

Patric A. Brand / Thomas S. Müller

## **Konzerninterne Darlehen**

### **Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen (Swisscargo Entscheid)**

---

Das Bundesgericht hat am 16. Oktober 2014 einen wegleitenden Entscheid über die Berechnung der als Dividenden ausschüttbaren freien Mittel einer Aktiengesellschaft gefällt. Das Gericht ist der Auffassung, dass konzerninterne Darlehen, welche dem Drittmannstest nicht genügen, die frei verfügbaren Mittel im Umfang der Darlehenssumme de facto verringern. Der Beitrag analysiert den Bundesgerichtsentscheid und dessen Auswirkungen auf Konzernverhältnisse, insbesondere mit Blick auf konzerninterne Darlehensverträge und Cash Pool-Vereinbarungen.

---

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen  
Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht; Aktienrecht

Zitiervorschlag: Patric A. Brand / Thomas S. Müller, Konzerninterne Darlehen, in: Jusletter 15. Dezember 2014

## Inhaltsübersicht

- 1 Kernsätze des Bundesgerichtsurteils
- 2 Einleitung
- 3 Wesentliche Elemente des Sachverhalts
  - 3.1 Organisation des Finanzverkehrs in der Swissair Gruppe
  - 3.2 Bilanz der B.\_ AG
  - 3.3 Dividendenausschüttung
  - 3.4 Klagebegründung
- 4 Erwägungen und Entscheid im Überblick
  - 4.1 Verhältnis der Rückerstattungs- zur Verantwortlichkeitsklage
  - 4.2 Marktüblichkeit konzerninterner Darlehen
    - 4.2.1 Der Kapitalschutz
    - 4.2.2 De facto-Sperre
    - 4.2.3 Prüfung der Drittbedingungen
  - 4.3 Qualifikation des Agiokapitals
- 5 Anmerkungen
  - 5.1 Zielsetzung
  - 5.2 Allgemeingültige Aussagen des Urteils
    - 5.2.1 Verhältnis der Rückerstattungs- zur Verantwortlichkeitsklage
    - 5.2.2 Ausschüttung von Agio
    - 5.2.3 Konzerninterne Darlehen zulasten des gebundenen Kapitals möglich
    - 5.2.4 De facto-Sperrung bei Verstoss gegen den Drittmannstest
    - 5.2.5 Offene Fragen und Andeutungen
  - 5.3 Bedeutung des Urteils aus konzernrechtlicher Sicht
    - 5.3.1 Das Konzernphänomen und dessen Verrechtlichung
    - 5.3.2 Finanzierungsvorgänge im Konzern
    - 5.3.3 Organisationsrechtliche Problemlagen konzerninterner Darlehen
  - 5.4 Schranken der Kapitalerhaltung
    - 5.4.1 Herkömmliche Lehre
    - 5.4.2 Gewichtung der Drittmannskriterien durch das Bundesgericht
  - 5.5 Mögliche Folgen für die Praxis
    - 5.5.1 Cash Pool-Vereinbarungen
    - 5.5.2 Zur Bonität der Borgerin im zentralisierten Finanzverkehr
    - 5.5.3 Zur de facto-Sperre
      - 5.5.3.1 Beweggrund der de facto-Sperre
      - 5.5.3.2 Kritik
      - 5.5.3.3 Fehlende Notwendigkeit
      - 5.5.3.4 Umgang mit der de facto-Sperre/Reserve

### 1 Kernsätze des Bundesgerichtsurteils

[Rz 1] Das Anheben einer Verantwortlichkeitsklage setzt nicht voraus, vorab im Sinne einer Schadensminderungsobliegenheit eine Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR anzustrengen (E. 3).

[Rz 2] Konzerninterne Darlehen, welche gebundenes Kapital betreffen, sind zulässig, sofern sie zu Drittbedingungen abgeschlossen werden. Erfüllt ein konzerninternes Darlehen den Drittmannstest nicht, verringern sich die für die Dividendenausschüttung frei verfügbaren Mittel im Umfang der Darlehenssumme (E. 4).

[Rz 3] Das Agiokapital kann unter den gleichen Voraussetzungen wie die allgemeine gesetzliche Reserve an die Aktionäre als Dividende ausgeschüttet werden (E. 6).

## 2 Einleitung

[Rz 4] Das Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, bietet mannigfachen Anlass für eine vertiefte Auseinandersetzung. Das Bundesgericht hatte in diesem (den Nachlass der Swissair Gruppe betreffenden) Entscheid Gelegenheit, sich zu mehreren umstrittenen Rechtsfragen zu äussern. Erstens hat es zum in der Lehre umstrittenen Verhältnis der Rückerstattungs- zur Verantwortlichkeitsklage Stellung genommen.<sup>1</sup> Zweitens hat das Bundesgericht die herrschende Lehre und Praxis bestätigt, die seit Langem die Möglichkeit der Ausschüttung des Agiokapitals an die Aktionäre befürwortete.<sup>2</sup> Zentral sind indes die Erwägungen, die sich — zum ersten Mal in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung — mit den *organisationsrechtlichen Grenzen von konzerninternen Darlehen* beschäftigen.<sup>3</sup> Das Bundesgericht hat der konzerninternen Darlehensgewährung nach dem Grundsatz der Kapitalerhaltung klare Grenzen gesetzt. Konzernorganisationsrechtliche Überlegungen<sup>4</sup> und konzerninterne Finanzierungsvorgänge blendet das Urteil jedoch aus.<sup>5</sup>

## 3 Wesentliche Elemente des Sachverhalts

### 3.1 Organisation des Finanzverkehrs in der Swissair Gruppe

[Rz 5] Die B.\_ AG in Nachlassliquidation<sup>6</sup> (Klägerin und Beschwerdegegnerin) war eine (indirekt) vollständig beherrschte Tochtergesellschaft innerhalb der C.\_-Gruppe an deren Spitze die C.\_ AG<sup>7</sup> stand.<sup>8</sup> Die C.\_-Gruppe betrieb mit Wirkung per 1. August 1991 einen Zero Balancing Cash Pool<sup>9</sup>, an dem zwischen 28 und 50 Gesellschaften der C.\_-Gruppe teilnahmen. Als Poolführerin fungierte die in den Niederlanden domizilierte G.\_ BV. Die G.\_ BV war eine direkte Tochtergesellschaft der C.\_ AG. Als Poolbank war die Bank F.\_ AG beauftragt, welche zu diesem Zweck im

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu Ziff. 4.1.

<sup>2</sup> Vgl. dazu unten Ziff. 4.3.

<sup>3</sup> Vgl. dazu unten Ziff. 4.2.

<sup>4</sup> Hierzu BRAND PATRIC A., Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen, Studie zur positiven Verrechtlichung des Leistungs- und Finanzverkehrs verbundener Unternehmen, Diss. Bern 2014, Manuskript (angenommen durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern am 16. Oktober 2014; erscheint voraussichtlich anfangs 2015), N 1001 ff. und *passim*.

<sup>5</sup> Vgl. dazu unten 5.3.2. und 5.5.

<sup>6</sup> Es dürfte sich um die Swisscargo AG in Nachlassliquidation handeln (GLANZMANN LUKAS/WOLF MARKUS, Cash Pooling — Was ist noch zulässig?, Ausgewählte Bemerkungen zum Urteil HG130015-0 des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Januar 2014, GesKR 2014, 264 ff., 264).

<sup>7</sup> Es handelt sich hierbei wohl um die Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft (GLANZMANN/WOLF, [Fn. 6], 264).

<sup>8</sup> Die folgenden Ausführungen ergeben sich allesamt aus dem im zur Publikation vorgesehenen Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, wiedergegebenen Sachverhalt unter Abschnitt A oder B. Es wurde darauf verzichtet, hinter jeden einzelnen Satz einen Fundstellennachweis zu setzen; nur wo die Aussage von besonderer Relevanz erscheint, wurde dies getan. Es finden sich indes Hinweise auf weiterführende Literatur.

<sup>9</sup> Hierzu umfassend für das Schweizer Recht JAGMETTI LUCA, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007, Zürich/St. Gallen 2007 (= SSHW 267), 58 ff.; vgl. sodann zum Cash Pooling aus Schweizer Sicht BLUM OLIVER, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 705 ff.; BRAUCHLI ROHRER BARBARA/HÜNERWADEL ANDREAS, Cash Pooling im Konzern aus Sicht des Zivil- und des Steuerrechts, GesKR 2010, 151 ff.; BUCHSER MICHAEL, Liquiditätsbewirtschaftung im Cash Pool, Aktuelle Hürden und Hindernisse im schweizerischen Privat- und Steuerrecht, StR 2011, 274 ff. (Teil 1) und 396 ff. (Teil 2); HANDSCHIN LUKAS, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, in: Bohnet François/Wessner Pierre (Hrsg.), Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Basel 2006, 273 ff.; WEHRLI-DUCAUD JOCHEN, Steueroptimierte Konzernfinanzierung eines internationalen Unternehmens mittels Cash Pooling unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Grenzen, Basel 2011.

konzernexternen Verhältnis mit der C.\_ AG kontrahierte. Jede Poolteilnehmerin, so auch die B.\_ AG, schloss mit der G.\_ BV ein sogenanntes *Reciprocal Framework Agreement* ab. Dieses verpflichtete die am Pool teilnehmenden Gesellschaften zur gegenseitigen Darlehensgewährung. Die Poolteilnehmerinnen unterhielten bei der Bank F.\_ AG Teilnehmerkonten, über die sie ihre Zahlungen aus dem operativen Geschäft abwickelten. Am Ende eines jeden Geschäftstags wurden die Saldi der Teilnehmerkonten auf den Masteraccount der G.\_ BV überführt, den diese als Poolführerin ihrerseits bei der Bank F.\_ AG unterhielt. Der gesamte Liquiditätsüberschuss jedes Teilnehmerkontos (Sollsaldo) wurde so auf den Masteraccount überwiesen. Der Saldo der Teilnehmerkonten wurde am Ende eines jeden Geschäftstags auf Null gestellt. Wies ein Teilnehmerkonto ein Liquiditätsdefizit aus (Habensaldo), wurde dieses durch eine Zahlung aus dem Masteraccount ebenfalls auf Null ausgeglichen. Die Liquiditätsüberführungen begründeten Darlehensverhältnisse zwischen der mittelgewährenden und der mittelempfangenden Gesellschaft.<sup>10</sup> Aufgrund des zwischen der B.\_ AG und der G.\_ BV bestehenden Kontokorrentverhältnisses wurden die gegenseitigen Forderungen jeweils verrechnet. Der beschriebene Sachverhalt entspricht einem üblichen Zero Balancing Cash Pool.<sup>11</sup>

### 3.2 Bilanz der B.\_ AG

[Rz 6] Die Bilanz der B.\_ AG wies per 31. Dezember 2000 folgende Passiva aus: Aktienkapital CHF 2.5 Mio.; Agio CHF 2.43 Mio.; allgemeine Reserve CHF 1.25 Mio.; Bilanzgewinn CHF 29.17 Mio. Die Aktiva bestanden aus Darlehensforderungen gegenüber vollkonsolidierten Gruppenunternehmen im Umfang von CHF 23.65 Mio. Diese Darlehensforderungen setzten sich zusammen aus (i) einem Darlehen über rund CHF 16.5 Mio. gegenüber der G.\_ BV aus dem Reciprocal Framework Agreement des Cash Pools und (ii) einer Festgeld-Anlage von CHF 7.2 Mio., die aus kurz- bis mittelfristigen Darlehen gegenüber der C.\_ AG herrührten. Die Darlehensforderung aus dem Reciprocal Framework Agreement stellte ein *Cross-stream-Darlehen* dar, d.h. ein Darlehen, welches einem Konzernunternehmen gewährt wird, welches indirekt derselben einheitlichen Leitung untersteht wie die mittelgewährende Gesellschaft.<sup>12</sup> Diese Position stellt vereinfacht ausgedrückt ein Darlehensverhältnis unter Schwestergesellschaften dar.<sup>13</sup> Die Darlehensforderung gegenüber der C.\_ AG, also gegenüber dem herrschenden Unternehmen der Gruppe, welche die Geschicke der C.\_-Gruppe leitete, stellte ein *Upstream-Darlehen* dar. Hier handelt es sich um ein Darlehen, das die Borgergesellschaft einer Darlehensnehmerin gewährt, deren einheitlichen Leitung sie (wenigstens potenziell) untersteht.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. bereits das Urteil des Bundesgerichts 4A\_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 2. Die Forderungsverhältnisse, die zwischen den Konzerngesellschaften aus den Cash Pool-Transaktionen herrühren, werden nach herrschender Lehre dem Darlehensrecht unterstellt (BRAND, Upstream-Darlehen, [Fn. 4], N 471).

<sup>11</sup> Siehe JAGMETTL, (Fn. 9), 59 ff.

<sup>12</sup> BRAND PATRIC A., Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen von Down-, Up- und Side-Stream-Transaktionen, Jusletter vom 22. August 2011, Rz. 61; DERS., Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 484; GLANZMANN LUKAS, Konzern-Kreditfinanzierungen aus der Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011, 229 ff., 231; KUNZ PETER V., Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, 87 f.

<sup>13</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 12.

<sup>14</sup> BRAND, Aspekte, (Fn. 12), Rz. 60; DERS., Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 476 ff.; GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 230 f.; KUNZ, Konzernfinanzierung, (Fn. 12), 87 f.

### 3.3 Dividendenausschüttung

[Rz 7] Der Verwaltungsrat der B.\_ AG beantragte der Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2000 die Ausschüttung einer Dividende in der Höhe von CHF 28.5 Mio. Die Revisionsstelle, die A.\_ AG, mithin Beklagte und Beschwerdeführerin, prüfte den Jahresabschluss und bestätigte zuhanden der Generalversammlung die Gesetzes- und Statutenkonformität der beantragten Ausschüttung. In der Folge beschloss die Generalversammlung die vom Verwaltungsrat beantragte Dividendenausschüttung. Die Dividendenauszahlung erfolgte, indem die B.\_ AG von ihrem Teilnehmerkonto eine Überweisung über CHF 28.5 Mio. zugunsten ihrer Aktionärin, der D.\_ AG, auf deren Teilnehmerkonto veranlasste; in der Folge wurden alsdann die Konten wieder auf Null gestellt.<sup>15</sup> Durch diese Überweisung reduzierte sich das Guthaben der B.\_ AG gegenüber der F.\_ BV, der Cash Poolleaderin, von CHF 34.8 Mio. (Gesamtsaldo aus dem Kontokorrentverhältnis der bisherigen Cash Pool-Transaktionen) auf CHF 6.3 Mio.<sup>16</sup>

### 3.4 Klagebegründung

[Rz 8] Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (Nachlassmasse der B.\_ AG in Nachlassliquidation) stellte sich auf den Standpunkt, die Beklagte und Beschwerdeführerin (A.\_ AG) habe sich aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar gemacht, indem sie eine um CHF 21.73 Mio.<sup>17</sup> zu hoch beantragte Dividende vorbehaltlos absegnete. Zur Begründung führte die Beschwerdegegnerin aus, die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, im Revisionsbericht auf einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr hinzuweisen. Im Umfang der konzerninternen Darlehen sei das grundsätzlich zur Ausschüttung bestimmte Eigenkapital *de facto* gesperrt gewesen. Zudem habe sie nicht auf die fehlende Liquidität und auf die Notwendigkeit der Wertberichtigungen auf Konzernforderungen hingewiesen. Wäre der pflichtwidrig ausbezahlte Betrag im Umfang von CHF 21.73 Mio. — vereinfacht ausgedrückt — im Cash Pool verblieben, so hätte sie im Konkurs der G.\_ BV eine um rund CHF 4.07 Mio. höhere Konkursdividende erhalten.

## 4 Erwägungen und Entscheid im Überblick

### 4.1 Verhältnis der Rückerstattungs- zur Verantwortlichkeitsklage

[Rz 9] Das Bundesgericht äussert sich in E. 3 erstmals zum Verhältnis der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR) zur Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR).<sup>18</sup> Die Beschwerdeführerin machte geltend, die Beschwerdegegnerin verfüge über einen Rückerstattungsanspruch gegenüber ihrer Aktionärin aufgrund der angeblich zu viel bezahlten Dividenden. Indem sie nicht versucht habe, diesen Rückerstattungsanspruch durchzusetzen, sei die Beschwerdegegnerin ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen. In Übereinstimmung mit dem Zürcher Handelsgericht

---

<sup>15</sup> Dies ergibt sich lediglich aus dem Urteil des Handelsgerichts, nicht aber unmittelbar aus den bundesgerichtlichen Erwägungen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130015-0 vom 20. Januar 2014, 52 f., E. 6.2.).

<sup>16</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130015-0 vom 20. Januar 2014, 53, E. 6.2.

<sup>17</sup> Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130015-0 vom 20. Januar 2014, 53, E. 6.2.

<sup>18</sup> Die nachfolgenden Ausführungen finden sich sinngemäss in E. 3 des besprochenen Bundesgerichtsentscheids (Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3). Es wurde der Einfachheit halber darauf verzichtet, hinter jeden Satz den exakten Fundstellennachweis zu setzen (vgl. auch Fn. 8).

verneinte indes das Bundesgericht, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen sei, vor dem Verantwortlichkeitsprozess eine Rückerstattungsklage anzustrengen. Nach einer Auseinandersetzung mit den in der Lehre vertretenen Meinungen<sup>19</sup> hielt es — im Wesentlichen BÖCKLI<sup>20</sup> folgend — fest, dass eine derart grundsätzlich strukturelle Frage nicht über die Schadensminderungsobliegenheit gelöst werden könne.<sup>21</sup>

## 4.2 Marktüblichkeit konzerninterner Darlehen

### 4.2.1 Der Kapitalschutz

[Rz 10] Das Bundesgericht prüfte in E. 4, ob das von der B.\_ AG an die G.\_ BV gewährte Cross-stream-Darlehen eine verbotene Einlagerückgewähr darstellte und daher das für die Dividendenzahlung verwendete Eigenkapital gesperrt gewesen sei.<sup>22</sup> Analoges prüfte es mit Blick auf das von der B.\_ AG an ihre Muttergesellschaft, der C.\_ AG, gewährte Upstream-Darlehen.

[Rz 11] Das Bundesgericht hielt vorab fest, dass der Kapitalschutz eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts darstelle.<sup>23</sup> Er stelle sicher, dass eine Gesellschaft stets über ein Reinvermögen (Aktiven minus Fremdkapital) mindestens im Umfang des Grundkapitals und der gebundenen Reserven verfüge. Zu den Kapitalschutzbestimmungen gehörten zweifelsohne Art. 680 Abs. 2 OR und das hieraus abgeleitete Verbot der Einlagerückgewähr.<sup>24</sup> Hernach stehe dem Aktionär kein Recht zu, den für die Liberierung seiner Aktien einbezahlten Betrag zurückzuverlangen. Umgekehrt sei es der Gesellschaft verboten, dieses Kapital an seine Aktionäre auszuschütten.<sup>25</sup> Nach herrschender Lehre gelangten diese Grundsätze ebenfalls auf Up- und Cross-stream-Darlehen zur Anwendung und setzten daher der Gewährung von Darlehen zwischen Konzerngesellschaften Grenzen. Die Gewährung eines Darlehens an eine Mutter- oder Schwestergesellschaft stelle dann eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung dar, wenn dieses nicht zu Drittbedingungen ausgerichtet werde.<sup>26</sup>

### 4.2.2 De facto-Sperre

[Rz 12] Werde ein Darlehen aus Mitteln gewährt, die nicht dem nach Art. 680 Abs. 2 OR geschützten Kapital zugeordnet sind, habe dies mit Blick auf die Dividendenausschüttung gleichwohl Konsequenzen. Die Ausrichtung eines nicht marktkonformen Darlehens sperre, so das Bundes-

---

<sup>19</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.2.1 f.

<sup>20</sup> BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung, unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 567 m.w.H.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.2.3.

<sup>22</sup> Die nachfolgenden Ausführungen finden sich sinngemäss in E. 4 des besprochenen Bundesgerichtsentscheids (Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4). Es wurde der Einfachheit halber darauf verzichtet, hinter jeden Satz den exakten Fundstellennachweis zu setzen (vgl. auch oben Fn. 8).

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.1.

<sup>24</sup> Wohl zu Recht kritisch zum überkommenen Verständnis des Verbots der Einlagerückgewähr KÄGI URS, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke — Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Fribourg 2012, Zürich/St. Gallen 2012 (= SSW 309), § 4 N 108 ff. und *passim*; vgl. auch BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 1016 ff.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.1.

<sup>26</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.2.

gericht, *de facto* das frei verfügbare Eigenkapital im Umfang dieses nicht marktüblichen Darlehens. Damit folgte das Bundesgericht einer in der Lehre vertretenen Meinung,<sup>27</sup> wonach eine *de facto*-Sperrung im Umfang des (wertberichtigten) Darlehens greifen müsse, um der Gefahr einer doppelten Verwendung desselben Eigenkapitals vorzubeugen.<sup>28</sup> Mit anderen Worten wäre, um den bundesgerichtlichen Erwägungen Genüge zu tun, inskünftig in jedem Fall eine Reserve im Umfang der Darlehensvaluta zu bilden, falls das Darlehen nicht (zweifelsfrei) Drittbedingungen entspricht. Diese Reserve ist freilich dem Bereich des gebundenen Kapitals zuzurechnen.

#### 4.2.3 Prüfung der Drittbedingungen

[Rz 13] Im Weiteren prüfte das Bundesgericht die von der Beschwerdegegnerin gewährten Darlehen auf seine Drittmannskonformität. Auf die Erwägungen der Vorinstanz, die es in E. 4.3 wiedergibt, und auf die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin ging es nicht im Einzelnen ein. Es hielt einmal fest, dass es schon im Grundsatz fraglich sei, ob bereits die Teilnahme am Cash Pool an sich, bei dem die Teilnehmerin (wie hier) über ihre Liquidität verfüge, einem Drittmannstest standhalte.<sup>29</sup> Doch auch diese Frage liess das Bundesgericht offen. Es hielt weiter fest, dass die Beschwerdegegnerin nicht in Abrede stelle, dass das der Poolführerin gewährte Darlehen nicht besichert gewesen sei. Ebenfalls habe die Beschwerdegegnerin nicht behauptet, sich mit der Bonität der Schuldnerin befasst zu haben. Allein aufgrund dieser Umstände — und damit kann nach dem hier vertretenen Verständnis kumulativ die fehlende Besicherung einerseits und die fehlende Auseinandersetzung mit der Bonität der Schuldnerin andererseits gemeint sein — würden die beiden Darlehen im Umfang von CHF 16.5 bzw. 7.2 Mio. nicht Drittbedingungen entsprechen.<sup>30</sup> Betreffend die Frage, ob genügend ausschüttbare Mittel vorhanden seien, sei nicht der Zeitpunkt der Darlehensgewährung, sondern der Bilanzstichtag massgebend.<sup>31</sup> Folglich würden die beiden Darlehen das frei verfügbare Eigenkapital im Umfang der Darlehensvaluta sperren und nicht für Ausschüttungen zur Verfügung stehen.

### 4.3 Qualifikation des Agiokapitals

[Rz 14] Die Vorinstanz vertrat den Standpunkt, dass zum nach Art. 680 Abs. 2 OR geschützten Kapital auch das Agio gehöre, solange es nicht in die gesetzliche Reserve eingebucht sei. Dem widersprach das Bundesgericht.<sup>32</sup> Es hielt fest, dass die in Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR enthaltene Zuweisungsvorschrift des Agios in die allgemeine Reserve qualifizierend wirke. Die Zuweisung in jene allgemeine Reserve erfolge mithin ohne Zutun der Generalversammlung. Damit ist eine

---

<sup>27</sup> MAURER MATTHIAS/HANDLE MARCO, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, Urteilsbesprechung 4A\_248/2012, GesKR 2013, 287 ff.; vgl. auch NEUHAUS MARKUS/WATTER ROLF, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 173 ff., 195.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.2.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.5.

<sup>30</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.5.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.5 und E. 5.2.

<sup>32</sup> Die nachfolgenden Ausführungen finden sich sinngemäss in E. 6 des besprochenen Bundesgerichtsentscheids (Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 6). Es wurde der Einfachheit halber darauf verzichtet, hinter jeden Satz den exakten Fundstellennachweis zu setzen (vgl. auch oben Fn. 8).

Umbuchung im Sinne eines Zwischenschritts fortan nicht mehr notwendig. Das Agio unterstehe ab dem Moment seiner Erfassung in den Geschäftsbüchern den Ausschüttungsregeln der allgemeinen gesetzlichen Reserve. Es könne daher ausgeschüttet werden, soweit die allgemeine Reserve die Hälfte des Aktienkapitals übersteige. Das Bundesgericht folgte hier der Mehrheit der Lehrmeinungen sowie der wohl mehrheitlichen Revisionspraxis. Es lehnte insbesondere die Auffassung BÖCKLI<sup>33</sup> ab, der stets dafür eingetreten ist, dass das Agio — da nicht Gewinnanteil im Sinne von Art. 660 Abs. 1 OR — nicht zur Verteilung an die Aktionäre bestimmt sei und daher überhaupt nicht ausgeschüttet werden dürfe.

## 5 Anmerkungen

### 5.1 Zielsetzung

[Rz 15] Die nachfolgenden Ausführungen nehmen nicht primär den konkreten Fall an sich auf,<sup>34</sup> sondern besprechen eigene allgemeingültige Erkenntnisse des *Swisscargo* Entscheids, die für die Konzernfinanzierung generell von Relevanz sind. Insofern steht nicht im Vordergrund, ob der Entscheid «richtig» oder «falsch» ausgefallen ist. Von Bedeutung ist vielmehr, welche allgemeinen Aussagen sich gewinnen lassen und wie mit den Ergebnissen des Urteils inskünftig umgegangen werden muss.<sup>35</sup>

### 5.2 Allgemeingültige Aussagen des Urteils

#### 5.2.1 Verhältnis der Rückerstattungs- zur Verantwortlichkeitsklage

[Rz 16] Der Entscheid beantwortet im Wesentlichen drei umstrittene Rechtsfragen und schafft in diesen Punkten Rechtssicherheit für die (Beratungs-)Praxis.

[Rz 17] Die Verantwortlichkeitsklage und die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR stehen zumindest insofern in einem *alternativen Verhältnis* zueinander, als das Anheben der Rückerstattungsklage nicht im Sinne einer Schadensmilderungsobliegenheit vorgezogen werden muss.<sup>36</sup> Auf den ersten Blick scheint dies zumindest dogmatisch nicht ganz lupenrein, denn insoweit der Rückerstattungsanspruch werthaltig ist, schliesst er — zumindest *prima vista* — in selbigem Umfang einen Schaden aus.<sup>37</sup> Aus Praktikabilitätsüberlegungen ist der Entscheid gleichwohl zu begrüssen. Die dogmatische Begründung bedürfte dagegen der vertieften Erörterung.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, (Fn. 20), § 12 N 526.

<sup>34</sup> Hierzu BLUM OLIVER, Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, Besprechung des Urteils HG130015 des zürcherischen Handelsgerichts vom 20. Januar 2014 und des Bundesgerichtsurteils 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, GesKR 2014, Vorabversion, 1 ff. (abrufbar unter: [http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/online-beitraege/Vorabversion\\_Blum.pdf](http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/online-beitraege/Vorabversion_Blum.pdf)).

<sup>35</sup> Vgl. unten 5.2.

<sup>36</sup> Vgl. insb. Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.2.3.

<sup>37</sup> BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 950.

<sup>38</sup> Das Problem bedürfte wohl der ganz grundsätzlichen Untersuchung von Elementarbegriffen der Rechtswissenschaft wie «Schaden» und «Leistung», wobei das Problem im Vermögensbegriff zu verorten sein dürfte (vgl. BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 905, und insbesondere die vorzüglichen Ausführungen zum Vermögensbegriff bei EGEL MARTIN, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Diss. Bern 2013, Bern 2013 [= ASR 795], N 3.13 ff.).

### 5.2.2 Ausschüttung von Agio

[Rz 18] Agio kann unter den gleichen Voraussetzungen an die Aktionäre ausgeschüttet werden wie die allgemeine gesetzliche Reserve. Ein vorgängiger Umbuchungsbeschluss ist nicht mehr erforderlich. Das Agiokapital ist damit, sofern es die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt, *ex lege ausschüttbar*.<sup>39</sup> Damit hat das Bundesgericht einen lang andauernden Lehrstreit im Sinne der Mehrheitsmeinung entschieden.<sup>40</sup> Insofern ist der Entscheid sehr zu begrüssen. Er schafft Rechtssicherheit.

### 5.2.3 Konzerninterne Darlehen zulasten des gebundenen Kapitals möglich

[Rz 19] Darlehen, welche unter verbundenen Unternehmen zulasten des gebundenen Kapitals gewährt werden, können *zulässig* sein. Voraussetzung ist, dass die Bedingungen der Darlehensgewährung den *Drittmannstest* bestehen.<sup>41</sup> Mit anderen Worten bestätigte das Bundesgericht in diesem Punkt die herrschende Lehre.<sup>42</sup>

[Rz 20] Entscheidend für die Zulässigkeit ist demnach einzig die Drittmannskonformität des Mittelflusses. Diese Lesart der Entscheidung folgt unseres Erachtens einmal aus dem systematischen Zusammenhang der E. 4.2 des Urteils sowie der Tatsache, dass sich das Bundesgericht in diesem Punkt vorbehaltlos der dort zitierten herrschenden Lehre anzuschliessen scheint.

---

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 6.2.1.

<sup>40</sup> Ausführlich OSER DAVID/VOGT HANS-UELL, Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigen Aktienrecht, Zugleich eine Auseinandersetzung mit dem Entwurf für ein revidiertes Kapitalherabsetzungsrecht, GesKR 2012, 10 ff.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.2.

<sup>42</sup> BINDER PETER M., Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Diss. Bern 1980, Winterthur 1981, 84 f.; BRAND, Aspekte, (Fn. 12), Rz. 149 ff.; DERS., Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 1033 f.; DRUEY JEAN NICOLAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, Systematische Darstellung mit Einschluss des Rechts für börsenkotierte Gesellschaften und des Wertpapierrechts, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010 — bearbeitet von Eva Druey Just und Lukas Glanzmann, § 11 N 75; FRIZ ENRICO, Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR 2006, 325 ff., 328; GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen 1996, Bern/Stuttgart/Wien 1996 (= SSPHW 45), 99; DERS., Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 242 ff.; GLANZMANN/WOLF, Cash Pooling, (Fn. 7), 266 ff.; JAGMETTI, (Fn. 9), 179; KÄGI, (Fn. 24), § 5 N 102 ff.; KUNZ, Konzernfinanzierung, (Fn. 12), 86; KURER PETER/KURER CHRISTIAN, Kommentierung der Art. 675—682, 800 und 904 OR, in: Honssell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530—694 OR, Art. 1—6 SchlT AG, Art. 1—11 Übest GmbH, 4. Auflage, Basel 2012, N 22 zu Art. 680 OR; PROBST DIETER, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Diss. Bern 1981, Zürich 1981, 24 f.; WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Das Darlehen, Art. 312—318 OR mit Anhang zu Bankverträgen, Bern 2013, N 82 zu Art. 312 OR; vgl. auch FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 348 f.; HEUBERGER RETO, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus der Sicht des Aktien- und des Gewinnsteuerrechts, Diss. Bern 2001 (= BBSW 15), 37; MEYER TOBIAS, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss. Zürich 2008, Zürich/St. Gallen 2009 (= SSHW 282), 78 f. und sodann unten 5.2.3.—5.2.5.; a.A. BOCHUD LOUIS, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1989, Bern 1991 (= BBSW 2), 147, 157 ff. und 214; BÖCKLI, Aktienrecht, (Fn. 20), § 12 N 544 ff.; DERS., Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderling Hans/Tschudi Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 527 ff., 539 ff. und *passim*; MAURER/HANDLE, (Fn. 27), 296 und 298; MÜLLER THOMAS F., Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Diss. Bern 1995, Bern 1997 (= BBSW 11), 82 ff. und 133 f.

#### 5.2.4 De facto-Sperrung bei Verstoss gegen den Drittmannstest

[Rz 21] Betreffen die Darlehen lediglich *ungebundenes Kapital* und erfüllen diese den Drittmannstest nicht, so *sperrt* gemäss Bundesgericht das Darlehen im Umfang der vollen Valuta die freien Mittel der Gesellschaft für Dividendenausschüttungen.<sup>43</sup> Unseres Erachtens hat das Bundesgericht hier nicht im Einklang mit der herrschenden Lehre entschieden. Die eingangs der E. 4.2 des Urteils zitierten Lehrmeinungen<sup>44</sup> sehen das Konzept der *de facto*-Sperrung nicht vor, und zwar wohl deshalb, weil es selbiges Konzept, zumindest aus buchhalterischer Sicht, (so jedenfalls) nicht braucht.<sup>45</sup>

[Rz 22] Verallgemeinernd kann unseres Erachtens gleichwohl festgehalten werden, dass Darlehen — zumindest mit Blick auf den Grundsatz der Kapitalerhaltung — auch dann *rechters* sind, wenn sie den Drittmannstest nicht bestehen. In diesem Fall muss jedoch eine Sperrreserve mit Blick auf die Dividendenausschüttung gebildet werden. Diese Sperrreserve gründet das Bundesgericht auf einer Analogie zu Art. 659a Abs. 2 OR,<sup>46</sup> der im Übrigen durch Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR materiell bereits aufgehoben ist.<sup>47</sup>

#### 5.2.5 Offene Fragen und Andeutungen

[Rz 23] Vieles lässt der *Swisscargo* Entscheid unbeantwortet. Insbesondere was die Grenzen der Zulässigkeit der konzerninternen Darlehensvergabe betrifft, schafft er wenig Klarheit und hinterlässt *beträchtlichen Interpretationsbedarf*.

[Rz 24] Bedauerlicherweise lässt sich der Entscheid gerade nicht darüber aus, welche *Anforderungen* an das Erfüllen des *Drittmannstests* gestellt werden müssen. Immerhin wird aus der Lektüre klar, dass das Element der *Besicherung* ein wesentlicher Faktor bei dessen Beurteilung war.<sup>48</sup> Gleiches gilt nach der hier vertretenen Meinung für die Beurteilung der *Bonität des Schuldners*. Unklar erscheint, ob die fehlende Besicherung und die fehlende Überprüfung der Bonität alternativ oder kumulativ zum Scheitern des Drittmannstests geführt haben.

[Rz 25] Der Entscheid beantwortet im Weiteren nicht, ob die fraglichen Darlehen einen *Rückforderungsanspruch* aus Art. 678 OR begründen,<sup>49</sup> geschweige denn, wie es sich mit der *Organvollmacht* zum Abschluss besagter Geschäfte verhält.<sup>50</sup> Einer Stellungnahme konnte sich das Bundesgericht nur deshalb enthalten, weil lediglich mit Blick auf die Dividendenausschüttung entschieden werden musste, welche Rechtsfolgen diese Darlehen nach sich ziehen.

[Rz 26] Unglücklich ist die Aussage des Bundesgerichts, wonach schon grundsätzlich fraglich sei, ob die Teilnahme an einem Zero Balancing Cash Pooling an sich überhaupt zu Drittbedingun-

---

<sup>43</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.2 *in fine*.

<sup>44</sup> Etwa KUNZ, Konzernfinanzierung, (Fn. 12), 96.

<sup>45</sup> Vgl. unten 5.5.3.; ablehnend auch BLUM, (Fn. 34), 8 ff.

<sup>46</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.2 *in fine*.

<sup>47</sup> Das neue Rechnungslegungsrecht ist auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten (AS 2012 6679; BBl 2008 1589, insb. 1660). Art. 659a OR scheint nur aus Versehen nicht gestrichen worden zu sein (siehe GLANZMANN LUKAS, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 2012, 205 ff.).

<sup>48</sup> Diesbezüglich ist die betreffende Stelle in E. 4.5 sogar *kursiv* geschrieben: «[...] *vollkommen ungesichertes Darlehen* [...]», obwohl das Dokument kaum grafische Hervorhebungen enthält.

<sup>49</sup> Anders wohl BLUM ([Fn. 34], 5), der vom Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung ausgeht.

<sup>50</sup> Zu diesem Fragen etwa GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 235 ff.

gen abgewickelt werden könne.<sup>51</sup> Allerdings stellt sich diese Frage nicht primär unter kapitalerhaltungsrechtlichen Aspekten als vielmehr mit Blick auf die unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats eines Poolteilnehmers und dessen Sorgfaltspflichten. Diesbezüglich ist mit Blick auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR und Art. 717 Abs. 1 OR zu klären, unter welchen Bedingungen es zulässig sein kann, über sämtliche Liquidität der Gesellschaft zu verfügen.

## 5.3 Bedeutung des Urteils aus konzernrechtlicher Sicht

### 5.3.1 Das Konzernphänomen und dessen Verrechtlichung

[Rz 27] Konzerne werden gemeinhin definiert als Unternehmensgruppen oder verbundene Unternehmen.<sup>52</sup> Gerne werden sie auch als polykorporative Wirtschaftseinheiten beschrieben.<sup>53</sup> Nach gängiger Auffassung erfüllen Unternehmensgruppen den Konzernatbestand sobald eine herrschende Unternehmung eine oder mehrere abhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammenfasst oder diese zumindest zusammenfassen könnte.<sup>54</sup> Die Rechtsfragen, welche Konzerne aufwerfen, sind mannigfaltig. Von grossem praktischem Interesse ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein fiduziarischer Verwaltungsrat, d.h. ein Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft, für Entscheide haftbar gemacht werden kann, die er im Interesse der Unternehmensgruppe (und regelmässig auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens), nicht aber im Interesse seiner Gesellschaft getätigt hat. Die Problematik stellt sich namentlich bei Finanzierungssachverhalten.<sup>55</sup> Hier sind insbesondere die Grenzen zu beachten, welche das auf den einzelnen Unternehmensträger gemünzte Organisationsrecht setzt.<sup>56</sup> Dazu gehören insbesondere Bestimmungen, die im Interesse der Kapitalerhaltung statuiert sind, so namentlich der im vorliegenden Entscheid relevante Art. 680 Abs. 2 OR.<sup>57</sup>

[Rz 28] Die Verrechtlichung des Konzernphänomens an sich ist noch immer in den Anfängen begriffen.<sup>58</sup> Wohl haben Rechtsprechung, Lehre und Praxis das Phänomen zu erfassen versucht, doch scheinen eigentliche Grundkonzepte kaum vorhanden zu sein.<sup>59</sup> Eine Ausnahme bildet das Konzept von AMSTUTZ.<sup>60</sup> AMSTUTZ versteht das Konzernrecht als Recht der Verbindungen zwi-

---

<sup>51</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.5.

<sup>52</sup> KUNZ PETER V., Klarstellungen zur Konzernhaftung, Bundesgerichtsentscheid 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010, recht 2011, 42; DERS., Konzernfinanzierung, (Fn. 13), 81; DERS., Transparenz(en) im Konzern, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 124 f.

<sup>53</sup> BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 34 m.w.H.; vgl. insb. die Begriffsbeschreibung bei TEUBNER GUNTHER, Unitas Multiplex, Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen, ZGR 1991, 189 ff., 204: «[h]ierarchisch organisiertes Netzwerk semiautonomer Unternehmen [...]».

<sup>54</sup> HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel 1992, Zürich 1994, 1, 21 und 30 ff.; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, 2. Auflage, Basel 2005, 16.

<sup>55</sup> Aus der Sicht des Cash Pools diesbezüglich JAGMETTI, (Fn. 9), 140 ff.; allg. etwa ZYSSET PASCAL, 2012 — Das Ende des fiduziarischen Verwaltungsrats?, Jusletter vom 24. Oktober 2011, Rz. 4 ff. m.w.H.

<sup>56</sup> Ausführlich unter Zugrundelegung eines konzerndimensionalen Ansatzes BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 94 ff. und N 848 ff.

<sup>57</sup> Siehe BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 1001 ff.

<sup>58</sup> BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 5.

<sup>59</sup> Siehe BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 209 ff.

<sup>60</sup> AMSTUTZ MARC, Konzernorganisationsrecht — Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Diss. Zürich 1992, Bern 1993 (= ASR 551), N 772 und *passim*.

schen den Konzernunternehmen.<sup>61</sup> Die Verrechtlichung hat daher durch die Inbezugsetzung der einzelnen Organisationsstatuten der Konzernglieder zu erfolgen.<sup>62</sup> Leitbild und Ausgangslage der rechtlichen Erschliessung ist die polykorporative Netzwerkstruktur, mithin die dezentrale Heterarchie der Konzernunternehmung.<sup>63</sup> Diese spiegelt sich unter anderem in den verbundsin-  
ternen Vermögensflüssen.

### 5.3.2 Finanzierungsvorgänge im Konzern

[Rz 29] Ein zentrales Thema der Wirtschaftsrechtspraxis sind Finanzierungssachverhalte, die Unternehmensgruppen betreffen.<sup>64</sup> Zu den täglichen Geschäften unter verbundenen Unternehmen gehören Massnahmen des zentralen Finanzmanagements.<sup>65</sup> Hierzu zählen insbesondere die gruppenumfassende Planung und Zurverfügungstellung von kurz-, mittel- und langfristigen Finanzierungsquellen.<sup>66</sup> In der Praxis sind daher regelmässig Vertragswerke auszumachen, welche Rechte und Pflichten der Gruppengesellschaften in Bezug auf die Zurverfügungstellung kurz- und mittelfristiger liquider Mittel statuieren. Diese werden etwa in *Treasury Centralisation Agreements*, *Cash Pool Agreements* oder in Dokumenten mit ähnlicher Bezeichnung geregelt. Die nur für wenige Stunden zur Verfügung gestellte Liquidität erfolgt dabei über Cash Pool-Transaktionen (im engeren Sinne). Die mittelfristige Liquidität wird beispielsweise mittels short-term-loans sichergestellt, die Laufzeiten von wenigen Tagen bis mehreren Monaten aufweisen. Hiervon legt auch das Finanzmanagement der zu liquidierenden Swissair Gruppe Zeugnis ab.<sup>67</sup> Nicht selten sind die Vertragswerke, denen sich die abhängigen Unternehmen anschliessen (müssen), unausgewogen ausgestaltet. Oft enthalten diese Verträge nicht die notwendigen Kündigungsrechte für den Fall substanzieller finanzieller Verschlechterung der Schuldnerin oder gewähren nicht die erforderlichen Informationsrechte, welche eine zuverlässige Beurteilung der Bonität der Schuldnergesellschaft erlauben würden.<sup>68</sup> Solche Verträge und eine mögliche Verantwortlichkeit der kontrahierenden Organe sind im Lichte des Swisscargo Entscheids neu zu würdigen.<sup>69</sup>

---

<sup>61</sup> AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, (Fn. 60), N 389 ff.

<sup>62</sup> AMSTUTZ MARC, *Musique plurielle: Überlegungen zu einem konzernorganisatorischen Haftungsrecht*, in: Amstutz Marc/Niggli Marcel Alexander (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Basel 2007, 125 ff., 139 f.

<sup>63</sup> AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, (Fn. 60), N 389 ff.; DERS., *Musique*, (Fn. 62), 130 ff.; jüngst hat das Netzwerk-konzept auch in der steuerrechtlichen Konzernliteratur Zustimmung erfahren (vgl. REGLI FLORIAN, *Grundlagen für die Konzernbesteuerung im schweizerischen Steuerrecht, Mängel bei der Besteuerung von Konzernen im geltenden Recht, Konzernrechtswirklichkeit und Konzernwirklichkeitskonstruktion sowie Gestaltungsalternativen für eine Konzernbesteuerung in der Schweiz*, Diss. St. Gallen 2013, Bern 2013, N 277 ff. und N 755 ff.). Vgl. sodann BRAND, *Upstream-Darlehen*, (Fn. 4), N 334 ff. Das Netzwerkleitbild geht zurück auf TEUBNER (Fn. 53), 189 ff., insb. 203 f.

<sup>64</sup> Allg. KUNZ, *Konzernfinanzierung*, (Fn. 12), 46 ff.

<sup>65</sup> Jüngst etwa GLANZMANN/WOLF, (Fn. 6), 265.

<sup>66</sup> BRAND, *Upstream-Darlehen*, (Fn. 4), N 441; LUTTER MARCUS/SCHEFFLER EBERHARD/SCHNEIDER UWE H., *Der Konzern als finanzwirtschaftliche Einheit*, in: Lutter Marcus/Scheffler Eberhard/Schneider Uwe (Hrsg.), *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Köln 1998, N 1.45; KUNZ, *Konzernfinanzierung*, (Fn. 12), 80 ff.

<sup>67</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, A.

<sup>68</sup> Zu deren rechtlichen Notwendigkeit vgl. unten 5.5.2.

<sup>69</sup> Vgl. unten 5.5.1.

### 5.3.3 Organisationsrechtliche Problemlagen konzerninterner Darlehen

[Rz 30] Konzerninterne Darlehen führen aus organisationsrechtlicher Sicht namentlich zu folgenden Problemen: (i) Einmal stellen sich Fragen mit Blick auf die Vertretungsmacht bzw. die Vertretungsbefugnis der Organe für den Abschluss solcher Darlehensverträge. (ii) Sodann können sie in den Anwendungsbereich der Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR fallen. (iii) Schliesslich können die Darlehen, wie der Entscheid zeigt, mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung in Konflikt geraten.<sup>70</sup> Diese Problembereiche verlangen nach einer konzerndimensionalen Lösung.<sup>71</sup> Auf Letzteres ist abschliessend näher einzugehen.

## 5.4 Schranken der Kapitalerhaltung

### 5.4.1 Herkömmliche Lehre

[Rz 31] Nach überwiegender Lehre waren konzerninterne Darlehen, welche gebundenes Kapital betreffen, schon immer zulässig, sofern sie den Grundsatz des Drittmannstests (*dealing at arm's length*) beachten.<sup>72</sup> Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Mittelvergabe weder fiktiv<sup>73</sup> ist noch die Bonität des Borgers von Anfang an derart mangelhaft war, dass dies einer fehlenden Rückerstattungsabsicht gleichkommt.<sup>74</sup>

[Rz 32] Da namentlich der fehlende Rückerstattungswille eine Extrapolation äusserer Sachverhalte darstellt, kommt man nicht umhin, zu dessen Eruiierung *Hilfskriterien* heranzuziehen.<sup>75</sup> Zu jenen Hilfskriterien, die für das Erfüllen des Drittmannstests herangezogen werden, gehören — nebst der vom Bundesgericht genannten Bonität und der Besicherung<sup>76</sup> — etwa (i) die Höhe von Valuta (absolut oder relativ zu anderen Bilanzbezugsgrössen) und Zinsen,<sup>77</sup> (ii) die Laufzeit des Darlehens sowie (iii) die Kündigungsbestimmungen.<sup>78</sup> Dabei hat eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände im Einzelfall zu erfolgen.<sup>79</sup>

[Rz 33] Durch das Bundesgericht wurde in dieser Hinsicht nicht geklärt, ob etwaige *Verbundvorteile*, d.h. Vorteile indirekter und zumeist nicht oder kaum quantifizierbarer Art, die aus der Konzernzugehörigkeit herrühren, bei der Beurteilung einfließen dürfen. Im *Swisscargo* Entscheid waren diese Verbundvorteile schlicht kein Thema. Generell ist das Bundesgericht sehr zurückhaltend, wenn es darum geht, aus organisationsrechtlicher Sicht eine konzerndimensionale Interessenwahrung vorzunehmen.<sup>80</sup> Die Lehre steht der Berücksichtigung solcher Vorteile grund-

---

<sup>70</sup> Zum Ganzen etwa BRAND, Aspekte, (Fn. 12), Rz. 55 ff.; GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 235 ff.; KUNZ, Konzernfinanzierung, (Fn. 12), 88 ff.

<sup>71</sup> Vgl. hierzu BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 648 ff. und N 851 ff.

<sup>72</sup> Vgl. bereits oben 5.2.3., insb. die Nachweise in Fn. 42.

<sup>73</sup> Hierzu etwa BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 635 ff.

<sup>74</sup> Vgl. bereits oben 5.2.3., insb. die Nachweise in Fn. 42.

<sup>75</sup> Vgl. BGE 138 II 57, 60 f., E. 3.1 f.; ferner auch BGE 140 II 88, 94 f., E. 5.

<sup>76</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.5.

<sup>77</sup> A.A. mit Blick auf die Berücksichtigung von Zinsen GLANZMANN/WOLF, (Fn. 6), 269.

<sup>78</sup> BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 540 ff. m.w.H.; GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 232.

<sup>79</sup> BGE 138 II 57, 59 f., E. 2.2; GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 231.

<sup>80</sup> Vgl. BGE 130 III 213, 219, E. 2.2.2; BGE 113 II 52, 57, E. 3 a); hierzu EUGSTER KARIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts 4C.258/2003 (BGE 130 III 213) vom 9. Januar 2004 i.S. B. AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) gegen A. (Be-

sätzlich positiv gegenüber.<sup>81</sup> Aus dem Stillschweigen des Bundesgerichts in dieser Hinsicht etwas ableiten zu wollen, erschiene uns verfehlt. Die generelle Skepsis des Bundesgerichts mit Blick auf Verbundvorteile ist indes im Hinterkopf zu behalten.

#### 5.4.2 Gewichtung der Drittmannskriterien durch das Bundesgericht

[Rz 34] Der Mehrheitsmeinung, wonach Darlehen zu Drittbedingungen auch zulasten des gebundenen Kapitals gewährt werden dürfen, scheint sich das Bundesgericht im besprochenen Entscheid grundsätzlich angeschlossen zu haben.<sup>82</sup> Bestätigt hat es jedenfalls, dass die Bonität der Borgerin sowie das Element der Forderungsbesicherung herangezogen werden müssen, um zu beurteilen, ob die Darlehensvergabe dem Drittmannstest standhält.<sup>83</sup> Das Element der *Besicherung* wurde durch das Bundesgericht besonders hervorgehoben.<sup>84</sup>

[Rz 35] Die bundesgerichtlichen Erwägungen *suggestieren* indes, dass die Werthaltigkeit des vertraglichen Rückforderungsanspruchs für sich genommen kein ausreichendes Kriterium darstelle, um von einer organisationsrechtlich zulässigen Mittelgewährung auszugehen.<sup>85</sup> Dies trotz des Umstandes, dass die Darlehen wohl noch vor Erstellung des Revisionsberichts zurückerstattet worden waren.<sup>86</sup> Insoweit ist die Begründung abzulehnen. Nach dem hier vertretenen Verständnis scheint es angemessener — (qualifizierte) statutarische Ausrichtung auf Gruppeninteressen vorausgesetzt — auf die Werthaltigkeit des (vertraglichen) Rückerstattungsanspruchs abzustellen, um dem überkommenen Drittmannstest Genüge zu tun.<sup>87</sup>

### 5.5 Mögliche Folgen für die Praxis

#### 5.5.1 Cash Pool-Vereinbarungen

[Rz 36] Gleichwohl wird die Praxis nach dem Urteil des Bundesgerichts gut daran tun, fortan die Hilfskriterien, die zur Beurteilung der Drittbedingungen herangezogen werden können, im Sinne einer umfassenden Einzelfallkontrolle zu berücksichtigen und jene Kriterien in Anbetracht der bundesgerichtlichen Erwägungen zu gewichten. Dabei ist im Lichte des Entscheids ein (tendenziell) strenger Massstab anzusetzen. Will sich eine Teilnehmergesellschaft nicht der Gefahr aussetzen, sich im Streitfalle mit einer (Teil-)Nichtigkeit der Darlehensgewährungen konfron-

---

klage und Berufungsklägerin), SZW 2004, 434 ff., insb. 440 f.; SOMMER UELI, Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungsrats- und anderen Organverträgen, Eine Entgegnung auf die bundesgerichtliche Absage an das Konzerninteresse in BGE 130 III 213, AJP 2004, 1059 ff., insb. 1064.

<sup>81</sup> GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 231; GLANZMANN/WOLF, (Fn. 6), 269; NEUHAUS/WATTER, (Fn. 34), 182; RUSCH ARNOLD F, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, Zürich 2004 (= ZStP 188), 47 ff.; VON BÜREN ROLAND/LÜTHI BENDICHT, Sicherung von Krediten Dritter im Konzern, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Schweizerische Bankrechtstagung, Basel 2008, 55 ff., 72 f., Fn. 49; vgl. auch BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 558 ff.; a.A. jüngst MAURER/HANDLE, (Fn. 27), 293.

<sup>82</sup> Vgl. bereits oben 5.2.3.

<sup>83</sup> Vgl. bereits oben 4.2.3.

<sup>84</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.5.

<sup>85</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 5.2.

<sup>86</sup> Vgl. auch BLUM, (Fn. 34), 2.

<sup>87</sup> Siehe BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 1033 ff., und vgl. unten 5.5.3.2. f.

tiert zu sehen,<sup>88</sup> so tut sie gut daran, die Darlehensgewährungen auf das frei verfügbare Eigenkapital zu beschränken. Sodann kann vorsichtshalber davon ausgegangen werden, dass auch die Darlehensvaluta sperrend wirkt, und daher ausstehende Darlehensverbindlichkeiten unter Umständen massiv reduziert werden müssen. Auch scheint es ratsam, einen Puffer vorzusehen, der den gesamten Betrag der Darlehensgewährung auf einen bestimmten Prozentsatz, z.B. 90% des frei verfügbaren Eigenkapitals begrenzt. Denn obwohl das Bundesgericht betont, es sei der Bilanzstichtag zur Bestimmung des verfügbaren Eigenkapitals massgebend, ist deutlich darauf hinzuweisen, dass sich das frei verfügbare Kapital aufgrund der betrieblichen Tätigkeit der Unternehmung täglich ändert. Insoweit ist dieses frei verfügbare Kapital mit Blick auf die ebenfalls täglich stattfindenden Mittelflüsse in der Form konzerninterner Darlehen ein *moving target*. Bei Überschreiten dieses Schwellenwerts sollte einer Schweizer Teilnehmergeellschaft ein Kündigungsrecht des Cash Pool-Vertrages oder zumindest ein Rückforderungsrecht der Darlehen eingeräumt und ihr so (zweifelsfrei) erlaubt werden, zumindest überschüssende Beträge umgehend fällig zu stellen.

[Rz 37] Weiter sind Dividenden, wenn immer möglich, nicht über Poolkonten auszuzahlen. Um sicher zu gehen, sich nicht dem Vorwurf einer doppelten Verwendung derselben Mittel auszusetzen, sollten in einem ersten Schritt die Darlehen unter dem Cash Pool zurückbezahlt und erst in einem zweiten Schritt die Dividendenausschüttung vorgenommen werden. Die Rückzahlung hat vor dem Bilanzstichtag zu erfolgen. Eine *Verrechnung* von Darlehensforderung mit Dividendenschuld wird grundsätzlich auch inskünftig möglich sein, sofern die Voraussetzungen einer Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR erfüllt sind (namentlich das Gegenseitigkeitserfordernis muss erfüllt sein).

### 5.5.2 Zur Bonität der Borgerin im zentralisierten Finanzverkehr

[Rz 38] Für Darlehensgewährungen im Rahmen des zentralisierten kurz- und mittelfristigen Finanzverkehrs stellen sich besondere Fragen mit Blick auf die Bonität der Borgerin. Eine am Cash Pool teilnehmende Schweizer Tochtergesellschaft muss über die notwendigen Informationen verfügen, um die Zahlungsfähigkeit der Borgerin (Poolleaderin) zuverlässig beurteilen zu können.<sup>89</sup> Dies ist Ausfluss der Sorgfaltspflicht des Exekutivorgans der abhängigen Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR).<sup>90</sup> In der Lehre wird postuliert, dass das Abstellen auf ein externes Rating unter Umständen genügen kann (ein Rating wird nur in den wenigsten Fällen vorhanden sein).<sup>91</sup> Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, jedenfalls für den Fall, dass das Rating eine erstklassige Bonität der Schuldnerin aufweist. Unbesehen dessen scheint es unumgänglich, bei der Regelung der zentralisierten Mittelverwaltung *Informationsrechte* der Teilnehmergeellschaften zu statuieren, die eine zuverlässige Beurteilung der Poolleaderin sowie mindestens der systemrelevanten Poolteilnehmer erlauben.<sup>92</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere auch *Kündigungsrechte* für den Fall substanzieller finanzieller Verschlechterung der Poolführerin und/oder

---

<sup>88</sup> GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, (Fn. 12), 243; JAGMETTI, (Fn. 9), 180 und 184; KURER/KURER, Basler Kommentar, (Fn. 42), N 25 zu Art. 680 OR.

<sup>89</sup> JAGMETTI, (Fn. 9), 156 ff.

<sup>90</sup> Etwa JAGMETTI, (Fn. 9), 140 ff.

<sup>91</sup> Vgl. JAGMETTI, (Fn. 9), 155 ff.

<sup>92</sup> JAGMETTI, (Fn. 9), 156 ff.

(systemrelevanter) Poolteilnehmer vorgesehen werden müssen.<sup>93</sup> Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieser Informations- und Kündigungsrechte ist mitunter ein Faktor, der insbesondere im Lichte des Entscheids im Rahmen des Drittmannstests berücksichtigt werden muss.<sup>94</sup>

### 5.5.3 Zur de facto-Sperre

#### 5.5.3.1 Beweggrund der de facto-Sperre

[Rz 39] Darlehen, welche dem Drittmannstest nicht genügen, sperren nach den Erwägungen des Bundesgerichts an sich ausschüttbare Mittel für Dividendenausschüttungen.<sup>95</sup> Ziel dieser *de facto*-Sperre sei es, einer doppelten Verwendung derselben Mittel der Gesellschaft vorzubeugen. Damit folgt das Bundesgericht einer jungen Lehrmeinung,<sup>96</sup> welche sich auf gewisse Stellungnahmen in der Lehre<sup>97</sup> abstützt.<sup>98</sup> MAURER/HANDLE<sup>99</sup> stellen sich auf den Standpunkt, dass das Verbot der Einlagerückgewähr und die Reserveschutzvorschriften strengere Anforderungen stellen würden als die Rechnungslegungsvorschriften. Zur Begründung wird insbesondere buchhalterisch argumentiert. Diese Auffassung ist unseres Erachtens (so jedenfalls) abzulehnen.<sup>100</sup>

#### 5.5.3.2 Kritik

[Rz 40] Nach der hier vertretenen Auffassung scheint es angemessener, zumindest im Falle der zweckmässigen Ausrichtung auf Gruppeninteressen, alleine auf die Vollwertigkeit/Werthaltigkeit des vertraglichen Rückforderungsanspruchs abzustellen, um den organisationsrechtlichen Grenzen der konzerninternen Vermögensverlagerung zu genügen.<sup>101</sup> Die Vollwertigkeit/Werthaltigkeit wiederum ist insbesondere eine Frage der Bonität des Schuldners.

[Rz 41] Strengere Anforderungen lassen sich alleine aus dem Grundsatz der Kapitalerhaltung u.E. nicht ableiten. So ziehen denn auch MAURER/HANDLE — obwohl ansonsten eng argumentierend — die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats heran, um zum Schluss zu gelangen, die Reserveschutzvorschriften würden strengere Anforderungen stellen als die Rechnungslegungsvorschriften.<sup>102</sup> Mit anderen Worten kann der argumentative Bogen, mit dem die *de facto*-Sperre letztlich begründet wird, im Wesentlichen nur geschlagen werden, indem das kapitalerhaltungsrechtliche Argument um ein dynamisches Element, der fortwährenden Kontrollpflicht des Verwaltungsrats, ergänzt wird. Dieses dynamische Element gründet auf der in Art. 717 Abs. 1 OR statuierten Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht. Die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats gebietet mit Blick auf die Kapitalerhaltung indes nur, den Betrag der Darlehensgewährungen, die nicht (zweifelsfrei) *at arm's length* ausgerichtet werden, auf das frei verfügbare Kapital zu beschränken.

---

<sup>93</sup> JAGMETTL, (Fn. 9), 159 f.

<sup>94</sup> Vgl. oben 5.4.1. f.

<sup>95</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 4.5.

<sup>96</sup> MAURER/HANDLE, (Fn. 27), 294 ff.

<sup>97</sup> Vgl. NEUHAUS/WATTER, (Fn. 34), 195; VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel/Frankfurt a.M. 1982, 63.

<sup>98</sup> Vgl. MAURER/HANDLE, (Fn. 34), 294 ff.

<sup>99</sup> MAURER/HANDLE, (Fn. 34), 295 f.

<sup>100</sup> Im Ergebnis gl.M. BLUM, (Fn. 34), 8 ff.; wohl auch GLANZMANN/WOLF, (Fn. 6), 271 f.

<sup>101</sup> Vgl. bereits oben 5.4.2. und BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 1031 ff., insb. N 1035.

<sup>102</sup> MAURER/HANDLE, (Fn. 34), 295.

Folgerichtig geht die Lehre nur von einer *Teilnichtigkeit* der Darlehensverträge aus, die gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung verstossen.<sup>103</sup> Nur derjenige Teil der Darlehenssumme, der gebundenes Kapital betrifft, ist mit anderen Worten mit der Nichtigkeitsfolge beschlagen. Aus Art. 717 Abs. 1 OR lässt sich — sofern die Gesellschaft sich statutarisch (prioritär) zur Verfolgung von Konzerninteressen verpflichtet hat — nicht ableiten, es müsse ein über den Grundsatz der Kapitalerhaltung hinausgehenden Erhalt von Vermögen im Umfang eben jener Sperrkapitalien angestrengt werden. Damit geht u.E. die Forderung zu weit, auch der werthaltige Teil eines Darlehens müsse durch freie Reserven sichergestellt werden.<sup>104</sup> Mit Blick auf den Grundsatz der Kapitalerhaltung ist es gerade nicht erforderlich, im Interesse von Konzernaussenseitern mehr (aktivseitiges) Reinvermögen zu erhalten als (passivseitige) Sperrkapitalien bestehen.<sup>105</sup>

### 5.5.3.3 Fehlende Notwendigkeit

[Rz 42] Aufgrund des hier postulierten Verständnisses korrelieren die organisationsrechtlichen Schranken und der buchhalterische Abschreibungsbedarf. Konzerninterne Darlehen sind bei diesem Verständnis der organisationsrechtlichen Grenzen der konzerninternen Darlehensgewährung entweder zulässig, denn sie begründen einen ernst gemeinten und vollwertigen vertraglichen Rückerstattungsanspruch, oder sie sind organisationsrechtlich unzulässig (weil nicht vollwertig/werthaltig) und lösen einen organisationsrechtlichen Rückerstattungsanspruch aus — unbeschauen dessen, welche Norm man heranziehen mag, um den Rückerstattungsanspruch seiner Rechtsnatur nach einzuordnen (z.B. eine verdeckte Gewinnausschüttung oder ein Wiederaufleben der Liberierungspflicht). Ist das konzerninterne Darlehen organisationsrechtlich unzulässig, so ist aus buchhalterischer Sicht die Darlehensforderung abzuschreiben. Mit der Erfassung dieses Abschreibungsaufwands reduziert sich der Gewinn. Der Gesellschaft steht im Umfang des Abschreibungsbedarfs weniger oder kein verfügbares Eigenkapital (mehr) für eine Dividendenausschüttung zur Verfügung. Bei einem solchen Verständnis der organisationsrechtlichen Grenzen läuft der Schutzzweck der *de facto* Reserve/Sperre leer.

### 5.5.3.4 Umgang mit der *de facto*-Sperre/Reserve

[Rz 43] Wenngleich die *de facto*-Reserve nicht überzeugt, wird man inskünftig kaum umhin kommen, eine solche Reserve zu bilden, wenn Drittbedingungen (vermutlich oder zumindest im Lichte der Gewichtung der Hilfskriterien [Sicherheiten und/oder Bonität] des Bundesgerichts) nicht eingehalten sind.<sup>106</sup> Der Koordinationsbedarf mit den Revisoren wird an Bedeutung zunehmen. In jedem Falle wird die Tochtergesellschaft und deren handelnde Organe nicht umhin kommen, die Bonität des Schuldners und die Darlehensbestimmungen (namentlich Informationsrechte und Kündigungsmodalitäten) inskünftig noch vertiefter zu prüfen, werden konzerninterne Darlehensverträge und Cash Pool-Vereinbarungen abgeschlossen.

---

<sup>103</sup>Insb. JAGMETTI, (Fn. 9), 180 und 184.

<sup>104</sup>MAURER/HANDLE, (Fn. 34), 295 *in fine*.

<sup>105</sup>Vgl. oben 4.2.1. und BRAND, Upstream-Darlehen, (Fn. 4), N 1014; KÄGI, (Fn. 24), § 1 N 12 ff., § 4 N 3 ff., insb. N 10 und *passim*.

<sup>106</sup>Vgl. dazu oben 5.4.2.

Dr. PATRIC A. BRAND / Dr. THOMAS S. MÜLLER, Walder Wyss, Zürich und Bern.

Der vorliegende Beitrag ist parallel zu einem Beitrag entstanden, der vom erstgenannten Bearbeiter verfasst wurde (BRAND PATRIC A., Swissair Cash Pool — Übersicht zum Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014 mit konzernorganisationsrechtlichen Anmerkungen [erscheint voraussichtlich im Januar 2015]). Mehrheitlich sind die Ausführungen wortgleich in beiden Publikationen enthalten. Der vom erstgenannten Bearbeiter verfasste Beitrag diente als Ausgangslage für die vorliegende, mehr auf die Praxisbedürfnisse ausgerichtete Publikation. Er verzichtet namentlich auf weiterführende konzernorganisationsrechtliche Überlegungen.