



Foto: Pedro Santos/Sonya Haksar

Das Zivilrecht
und seine Durchsetzung

—
*Festschrift für Professor
Thomas Sutter-Somm*
—

Herausgegeben von

Roland Fankhauser
Corinne Widmer Lüchinger
Rafael Klingler
Benedikt Seiler

Schulthess § 2016

Die Vermutung der Überschuldung

Ein Beitrag zu Gehalt und prozessualen Aspekten
der Überschuldungsanzeige (Art. 725 Abs. 2 OR)

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Grundlagen	190
II. Aktienrechtliche Aspekte der Überschuldungsanzeige	190
1. Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats	190
a) Grundlagen	190
b) Ausgestaltung des Rechnungswesens	190
c) Ausgestaltung der Finanzkontrolle	191
d) Ausgestaltung der Finanzplanung	191
e) Der Einfluss der Fortführungsfähigkeit	192
2. Die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR	192
a) Gehalt der Norm	192
b) Bezug zur Finanzverantwortung	193
III. Zivilprozessuale Aspekte der Überschuldungsanzeige	194
1. Grundsätzliches zu den Vermutungen	194
2. Gesetzliche Vermutungen	194
a) Grundlagen	194
b) Gesetzliche Tatsachenvermutungen	195
c) Gesetzliche Rechtsvermutungen	195
d) Fiktion	195
e) Abgrenzung zur natürlichen Vermutung	196
3. Die Vermutung der Überschuldung	196
a) Grundlagen	196
b) Beweisprobleme	196
c) Gesetzgeberische Hinweise für eine Vermutung	197
d) Elemente der Vermutung	198
e) Vermutungsbasis	198
f) Wahrscheinlichkeitsfolgerung	199
g) Vermutungsfolge	199
h) Entkräftungsmöglichkeiten	199
IV. Fazit	200

I. Grundlagen

Der vorliegende Beitrag untersucht aktienrechtliche und zivilprozessuale Aspekte der Überschuldungsanzeige. Er befasst sich mit den Pflichten, die der Gesetzgeber dem Verwaltungsrat im Rahmen der Finanzverantwortung übertragen hat und setzt diese in Bezug zur Pflicht, bei begründeter Besorgnis der Überschuldung eine Zwischenbilanz zu erstellen. Der Beitrag zeigt zudem auf, dass im Wortlaut der Bestimmung, die die Überschuldungsanzeige betrifft (Art. 725 Abs. 2 OR), eine gesetzliche Tatsachenvermutung zum Ausdruck kommt, dass die Gesellschaft bei Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung tatsächlich überschuldet ist.

II. Aktienrechtliche Aspekte der Überschuldungsanzeige

1. Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats

a) Grundlagen

Pflichten des Verwaltungsrats, deren Verletzung bei Vorliegen eines Schadens, einer Kausalität und eines Verschuldens zu einer Schadenersatzpflicht aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit¹ führen können, finden sich in Statuten und Gesetz. Für den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft ergeben sich solche Pflichten unter anderem aus den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, die in Art. 716a Abs. 1 OR aufgezählt sind. Diese können weder an die Geschäftsleitung noch an die Generalversammlung delegiert werden. Zu den Kernaufgaben des Verwaltungsrats gehören unter anderem die Oberleitung der Gesellschaft,² der Erlass eines Organisationsreglements³ und die Finanzverantwortung,⁴ welche die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung umfasst.⁵

b) Ausgestaltung des Rechnungswesens

Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Finanzbereich umfasst u.a. die Ausgestaltung des Rechnungswesens. Der Verwaltungsrat muss hierbei ein System schaffen, das eine zweckmässige, vollständige, genaue und zeitnah erfolgende zahlenmässige Erfassung der Geschäftsvorfälle gewährleistet. Aus diesem System muss eine andauernde finanzielle Standortbestimmung erfolgen, die Grundlage aller darauf folgenden Entscheide ist.⁶ Der Verwaltungsrat ist nicht für Einzelheiten oder Details verantwortlich,

1 Art. 754 Abs. 1 OR.

2 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

3 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

4 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

5 Vgl. LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016, Rz. 226; BEAT JUCKER, Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Basel 2015, Rz. 16; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 141 ff.

6 PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 343 ff.; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1229 f.

sondern für die zweckmässige Organisation und Überwachung sowie für die Festlegung der verfahrensmässigen und inhaltlichen Vorgaben. Er hat die Buchführung insbesondere nicht selber zu besorgen.⁷

c) Ausgestaltung der Finanzkontrolle

Neben der Ausgestaltung des Rechnungswesens muss der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Finanzverantwortung eine der Grösse und der Struktur des Unternehmens angepasste Kontrollorganisation aufbauen. Er muss die Kontrollen nicht persönlich vornehmen, ist aber dafür verantwortlich, dass das System zweckmässig ausgestaltet und funktionsfähig ist.⁸ Die Grundlage des Kontrollsystems ist eine gewissenhafte Rechnungslegung. Damit wird die Nachvollziehbarkeit der wirtschaftlichen Abläufe im Unternehmen sichergestellt. Der Verwaltungsrat muss proaktiv die Recht- und Ordnungsmässigkeit der finanziellen Abläufe im Unternehmen sowie die Liquidität als Grundlage der Fortführungsfähigkeit überwachen.⁹

Der Verwaltungsrat ist im Rahmen der Finanzkontrolle gehalten, ein internes Kontrollsystem (IKS) einzurichten. Beim internen Kontrollsystem handelt es sich um ein auf Risiken und potentielle Schwachstellen ausgerichtetes System von Kontrollen. Das Ziel dieses Systems besteht in der Sicherung ordnungsgemässer Betriebsabläufe, in einer verlässlichen Finanzberichterstattung, im Vermögensschutz und in der Gewährleistung der Normeneinhaltung («legal compliance»)¹⁰. Die Existenz eines internen Kontrollsystems wird gemäss Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR im Rahmen der ordentlichen Revision von der Revisionsstelle überprüft.

d) Ausgestaltung der Finanzplanung

Neben der Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle hat der Verwaltungsrat gestützt auf seine Finanzverantwortung auch die Finanzplanung zu verantworten. Eine seriöse Planung ist richtigerweise nur möglich, wenn sie auch die finanzielle Komponente umfasst. Finanzplanung ist deshalb mehr als blosser Budgetierung. Der Verwaltungsrat muss sich insbesondere mit einer (prospektiven) Geldflussrechnung über die Entwicklung der Liquidität orientiert halten.¹¹ Der Wortlaut des Gesetzes,¹² der die Finanzplanung nur vorschreibt, wenn sie für die Führung der Gesellschaft notwendig ist, ist deshalb falsch. Dieser Fehler wird mit dem Vorentwurf 2014 korrigiert.¹³

7 HANDSCHIN (Fn. 5), Rz. 229; vgl. auch BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 343 ff.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 40.

8 BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 348; KRNETA (Fn. 6), Rz. 1239.

9 BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 347; HANDSCHIN (Fn. 5), Rz. 230.

10 BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 348a.

11 HANDSCHIN (Fn. 5), Rz. 231.

12 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

13 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), abrufbar unter <<https://goo.gl/R8eQfK>> (29. Juli 2016).

e) *Der Einfluss der Fortführungsfähigkeit*

Die Rechnungslegung beruht gemäss Art. 958a Abs. 1 OR auf der Annahme, dass das Unternehmen auf absehbare Zeit fortgeführt wird (Prinzip des «going concern»). Ist die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon in den nächsten *zwölf Monaten* ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar, so sind der Rechnungslegung für die betreffenden Unternehmensteile Veräusserungswerte, die in der Regel einen tieferen Wert aufweisen als Fortführungswerte, zugrunde zu legen. Für die mit der Einstellung verbundenen Aufwendungen sind gemäss Art. 958a Abs. 2 OR Rückstellungen zu bilden. Der Wechsel von Fortführungs- zu Liquidationswerten führt oft zu einer Reduktion des Eigenkapitals, in vielen Fällen sogar direkt zur Überschuldung. Nur wenn das Unternehmen hohe stille Reserven besitzt, kann der Wechsel zu Veräusserungswerten zu einer Erhöhung des Eigenkapitals führen.¹⁴ Die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon kann beispielsweise wegen der fehlenden Fähigkeit Zahlungen durchzuführen, akut werden. Die Frage der Fortführungsfähigkeit knüpft deshalb auch an die kurz- und mittelfristige Liquiditätssituation an.¹⁵

Im Ergebnis muss der Verwaltungsrat jederzeit eine Fortführungsprognose erstellen, die sich über den Zeitraum von zwölf Monaten erstreckt.¹⁶ «Zu Fortführungswerten darf also nur dann bilanziert werden, wenn weder die Absicht noch die Notwendigkeit besteht, das Unternehmen zu liquidieren oder dessen Geschäftstätigkeit wesentlich einzuschränken».¹⁷

2. Die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR

a) *Gehalt der Norm*

Der Verwaltungsrat muss gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz vorlegen, wenn *begründete Besorgnis* einer Überschuldung besteht und gestützt auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR den Richter benachrichtigen, wenn sich aus dieser Zwischenbilanz ergibt, dass die Gesellschaft sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten überschuldet ist. Mit dem Begriff der begründeten Besorgnis der Überschuldung bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass die Handlungspflicht des Verwaltungsrats bereits dann einsetzt, wenn er befürchtet, dass eine Überschuldung vorliegen könnte und nicht erst bei deren sicheren Kenntnis.¹⁸

14 Vgl. dazu eingehend HANDSCHIN (Fn. 5), Rz. 307 ff.

15 Vgl. dazu BÖCKLI (Fn. 6), § 8 N 135 ff.; HANDSCHIN (Fn. 5), Rz. 127 ff.

16 LUKAS HANDSCHIN, in: LUKAS HANDSCHIN (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, V. Band, Obligationenrecht, 4. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband c, Organisation der Aktiengesellschaft, Art. 698 – 726, 731b OR, Zürich 2017, Art. 725 OR N 3.

17 Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1: Buchführung und Rechnungslegung, KOMMISSION FÜR WIRTSCHAFTSPRÜFUNG DER TREUHAND-KAMMER (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2009, S. 60.

18 ZK-HANDSCHIN (Fn. 16), Art. 725 OR N 4.

Durch die Bestimmung von Art. 725 Abs. 2 OR wird einer überschuldeten Gesellschaft untersagt, weiterhin am Geschäftsverkehr teilzunehmen, sich für zusätzliche Verbindlichkeiten zu verpflichten und ihre Aktiven zum Nachteil der Gläubiger zu verwenden.¹⁹ Gesellschaften ohne genügend Eigenkapital sollen nicht am Wirtschaftsverkehr teilnehmen können, damit Dritte nicht zu Schaden kommen. Durch die rechtzeitige Überschuldungsanzeige sollen die betroffene Gesellschaft, die Allgemeinheit und die gegenwärtigen und zukünftigen Kreditgeber geschützt werden.²⁰

Ob begründete Besorgnis einer Überschuldung vorliegt, ist aufgrund der wirtschaftlichen und finanziellen Situation der Gesellschaft permanent zu verfolgen und zu beurteilen.²¹ Der Verwaltungsrat muss dann begründet besorgt sein, «(...) wenn sich die Lage der Gesellschaft über eine gewisse Zeit kontinuierlich verschlechtert, sodass die Überschuldung absehbar wird oder aber wenn aussergewöhnliche Ereignisse eingetreten sind, die zu einer schlagartigen Verschlechterung der finanziellen Lage der Gesellschaft führen.»²² Situationen, in denen in der Regel eine solche Besorgnis vorliegt, sind beispielsweise Illiquidität, Liefersperren, Zusammenbruch des Markts oder der Weggang von Personal. Weiter ist auf Gerichtsverfahren, Schadensfälle, Fehlinvestitionen, Preiszerfall oder Verluste bei Beteiligungsgesellschaften hinzuweisen.²³

b) *Bezug zur Finanzverantwortung*

Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats, welche die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung umfasst, ergibt sich aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR. Gestützt darauf ist der Verwaltungsrat u.a. verpflichtet, die finanzielle Situation des Unternehmens, insbesondere die Entwicklung des Eigenkapitals, konstant zu überwachen. Zum Inhalt der Finanzverantwortung gehört aber auch die Pflicht zur regelmässigen Erstellung von Zwischenbilanzen.

Es wäre kaum vertretbar, wenn die ungenügende Verfolgung der finanziellen Lage der Gesellschaft, und damit die regelmässige Erstellung von Zwischenbilanzen, ausserhalb des Rahmens der begründeten Besorgnis der Überschuldung, wenn also die Alarmglocken nicht läuten, nicht zur Verantwortlichkeit führen könnte. Die Pflicht zur Überwachung des Eigenkapitals besteht vielmehr konstant, und nicht erst im Zeitpunkt, in welchem begründete Besorgnis der Überschuldung besteht. Vor diesem Hintergrund muss die Haftungsnorm, die zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats führen kann, von der begründeten Besorgnis der Überschuldung losgelöst sein. Diese Anforderung wird nur erfüllt, wenn sich diese Haftungsnorm aus der Finanzverantwortung ergibt. Die

19 BSK-WÜSTINER, Art. 725 OR N 1.

20 BSK-WÜSTINER, Art. 725 OR N 5; BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 714a.

21 ZK-HANDSCHIN (Fn. 16), Art. 725 OR N 82.

22 VON DER CRONE (Fn. 5), § 13 N 10.

23 BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 768; ZK-HANDSCHIN (Fn. 16), Art. 725 OR N 9; STEFAN WIRZ, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, Diss. Basel 2015, Rz. 474; BSK-WÜSTINER, Art. 725 OR N 33.

Notwendigkeit, das Eigenkapital ständig zu verfolgen und in regelmässigen Abständen Zwischenbilanzen zu erstellen, hat somit in Art. 725 Abs. 2 OR keine eigenständige Bedeutung. Die Aufgabe dieser Bestimmung besteht zum einen darin, den *Zeitpunkt*²⁴ zu definieren, ab welchem die Überschuldung dem Gericht angezeigt werden muss, dann nämlich, wenn *begründete Besorgnis* einer Überschuldung besteht und nicht erst bei deren sicheren Kenntnis. Zum anderen ergibt sich, wie noch zu zeigen sein wird,²⁵ aus dem Wortlaut der Bestimmung eine Vermutung der Überschuldung.

III. Zivilprozessuale Aspekte der Überschuldungsanzeige

1. Grundsätzliches zu den Vermutungen

Vermutungen sind Schlüsse von Bekanntem auf Unbekanntes aufgrund von Wahrscheinlichkeitsfolgerungen.²⁶ Den Vermutungen ist gemeinsam, dass sie eine Wertung vornehmen, die in einer beweisrechtlichen Privilegierung einer Partei mündet. Gleichzeitig benachteiligen sie die Gegenpartei, weswegen sie restriktiv auszulegen sind.²⁷ Die Vermutung ist ein Anwendungsfall vom mittelbaren Beweis, auch Beweis durch Indizien. «Unmittelbar rechtserheblich sind jene Tatsachen, die als konkretes Geschehen direkt einem Tatbestandsmerkmal der in Frage stehenden Rechtsnorm entsprechen, während als mittelbar erheblich oder als Indizien solche Tatsachen bezeichnet werden, die nach abstraktem Rechtssatz nicht direkt Voraussetzung einer Rechtsfolge bilden, aus denen aber nach Erfahrungssätzen auf Vorliegen oder Fehlen unmittelbar erheblicher Tatsachen geschlossen werden kann».²⁸

2. Gesetzliche Vermutungen

a) Grundlagen

Gesetzliche Vermutungen verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen. Sie werden oft aufgrund der Unmöglichkeit – oder wegen Schwierigkeiten in der Beweisführung eingesetzt. Sie können aber beispielsweise auch aus Gründen der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes oder aus Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs statuiert werden.²⁹ Es ist unpräzise, wenn davon gesprochen wird, dass gesetzliche Vermutungen die Beweislast umkehren würden, da gar nicht feststeht, wer ohne sie die Beweis-

24 Der Zeitpunkt der Überschuldungsanzeige kann für die Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden und damit für die Sachlegitimation der Verantwortlichkeitsklage von Bedeutung sein; vgl. dazu eingehend JUCKER (Fn. 5), Rz. 10 ff., 53 ff.

25 Vgl. dazu unten, S. 196 ff.

26 ZK-EGGER, Art. 8 ZGB N 22; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 317.

27 BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 329 f.; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 18 Rz. 54.

28 JÜRGEN C. BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, S. 131.

29 BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 328; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLMUND (Fn. 27), § 18 Rz. 51.

last tragen würde. Vielmehr wird durch die gesetzliche Vermutung die Beweislast erst verteilt, es handelt sich mit anderen Worten um Vorschriften über die *Beweislastverteilung*.³⁰

Der Vermutungsgegner kann die gesetzliche Vermutung anhand zweier Möglichkeiten entkräften. Einerseits kann er durch Gegenbeweis die sog. «Vermutungsbasis», d.h. die Prämissen beziehungsweise die Indizien, die erst zur Vermutungsfolge führen, beseitigen.³¹ Andererseits besteht die Möglichkeit, durch den sog. «Beweis des Gegenteils», einem Hauptbeweis, die Vermutungsfolge zu widerlegen.³²

b) Gesetzliche Tatsachenvermutungen

Gewisse Tatsachen müssen, solange der Beweis des Gegenteils nicht erbracht worden ist, nicht bewiesen werden, weil bestimmte Gesetzesnormen sie aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsprognose als vorhanden vermuten.³³ Das Gericht *muss* bei Nachweis einer Hilfstatsache, der Vermutungsbasis, das Vorliegen einer rechtserheblichen Haupttatsache annehmen.³⁴ Da das Gericht die Sachumstände bezüglich der vermuteten Tatsache nicht frei würdigen darf, kann von einer Einschränkung der freien Beweiswürdigung durch eine formelle Beweisregel gesprochen werden.³⁵

c) Gesetzliche Rechtsvermutungen

Bei den gesetzlichen Rechtsvermutungen geht die Privilegierung noch einen Schritt weiter und es wird aus einem bestimmten Sachverhalt auf das Bestehen beziehungsweise Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses geschlossen.³⁶ «Auf Grund der Vermutungsbasis wird ein bestimmter weiterer Sachumstand (...) vermutet (...), auf ihn das Recht angewendet und nunmehr die sich ergebende Rechtsfolge (...) als das Vermutete ausgegeben.»³⁷

d) Fiktion

Einige gesetzliche Vermutungen, sog. «*praesumptiones iuris et de iure*», sind unwiderlegbar, der Beweis des Gegenteils ausgeschlossen.³⁸ Zur Beurteilung, ob eine Fiktion oder eine (widerlegbare) Vermutung vorliegen, muss die fragliche Norm ausgelegt werden.³⁹ Dies ist nicht immer einfach. Häufig verwendet der Gesetzgeber den Ausdruck

30 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLMUND (Fn. 27), § 18 Rz. 52; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 865 f.

31 ZK-EGGER, Art. 8 ZGB N 28; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 337.

32 BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 108, 338; SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 868.

33 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLMUND (Fn. 27), § 18 Rz. 52.

34 ZK-EGGER, Art. 8 ZGB N 23; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 318, 333.

35 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLMUND (Fn. 27), § 18 Rz. 34, 52.

36 SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 868.

37 BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 324.

38 SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 870.

39 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLMUND (Fn. 27), § 18 Rz. 56; SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 870.

«gilt», obwohl es sich de facto um eine gesetzliche und somit widerlegbare Vermutung handelt.⁴⁰

e) Abgrenzung zur natürlichen Vermutung

Von den gesetzlichen Vermutungen sind die natürlichen Vermutungen, sog. «praesumptio hominis», zu unterscheiden. Man spricht auch von den tatsächlichen oder allgemeinen Vermutungen. Hierbei handelt es sich im Gegensatz zur gesetzlichen Vermutung nicht um eine Beweislastverteilungsregel, sondern um einen Ausdruck der allgemeinen Lebenserfahrung im Einzelfall.⁴¹ Der Unterschied zu den gesetzlichen Vermutungen besteht darin, dass bei jenen ein Rechtssatz den Schluss vom Bekanntem aufs Unbekannte vorsieht und den Richter bindet, derweil bei den natürlichen Vermutungen der Richter diese aus den Erfahrungen des täglichen Lebens gewinnt und bei der Würdigung der Beweise kritisch verwertet.⁴²

3. Die Vermutung der Überschuldung

a) Grundlagen

Nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts⁴³ sowie nach gefestigter Auffassung in der Lehre,⁴⁴ trägt in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Kläger, also der Aktionär, der Gläubiger oder die Gesellschaft, die Behauptungs- und Beweislast für die Tatbestandsmerkmale von Art. 754 Abs. 1 OR. Demnach muss der Geschädigte im Sinne des Hauptbeweises den Schaden, die Pflichtwidrigkeit sowie die adäquate Kausalität behaupten und beweisen. Umstritten ist einzig, wer das Verschulden zu beweisen hat. Die Lösung ist verschieden, je nachdem, ob man von einer delikts- oder vertragsähnlichen Natur der Verantwortlichkeitsklage ausgeht.⁴⁵

b) Beweisprobleme

Das sichere Wissen über die Überschuldung kann nur dann vorliegen, wenn sich der Verwaltungsrat pflichtgemäss verhalten hat und bei begründeter Besorgnis der Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellt hat. Verhält sich dieser jedoch pflichtwidrig und verletzt er deshalb die der Finanzverantwortung inhärente Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz, kann sich beim Kläger eine Beweisnot einstellen. Ein solcher Mechanismus kann als Beweisvereitelung bezeichnet werden. Unter Beweisvereitelung wird ganz grundsätzlich ein Tun oder Unterlassen, beispielsweise mittels Manipulation, Beseitigung

40 Bspw. Art. 255 Abs. 1 ZGB.

41 BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 364; SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 778, 871.

42 ZK-EGGER, Art. 8 ZGB N 23; vgl. auch SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 768, 778, 872.

43 BGE 128 III 180, E. 2d; BGer 4A_127/2013 E. 7.1; BGer 4A_626/2013 E. 5.2.

44 BÖCKLI (Fn. 6), § 18 N 368, 371, 432; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 21.

45 Vgl. dazu LUKAS HANDSCHIN/BEAT JUCKER, Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden, im Auftrags-, Arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: EVA-MARIA BÄNI/ANGELA OBRIST (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 317 ff., 327 f.; JUCKER (Fn. 5), Rz. 220 ff.

oder Zurückhalten von Beweismitteln des Gegners der beweisbelasteten Partei verstanden, das dazu führen kann, einen an sich möglichen Beweis zu verhindern oder zu erschweren und dadurch die Beweisführung der beweisbelasteten Partei scheitern zu lassen. Massgeblich ist dabei die Vernichtung der Beweisfunktion des Beweismittels.⁴⁶ Umstritten ist, wie auf eine durch Beweisvereitelung entstandene Beweisnot reagiert werden soll.⁴⁷ Neben einer Beweislastumkehr werden die Berücksichtigung des Verhaltens der Gegenpartei bei der Beweiswürdigung, eine Herabsetzung des Regelbeweismasses oder auch natürliche Vermutungen, dass die Behauptungen des Klägers richtig sind, befürwortet.⁴⁸

c) Gesetzgeberische Hinweise für eine Vermutung

Einer durch Beweisvereitelung ausgelösten Beweisnot hat der Gesetzgeber im Rahmen der Überschuldungsanzeige gleich selber entgegengewirkt, indem im Wortlaut der Bestimmung (Art. 725 Abs. 2 OR) richtigerweise eine gesetzliche Tatsachenvermutung zum Ausdruck kommt:

Begründete Besorgnis der Überschuldung kann auch dann bewiesen werden, wenn der Verwaltungsrat passiv geblieben ist und keine Zwischenbilanz erstellt hat. Die Indikatoren, welche eine begründete Besorgnis der Überschuldung auslösen können, sind beispielsweise Illiquidität, Zusammenbruch des Markts, mögliche Gerichtsverfahren, Schadensfälle, Preiszerfall oder Verluste bei Beteiligungsgesellschaften.⁴⁹ Diese Indikatoren lassen sich anhand von Unterlagen nachweisen, die der Verwaltungsrat gestützt auf diverse Dokumentationspflichten⁵⁰ erstellen muss und die mit Hilfe verschiedener Informationsinstrumente⁵¹ herausverlangt bzw. eingesehen werden können. Diese Dokumente sind von der Zwischenbilanz unabhängig, d.h., die begründete Besorgnis der Überschuldung lässt sich auch nachweisen, wenn sich der Verwaltungsrat pflichtwidrig verhalten hat und keine Zwischenbilanz erstellt hat. Wichtigste Beispiele sind die Geld-

46 GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, in: WALTER H. RECHBERGER/RUDOLF WELSER (Hrsg.), Verfahrensrecht – Privatrecht, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Wien 1986, S. 63 ff., 68; ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Diss. Bern 2008, Rz. 07.12.

47 Die Verletzung von Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten wirkt sich im Zivilprozess aus, wenn es für den beweisbelasteten Kläger darum geht, die Tatbestandsmerkmale der Verantwortlichkeitsklage nachzuweisen. Die gegen den Kläger wirkende Beweislastverteilung führt zu einem zweifelhaften Anreiz des Verwaltungsrats, die potentiellen Beweismittel nicht aufzubewahren, sodass dem Kläger die Rekonstruktion der möglicherweise pflichtwidrigen Handlungen nicht möglich ist. Um einen solchen Anreiz zu verhindern, zeigt JUCKER (Fn. 5) auf, dass bei Vereitelung des Urkundenbeweises durch Verletzung einer Aufbewahrungspflicht eine natürliche Vermutung, dass die Behauptungen des Klägers sind, angenommen werden sollte. Eine Umkehr der Beweislast wird abgelehnt.

48 Vgl. dazu JUCKER (Fn. 5), Rz. 582 f.

49 Vgl. dazu oben, S. 193

50 Vgl. dazu eingehend JUCKER (Fn. 5), Rz. 252 ff.

51 Insbesondere Art. 696 und 697 OR; vgl. zu den Informationsinstrumenten JUCKER (Fn. 5), Rz. 422 ff.

flussrechnung, der Liquiditätsplan, der Lagebericht, die Geschäftskorrespondenz aber auch die Jahresrechnung und die Revisionsberichte. Da die Überschuldungsanzeige einen gültigen Beschluss des Verwaltungsrats voraussetzt, können ferner auch die diesbezüglichen Verhandlungen, die im Verwaltungsratsprotokoll festgehalten sein müssen, wichtige Hinweise auf eine begründete Besorgnis der Überschuldung liefern.

Vor dem Hintergrund des Problems, dass das sichere Wissen über die Überschuldung nur dann vorliegen kann, wenn sich der Verwaltungsrat pflichtgemäss verhalten hat und eine Zwischenbilanz erstellt hat sowie dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR, wonach die Überschuldung angezeigt werden muss, wenn *begründete Besorgnis* einer Überschuldung besteht und nicht erst bei deren sicheren Kenntnis, kommt im Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR richtigerweise eine gesetzliche Tatsachenvermutung dergestalt zum Ausdruck, dass die Gesellschaft bei Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung tatsächlich überschuldet ist.

Eine solche Beweisprivilegierung bedeutet nicht, dass der Kläger den Beweis der Überschuldung nicht direkt erbringen kann, zum Beispiel durch eine Bilanz, die am Bilanzstichtag eine Überschuldung zeigt. Der Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung soll den Kläger aufgrund von Beweisproblemen besser stellen. Ob diese Privilegierung genutzt wird, ist in das Ermessen des Klägers gestellt.

d) Elemente der Vermutung

Für die Anwendung der (gesetzlichen) Vermutung, dass die Gesellschaft bei Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung tatsächlich überschuldet ist, braucht es dreierlei: Erstens ist eine vom Kläger zu beweisende Vermutungsbasis⁵² notwendig. Deren Tatsache, die begründete Besorgnis der Überschuldung, ist bekannt und anhand verschiedener Dokumente beweisbar. Allerdings ist sie bloss ein Indiz für die Vermutungsfolge. Zweitens braucht es eine Wahrscheinlichkeitsfolgerung, beispielsweise einen Erfahrungssatz,⁵³ welcher dem Richter im Rahmen des Rechtssatzes den Schluss vom Bekannten, der Vermutungsbasis, aufs Unbekannte, die Vermutungsfolge, vorgibt. Aus der Kombination von Vermutungsbasis und Erfahrungssatz ergibt sich drittens die Vermutungsfolge.⁵⁴

e) Vermutungsbasis

Die vom Kläger zu beweisende Vermutungsbasis, d.h. die Indizien, von denen anschliessend mit Hilfe des Erfahrungssatzes auf die Vermutungsfolge geschlossen werden muss, ist die *begründete Besorgnis* der Überschuldung, wie beispielsweise Illiquidität, Liefer sperren, Zusammenbruch des Markts oder der Weggang von Personal. Wie bereits festgestellt, genügt es bei passiv bleiben des Verwaltungsrats, wenn der Kläger die Haftung desselben aus der begründeten Besorgnis der Überschuldung ableitet. Eine solche kann

52 Vgl. dazu unten, S. 198 f.

53 Vgl. dazu unten, S. 199.

54 Vgl. dazu unten, S. 199.

auch dann bewiesen werden, wenn der Verwaltungsrat passiv bleibt und keine Zwischenbilanz erstellt.⁵⁵

f) Wahrscheinlichkeitsfolgerung

Den Vermutungen ist gemeinsam, dass aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsfolgerung Schlüsse vom Bekannten aufs Unbekannte gezogen werden. Grundlage solcher Wahrscheinlichkeitsfolgerungen, die auf der Einstufung der Möglichkeit des Eintretens beziehungsweise der Vorausssehbarkeit eines Ereignisses basieren, können Erfahrungssätze sein. Ein Erfahrungssatz ist etwas regelmässig Gegebenes, das verallgemeinerungsfähig ist.⁵⁶

Im Zusammenhang mit der Überschuldungsanzeige *muss* der Richter aufgrund des Erfahrungssatzes, dass beispielsweise bei fehlender Liquidität in der Regel auch eine Überschuldung besteht, von der Vermutungsbasis auf die Vermutungsfolge, die tatsächliche Überschuldung, schliessen. Im Unterschied zu den natürlichen Vermutungen sieht bei den gesetzlichen Vermutungen ein Rechtssatz den Schluss vom Bekannten aufs Unbekannte vor und bindet den Richter, derweil bei den natürlichen Vermutungen der Richter diese aus den Erfahrungen des täglichen Lebens gewinnt und bei der Würdigung der Beweise kritisch verwertet.⁵⁷

g) Vermutungsfolge

Bei Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung im Sinne der Vermutungsbasis, *muss* der Richter gestützt auf den Erfahrungssatz, dass beispielsweise bei fehlender Liquidität in der Regel auch eine Überschuldung besteht, auf die Vermutungsfolge, die tatsächliche Überschuldung der Gesellschaft, schliessen.

h) Entkräftungsmöglichkeiten

Der Vermutungsgegner kann die gesetzliche Tatsachenvermutung anhand zweier Möglichkeiten entkräften. Einerseits kann er durch Gegenbeweis die Vermutungsbasis, d.h. die Prämissen, die erst zur Vermutungsfolge führen, widerlegen.⁵⁸ Andererseits besteht die Möglichkeit, durch den sog. «Beweis des Gegenteils», einem Hauptbeweis, die Vermutungsfolge zu widerlegen.⁵⁹ Im Gegensatz zur natürlichen Vermutung kann gegen die im Erfahrungssatz zum Ausdruck kommende Denkkoperation kein Gegenbeweis erbracht werden, da diese vom Gesetzgeber vorgesehen worden ist.⁶⁰

Im Zusammenhang mit der Überschuldungsanzeige kann der Vermutungsgegner im Sinne des Gegenbeweises nachweisen, dass er keine begründete Besorgnis der Überschuldung hätte haben müssen. Der Beweis des Gegenteils kann erbracht werden, indem

55 ZK-HANDSCHIN (Fn. 16), Art. 725 OR N 86.

56 GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkomentar, Art. 151 ZPO N 3.

57 ZK-EGGER, Art. 8 ZGB N 23; vgl. auch SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 768, 778, 872.

58 ZK-EGGER, Art. 8 ZGB N 28; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 337.

59 BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 108, 338; SUTTER-SOMM (Fn. 30), Rz. 868.

60 BERGER-STEINER (Fn. 46), Rz. 02.31 ff.; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 363, 366.

der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz erstellt und nachweist, dass die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Die Zwischenbilanz ist somit potentiell entlastend.⁶¹

IV. Fazit

Die Pflicht zur Verfolgung der finanziellen Lage der Gesellschaft besteht gestützt auf die Finanzverantwortung konstant, und nicht erst im Zeitpunkt, in welchem begründete Besorgnis der Überschuldung besteht. Die Notwendigkeit, das Eigenkapital ständig zu verfolgen und in regelmässigen Abständen Zwischenbilanzen zu erstellen, hat somit in Art. 725 Abs. 2 OR keine eigenständige Bedeutung. Die Aufgabe dieser Bestimmung besteht vielmehr darin, den Zeitpunkt zu definieren, ab welchem die Überschuldung dem Gericht angezeigt werden muss, dann nämlich, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht und nicht erst bei deren sicheren Kenntnis.

Daneben ergibt sich vor dem Hintergrund des Problems, dass das sichere Wissen über die Überschuldung nur dann vorliegen kann, wenn sich der Verwaltungsrat pflichtgemäss verhalten hat und eine Zwischenbilanz erstellt hat sowie dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR, wonach die Überschuldung angezeigt werden muss, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht und nicht erst bei deren sicheren Kenntnis, eine gesetzliche Tatsachenvermutung dergestalt, dass die Gesellschaft bei Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung, tatsächlich überschuldet ist. Demgemäss muss der Richter bei Nachweis der begründeten Besorgnis der Überschuldung im Sinne der Vermutungsbasis, gestützt auf den Erfahrungssatz, dass beispielsweise bei fehlender Liquidität in der Regel auch eine Überschuldung besteht, auf die Vermutungsfolge, die tatsächliche Überschuldung der Gesellschaft, schliessen.

⁶¹ Vgl. zum Ganzen ZK-HANDSCHIN (Fn. 16), Art. 725 OR N 86.

Deficiencies of collective redress in Hungary and recommendations for codification¹

Table of Contents	Page
I. Preliminary Events Leading to a Focus on the Topic	203
II. Areas of Collective Redress under the Hungarian Regulation in Force	205
III. Lessons to Be Drawn from Foreign Experiences for Future Hungarian Legislation	207
1. Groups of Questions Recommended for Consideration Concerning Collective Redress	208
2. Propositions Contained in the Recommendations of the Thematic Committee	209
3. Placement of the Regulation in the New Hungarian Code of Civil Procedure – Structure	210
4. Recommended Types of Action	212
a) Actio Popularis	212
b) General Characteristics of Coordinated Actions	213
c) General Characteristics of a Future Class Action	214
d) Common Characteristics of Coordinated and Class Actions	214
IV. The Conception of the Government	215

¹ The essay was written within the framework of OTKA (Hungarian Scientific Research Fund) research project (registration number K-105559). The manuscript was completed in April 2015; therefore, it could not have regard to codification processes taking place following that date.