vor allem Fälle, in denen die Obergesellschaft nicht in der Lage ist, die Verlustausgleichsverpflichtung zu erfüllen bzw. weder vorab ein Gesellschafterdarlehen als später anrechenbare Abschlagszahlung noch eine Patronatserklärung zu gewähren. Damit geht die Insolvenz der Untergesellschaft oftmals mit der Insolvenz der Obergesellschaft einher. Die Verlustausgleichsverpflichtung der Untergesellschaft gegenüber der Obergesellschaft stellt dann eine einfache Insolvenzforderung nach § 38 InsO dar und ist zu deren Insolvenztabelle anzumelden<sup>27</sup>.

Praktische Relevanz erhält die Frage der auszugleichenden Abwicklungsverluste aber dennoch in Fällen, bei denen in Ober- und Untergesellschaft unterschiedliche Gläubigergruppen vorhanden sind. Beispielsweise finden sich auf der Ebene der Obergesellschaft oftmals Kreditinstitute als Finanzierer der Gesamtstruktur, während auf Ebene der Untergesellschaft Lieferantenverbindlichkeiten aus der operativen Tätigkeit auflaufen. Eine höhere Verlustausgleichsverpflichtung verschiebt die Insolvenzquote im Ergebnis zugunsten der Gläubiger der Untergesellschaft.

## 6. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Thema Abwicklungsverluste komplex und zugleich von hoher praktischer Relevanz ist. Dabei kommt der Hoheit über die Aufstellung und Fest-

20 Vgl. Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 AktG Rn. 39; BGH, Urteil vom 19.9.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105 S. 168.

21 Heute h. M., BGH, Urteil vom 14.12.1987 – II ZR 170/87, BGHZ 103 S. 1; Koch, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 302 Rn. 11, m.w.N.

22 Ebenso Stephan, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 302 Rn. 39; Krieger, in: MüHdb AG, 3. Aufl. 2007, § 70 Rn. 66.

23 Vgl. Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 402.

24 Vgl. Stephan, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 302 Rn. 39; Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 402.

25 Vgl. Meister, WM 1976 S. 1182; Peltzer, AG 1975 S. 309.

26 Vgl. Altmeppen, in: MüKoAktG, 3. Aufl. 2010, § 302 Rn. 117; a. A. BGH, Urteil vom 19.9.1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105 S. 168.

27 BAG, Urteil vom 31.7.2002 – 10 AZR 420/01, NZG 2003 S. 120; Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 403.

stellung der handelsbilanziellen Schlussbilanz große Bedeutung zu<sup>28</sup>. Dies umfasst vor allem die Ermessensbeurteilung, ob und bis zu welchem Zeitpunkt die handelsrechtliche Fortführungsprämisse aufrechterhalten werden kann. Solange keine Einstellung des Geschäftsbetriebs beschlossen wurde, kommt hier vor allem dem Fortführungskonzept des Insolvenzverwalters eine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Im Vertragskonzern entscheidet sich durch die Going-Concern-Beurteilung, ob noch nicht erfolgswirksam gewordene Verluste in die Ausgleichsverpflichtung nach § 302 AktG einzubeziehen sind. Da die Insolvenz der Untergesellschaft oftmals mit der Insolvenz der Obergesellschaft einhergeht, verschiebt eine höhere Verlustausgleichsverpflichtung letztendlich die Insolvenzquote zugunsten der Gläubiger der Untergesellschaft.

---

28 Ebenso Stephan, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 302 Rn. 40.

## Dr. Raoul Kreide



Rechtsanwalt und Dipl.-Betriebswirt (BA) Dr. Raoul Kreide berät mittelständische Unternehmen, Unternehmer und die Unternehmerfamilie.

Seine Beratungsschwerpunkte sind die Restrukturierung und Unternehmensfinanzierung sowie die steueroptimierte Strukturierung, auch im Bereich der Unternehmens- und Vermögensnachfolge.

Neben seiner Dozententätigkeit für das Institut für Unternehmenssanierung und -entwicklung Heidelberg (IfUS) ist Herr Kreide Lehrbeauftragter an der Universität Heidelberg im Masterstudiengang „LL.M. corporate restructuring“.

Als ausgebildeter Mediator steht Herr Kreide für einen konfliktlösenden Beratungsansatz, der die individuellen Bedürfnisse jedes Familienmitglieds in eine nachhaltige Lösung miteinbezieht.

Dieser Sonderdruck gibt lediglich einen unverbindlichen Überblick und kann eine rechtliche Beratung nicht ersetzen. Als Ansprechpartner für eine etwaige Beratung stehen wir gerne zur Verfügung.

**GSK** STOCKMANN  
+ KOLLEGEN

Kontakt:

Dr. Raoul Kreide  
Rechtsanwalt  
Dipl.-Betriebswirt (BA)  
Mediator

GSK STOCKMANN + KOLLEGEN  
Rechtsanwälte Steuerberater  
Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
Sitz München, AG München PR 533  
Mittermaierstraße 31  
69115 Heidelberg

Tel.: + 49 (6221) 45 66 - 11  
Fax: + 49 (6221) 45 66 - 44  
Mobil: + 49 (173) 52 61 967  
E-Mail: [raoul.kreide@gsk.de](mailto:raoul.kreide@gsk.de)  
web: [www.gsk.de](http://www.gsk.de)

GSK Stockmann + Kollegen ist eine der führenden, unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland mit den Schwerpunkten Real Estate, Corporate/Restructuring, Banking/Finance und Public Sector. GSK konzentriert sich auf die Betreuung von Projekten und die Beratung von nationalen und internationalen Unternehmen, Banken und Finanzinstituten, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie Regierungen und Ministerien.

GSK ist 1997 als Zusammenschluss von Anwälten führender deutscher und internationaler Wirtschaftskanzleien entstanden. Über 125 Rechtsanwälte und Steuerberater stehen unseren Mandanten an den Standorten Berlin, Frankfurt/Main, Hamburg, Heidelberg, München sowie Brüssel und Singapur zur Verfügung. Im Verbund mit unseren Allianzpartnern der Broadlaw Group betreuen wir unsere Mandanten regelmäßig bei grenzüberschreitenden Transaktionen.