Sehr geehrte/r Frau/Herr *Mandant*,

Ich bin aktuell dabei, Ihren Jahresabschluss per .. .. … zu erstellen. Im Zuge der Bearbeitung habe ich auch zu prüfen, ob die Annahme der Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit gem. § 252 Abs. 1 HGB noch gerechtfertigt ist. Hintergrund dieser Frage ist einerseits das negative Ergebnis in der Gewinn- und Verlustrechnung und anderseits die bilanzielle Situation in der Handelsbilanz.

1. Bilanzerstellung unter der Annahme der Fortführungsprämisse

Laut der derzeitigen vorläufigen Gewinn- und Verlustrechnung (unter der Annahme der Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit) ist mit einem negativen Ergebnis i.H.v. rund ….. € zu rechnen. Bilanziell weist die Gesellschaft einen erheblichen, nicht durch Eigenkapital gedeckten, Fehlbetrag i.H.v. vorläufig …… € bei einer Bilanzsumme von rund …… € aus; der Anteil des Aktivkapitals macht daher …. % an der Bilanzsumme aus.

Bereits im vorangegangenen Wirtschaftsjahr bestand ein sogenannter nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag und auch das Ergebnis in der Gewinn- und Verlustrechnung war negativ.

Bei dieser Ausgangslage darf die handelsrechtliche Fortführungsprämisse nicht mehr einfach unterstellt werden. Vielmehr ist von Ihnen als Geschäftsführer eine sogenannte handelsrechtliche Fortführungsprognose zu erstellen. Sie haben also zu überprüfen und zu Ihrer eigenen Enthaftung zu dokumentieren, dass mit der Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit hinreichend sicher gerechnet werden kann.

Grundsätzlich gilt zwar nach der handelsrechtlichen Regelung, dass die Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit der Regelfall und der Abbruch der Tätigkeit der Ausnahmefall ist. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis wird jedoch dann außer Kraft gesetzt, wenn – wie in Ihrem Fall – eine deutliche buchmäßige Überschuldung vorliegt, Anlage vorläufige Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung.

Im Rahmen der handelsrechtlichen Fortführungsprognose ist aufzuzeigen, dass die Tätigkeit der Unternehmung hinreichend sicher fortgeführt wird – notfalls auch in einem gerichtlichen Insolvenz- oder Sanierungsverfahren.

Sie können die handelsrechtliche Fortführungsprognose selbst erstellen und dokumentieren, soweit Sie die hierfür ausreichenden Fähigkeiten besitzen. Sicherer ist es aber, wenn Sie einen spezialisierten Sanierungsberater mit der Ausarbeitung beauftragen.

Als Ihr Steuerberater muss ich Sie auf diese Problematik aufmerksam machen und Sie auffordern, diese offene Frage zu klären bzw. klären zu lassen. Bitte beachten Sie, dass die Fortführungsprämisse kein abgrenzbarer Themenkreis ist, da sie sich auf das Bewertungskonzept im Ganzen auswirkt.

Ich wäre ohne eine solche Klärung von Rechts wegen verpflichtet, die Bescheinigung zu versagen, da ohne Klärung dieser Frage nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen kann, dass die tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Jahresabschluss falsch dargestellt werden.

Die Klärung dieser Frage hat also enorme Bedeutung.

1. Prüfung der Insolvenzgründe – fachkundiger Rat erforderlich

Wichtiger Hinweis: Der Geschäftsführer ist zur Vermeidung einer zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Haftung verpflichtet, die Insolvenzgründe zu prüfen. Für eine Haftung genügt die Erkennbarkeit der Insolvenzantragsvoraussetzungen.

Eine positive Kenntnis ist nicht erforderlich. Auf fehlende Kenntnis kann sich der Geschäftsführer nicht berufen, wenn er seiner Beobachtungspflicht nicht nachgekommen ist. Der Geschäftsführer kann sich auch nicht auf fachliche Unkenntnis in rechtlichen oder steuerlichen Angelegenheiten berufen.

Der Geschäftsführer muss sich, soweit er nicht ausnahmsweise über das erforderliche Sachwissen verfügt, fachkundigen Rat einholen. Voraussetzung ist zunächst, dass die Geschäftsleitung dem Berater alle möglichen Sachverhaltsdetails mitteilt. Allerdings muss der Geschäftsführer den hinzugezogenen Berater sorgfältig auswählen und überwachen und den erteilten Rat auf Plausibilität überprüfen. Der Geschäftsführer muss insbesondere:

* Dem Berater einen richtigen Prüfungsauftrag zur Prüfung der Insolvenzgründe erteilen.
* Dem Berater sämtliche erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen.
* Die Kompetenz des Beraters prüfen.
* Die zeitnahe Vorlage der Prüfungsergebnisse einfordern.
* Das Prüfungsergebnis selbst auf Plausibilität prüfen.

Zur Vermeidung einer zivil- und strafrechtlichen Haftung ist die Frage der Insolvenzreife permanent, unverzüglich und verbindlich zu prüfen.

Als Geschäftsführer einer GmbH sind Sie also verpflichtet zu prüfen, ob ein Insolvenzgrund vorliegt, der Sie zum Insolvenzantrag verpflichtet. Im vorliegenden Fall besteht eine signifikante buchmäßige Überschuldung (nach Handelsrecht). D. h. nach handelsrechtlichen Kriterien deckt das Vermögen nicht mehr die bestehenden Verbindlichkeiten. Bei einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von rund …… €, bei einer Bilanzsumme von …… €, steht also kein ausreichendes Vermögen den Verbindlichkeiten gegenüber.

In dieser Situation kann der Insolvenzgrund der Überschuldung nicht mehr mit der erforderlichen Gewissheit ausgeschlossen werden. Eine insolvenzrechtliche Überschuldung könnte dadurch vermieden werden, dass entweder stille Reserven auf der Aktivseite von Ihnen dokumentiert werden oder die Passivseite (Verbindlichkeiten) der Bilanz entlastet wird oder Sie andernfalls eine sogenannte positive Fortbestehensprognose von einem Fachmann erstellen lassen.

Ferner bestehen auch zumindest Anhaltspunkte dafür, dass die Liquiditätslage angespannt ist. Mithin könnte der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit bestehen. Zum Bilanzstichtag bestanden Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistung i.H.v. knapp …… €. Ferner bestanden Verbindlichkeiten gegenüber der Krankenkasse i.H.v. rund …… € und ein Guthaben in der Kasse von knapp …… €. Das Kontokorrentkonto valutiert in Höhe von ….. € bei einer Linie von ….. €. Zwar bestanden liquide bzw. kurzfristig liquidierbare Vermögensgegenstände in einem Volumen von rd. ……. €. Angesichts der negativen Ertragslage ist daher zumindest zu überprüfen, wie sich diese Verhältnisse zum Stichtag einerseits, und anderseits in der Folge weiterentwickelt haben und in der Zukunft weiter entwickeln werden.

Auch hier sieht die Rechtsprechung des BGH vor, dass Sie eine derartige Überprüfung durch einen Spezialisten zu Ihrer Enthaftung vornehmen lassen.

Bitte lassen Sie daher kurzfristig die Verhältnisse überprüfen und informieren Sie mich über das Ergebnis bis zum ……. .

Alternativ könnten Sie uns mit der Prüfung beauftragen. Bitte beachten Sie aber, dass dies eine gesonderte Gebühr auslöst, über die wir noch sprechen müssten. Vielen Dank.

1. Haftungsgefahren

Ferner bitte ich Sie, in Ihrem Interesse Nachfolgendes zu beachten, wobei ich für meine kurzfristigen Empfehlungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebe:

In der Krise einer Gesellschaft bestehen für den Geschäftsführer zahlreiche Haftungstatbestände. Haftungstatbestände können zum einen gegenüber der Gesellschaft selbst bzw. deren Gesellschaftern, als auch im Außenverhältnis gegenüber Drittgläubigern begründet werden.

Tatbestände der Innenhaftung

* Haftung nach § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes
* Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung / Bankrottdelikte (insbesondere rechtzeitige Bilanzierung)
* Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals mit Ersatzpflicht für entgegen § 30 GmbHG verbotener Weise ausgezahltes Stammkapital
* Verletzungen des Verbots, einem Geschäftsführer, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft Darlehen aus dem gebundenen Vermögen der Gesellschaft auszureichen
* Mitwirkung bei existenzvernichtenden Eingriffen der Gesellschaft § 826, 830 BGB
* Ersatzpflicht für Zahlungen an die Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geführt haben bzw. führen können
* Verletzung der Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals

Tatbestände der Außenhaftung

* Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB, 15 a Abs. 1, 2 InsO
* Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung,
* § 266 a StGB; Haftung für nicht abgeführte Arbeitnehmeranteile
* Strafbarkeit wegen Eingehungsbetrug § 263 StGB; Haftung für entstandenen Schaden
* Haftung für nicht abgeführte Steuern §§ 34 Abs. 1, 69 AO
* Haftung für alle Zahlungen nach Insolvenzreife nach § 64 GmbHG (s.u.)

Insbesondere Haftung für Zahlungen nach etwaiger Insolvenzreife nach § 64 GmbHG – zur Vermeidung einer Haftung nach § 64 GmbHG sind folgende Punkte zu unterlassen:

* Zahlung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung – nur noch Arbeitnehmeranteile bezahlen und dies bei Zahlung (Überweisungsträger) dokumentieren.
* Einreichung eines Kundenschecks auf einem debitorischen Konto bei bestehender Verrechnungsabrede, und zwar auch dann, wenn der Kreditrahmen nicht ausgeschöpft ist.
* Zulassung von Kundenzahlung auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft nach Insolvenzreife, etwa dadurch, dass Ihnen noch nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Rechnungen auf dem Briefkopf mit der Angabe des Kontos zugesandt worden sind.
* Pflichtverletzung durch Bezahlung mit Mitteln, die ein Dritter gerade zu diesem Zweck zur Verfügung gestellt hat (Treugelder).
* Zahlung der Komplementär-GmbH an die KG nach Eintritt der Insolvenzreife.
* Kontoverrechnungen zwischen Konten der Gesellschaft und des Gesellschafters.

Weitere Straftatbestände in der Krise

* Betrug: Ein Betrug liegt z. B. vor, wenn der Geschäftsführer Waren bestellt, obwohl offenkundig ist, dass diese Lieferung nicht bezahlt werden kann. Macht der Geschäftsführer gegenüber der Bank falsche oder unvollständige Angaben über krediterhebliche Umstände, ist dieses Verhalten darüber hinaus als Kreditbetrug strafbar. Dazu gehören insbesondere die Vorlage unrichtiger oder unvollständiger Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Vermögensübersichten oder Betriebsgutachten.
* Gläubigerbegünstigung: In diesem Fall gewährt der Geschäftsführer einem Gläubiger in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der GmbH eine Sicherheit oder Befriedigung, auf die dieser keinen Anspruch hat; der Gläubiger wird dadurch absichtlich oder wissentlich vor den übrigen Gläubigern begünstigt.
* Bankrott: Der Geschäftsführer macht sich hier bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit z. B. strafbar, wenn er
* Vermögensbestandteile, die im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, beiseiteschafft (z. B. Bargeld oder Geldeingänge auf fremde Konten umleitet);
* Waren auf Kredit beschafft und sie oder die aus diesen Waren hergestellten Sachen erheblich unter ihrem Wert in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst abgibt;
* Rechte anderer vortäuscht oder erdichtete Rechte anerkennt (z. B. vordatierte Verträge, Abtretungen);
* Handelsbücher gar nicht führt oder aber so führt bzw. verändert, dass die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird;
* Handelsbücher oder sonstige Unterlagen, zu deren Aufbewahrung er verpflichtet ist, vor Ablauf der für Buchführungspflichtige bestehenden Aufbewahrungsfristen beiseiteschafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt und dadurch die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert; entgegen dem Handelsrecht Bilanzen so aufstellt, dass die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird, oder es unterlässt, die Bilanz seines Vermögens oder das Inventar in der vorgeschriebenen Zeit (8-10 Wochen nach Stichtag) aufzustellen.
* Enthält der Geschäftsführer der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung vor, stellt dies eine Veruntreuung dar. In diesem Fall haben die Arbeitnehmer ihre Arbeit erbracht und dafür auch den ihnen zustehenden Nettolohn erhalten; jedoch wurden die Arbeitnehmeranteile am Sozialversicherungsbeitrag nicht oder nicht vollständig entrichtet.
* Steuerhinterziehung: Umsatzsteuererklärungen müssen pünktlich abgegeben werden. Dies gilt auch für die Umsatzsteuer-Voranmeldungen, selbst wenn die berechnete Umsatzsteuer-Zahllast u. U. nicht oder nicht vollständig bezahlt werden kann. Die schlichte Nichtzahlung geschuldeter Umsatzsteuer ist keine Steuerhinterziehung, wohl aber die Nichtabgabe bzw. die nicht fristgemäße Abgabe der Steuererklärung.

Angesichts der Komplexität einerseits und der Haftungsgefahren andererseits empfehlen wir Ihnen dringend, sich fachkundig beraten zu lassen.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung und verbleibe



*ACHTUNG*

*Bei dem vorliegenden Musterschreiben handelt es sich um eine von der Kanzlei Nickert Rechtsanwälte und Steuerberater in Offenburg erstellte allgemeine Vorlage und nicht um eine Beratung im Einzelfall! Auch wenn alle Angabe sorgfältig geprüft sind, ergibt sich durch eine veränderte Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verordnungen im Zeitverlauf zwangsläufig Anpassungsbedarf. Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts keine Haftung übernehmen.*

*Falls Sie über das Schreiben hinausgehende Fragen haben, steht die Kanzlei Nickert Rechtsanwälte und Steuerberater Ihnen gerne zur Verfügung. Die Kanzlei Nickert erbringt solche individuellen Leistungen entgeltlich nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz.*

*Die Kanzlei Nickert Rechtsanwälte und Steuerberater können Sie wie folgt kontaktieren:*

*Kanzlei Nickert Rechtsanwälte und Steuerberater*

*Rammersweierstraße 120*

*77654 Offenburg*

*T* [*0781 932470*](https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=kanzlei+nickert&ie=UTF-8&oe=UTF-8)

*E* [*info@kanzlei-nickert.de*](mailto:info@kanzlei-nickert.de)