

DIE GEWÄHRUNG VON UPSTREAM- UND CROSSSTREAM-DARLEHEN

Eine aktienrechtliche Analyse zur Zuständigkeit

Der Swisscargo-Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014 war Auslöser einer in jüngster Zeit vertieften und andauernden Debatte zur Konzerninnenfinanzierung. Viele Fragen blieben durch den Entscheid jedoch unklar oder gänzlich unberührt. Insbesondere hinsichtlich der Zuständigkeit zur Gewährung von Upstream- und Crossstream-Darlehen herrscht Klärungsbedarf.

1. EINLEITUNG

Der Entscheid 4A_138/2014 des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014 (publiziert unter BGE 140 III 533) zur Zulässigkeit konzerninterner Darlehen im Lichte des in Art. 680 Abs. 2 OR, *Obligationenrecht*, statuierten Verbots der Einlagerückgewähr hat Anlass zu zahlreichen, teils kritischen Reaktionen gegeben [1]. In seinem Entscheid bestätigte das Bundesgericht hinsichtlich des effektiven Cash-Poolings (i. c. Zero Balancing) die Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zürich, wonach nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtete Darlehen einer Konzerngesellschaft an ihre Muttergesellschaft (*Upstream-Darlehen*) bzw. ihre Schwestergesellschaften (*Crossstream-Darlehen*) im Umfang des freien Eigenkapitals mit Blick auf Art. 680 Abs. 2 OR zwar nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen, aber das freie Eigenkapital insoweit sperren, als dass der Betrag im Umfang der Darlehensvaluta nicht zur Dividendenausschüttung zur Verfügung steht [2]. In der Folge ergingen zahlreiche Handlungsempfehlungen zur Beurteilung und Ausgestaltung konzerninterner Cash Pools, wie etwa auch das von Expertsuisse publizierte Q&A [3].

Während der Entscheid diverse in der Lehre umstrittene Themen adressierte, wurden ebenso neue Fragen aufgeworfen, deren Beantwortung und Umsetzung die Praxis wohl noch auf absehbare Zeit beschäftigen wird. Das Bundesgericht folgte in seinem Entscheid der seiner Meinung nach herrschenden Lehre [4] und qualifizierte nicht marktkonforme Upstream- bzw. Crossstream-Darlehen als kapital-

schutzrechtliche relevante Ausschüttungen [5], worin ein Teil der Lehre zusätzlich zur bisherigen Unterscheidung zwischen echten und fiktiven Darlehen [6] eine dritte Kategorie von Darlehen in Form von Darlehen mit Ausschüttungscharakter erblickte [7].

Das Bundesgericht hatte indes die fraglichen Darlehen einzig auf ihre Rechtsfolgen im Hinblick auf eine der Darlehensgewährung folgende Dividendenausschüttung zu untersuchen. Es musste sich nicht mit Fragen zur Qualifikation der Darlehen als Ausschüttungen i. S. v. Art. 678 OR befassen und hat sich daher auch in keiner Weise zu den Voraussetzungen zur Gewährung von Darlehen mit Ausschüttungscharakter geäussert [8]. Somit stellt sich die Frage, ob zur Gewährung solcher Darlehen auch die formellen Voraussetzungen einer Dividendenausschüttung beachtet werden müssen [9].

2. DAS DARLEHEN MIT AUSSCHÜTTUNGSCHARAKTER ALS FALL EINER AUSSCHÜTTUNG I.S.V. ART. 678 OR

2.1 Die aktienrechtlichen Rückerstattungspflichten gemäss Art. 678 OR. Die Bestimmung von Art. 678 OR ist die aktienrechtliche *lex specialis* für Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung, die der allgemeinen Regelung von Art. 62 ff. OR vorgeht [10]. Sie bezweckt den Schutz der Einhaltung der materiellen und formellen Voraussetzungen von Ausschüttungen [11]. Der Begriff der Ausschüttung selbst wird im Schweizer Aktienrecht kaum und in der Lehre un-



MARKUS VISCHER,
DR. IUR. LL.M.,
RECHTSANWALT,
PARTNER,
WALDER WYSS AG,
ZÜRICH



VALENTIN WIESNER,
MLAW, ANWALTS-
PRAKTIKANT,
WALDER WYSS AG,
ZÜRICH

einheitlich definiert[12]. Vorliegend wird eine Ausschüttung als unkompensierter Vermögenstransfer einer Gesellschaft an ihre Aktionäre oder zugunsten ihrer Aktionäre bzw. anderer nahestehender Personen verstanden, welcher allein aufgrund von deren Beteiligung an der Gesellschaft erfolgt, also *causa societatis*[13]. Für die Qualifikation als Ausschüttung sind dabei sowohl der Rechtsgrund der Ausschüttung als auch die Person des Empfängers irrelevant[14]. Letztere ist wie die weiteren in Art. 678 OR statuierten Kriterien wie Ungerechtfertigkeit, Bösgläubigkeit, offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung usw. erst bei der Beurteilung der Rückforderbarkeit relevant[15]. Der Begriff der Ausschüttung setzt nicht zwingend einen Beschluss der Generalversammlung voraus[16], liegt bspw. die Kompetenz zum Erwerb eigener Aktien – was u. E. auch als Ausschüttung qualifiziert – unbestritten beim Verwaltungsrat[17].

Während Art. 678 Abs. 1 OR den unrechtmässigen Bezug eigentlicher Gewinnentnahmen erfasst und daher in diesem Zusammenhang auch von offenen Ausschüttungen gesprochen werden kann[18], erfasst Art. 678 Abs. 2 OR verdeckte Gewinnausschüttungen, d. h. verschleierte und meist unter dem Deckmantel eines Austauschgeschäfts vorgenommene Ausschüttungen[19].

2.2 Qualifizierung des Darlehens mit Ausschüttungscharakter. Im Gegensatz zur Ausschüttung kommt es beim Darlehen grundsätzlich zu keiner Substanzentnahme, verpflichtet sich der Darlehensnehmer doch typischerweise zur Rückerstattung der empfangenen Leistung[20]. Liegt eine solche Rückerstattungspflicht zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht vor oder fehlen Rückzahlungswillen oder -fähigkeit des Darlehensnehmers, so werden solche Darlehen als fiktiv eingestuft, d. h., es liegt gar kein Darlehen, sondern eine verdeckte Ausschüttung i. S. v. Art. 678 Abs. 2 OR vor[21].

Eine solche verdeckte Ausschüttung liegt auch vor, wenn ein Upstream- bzw. Crossstream-Darlehen den Drittmannstest nicht besteht. Bei diesem Drittmannstest ist zu prüfen, ob ein unabhängiger Dritter das Darlehen zu denselben Konditionen gewährt hätte, das Darlehen also marktkonform ist[22]. Ist dies der Fall, so liegt keine Ausschüttung i. S. v. Art. 678 OR vor. Ist dies nicht der Fall, liegt eine solche Ausschüttung vor. Zur Thematik der Marktkonformität von Upstream- bzw. Crossstream-Darlehen existiert bereits eine umfangreiche Literatur[23]. Das Bundesgericht scheint diesbezüglich von einer absoluten Geltung der Kriterien zur Beurteilung der Marktkonformität auszugehen[24]. Demnach dürfte jedes Fehlen einer Marktkonformität ausreichen, um ein Darlehen an eine Mutter- oder Schwestergesellschaft als kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung zu qualifizieren[25]. Ohnehin hielt es das Bundesgericht bereits im Ansatz für fragwürdig, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei dem eine Konzerngesellschaft über die Liquidität der betroffenen Gesellschaft verfügt, überhaupt einem Drittmannstest standhalten würde[26]. Liegen Darlehen mit Ausschüttungscharakter vor, stellt sich unweigerlich die Frage, wer für deren Gewährung zuständig ist.

3. ZUSTÄNDIGKEIT ZUR GEWÄHRUNG VON UPSTREAM- UND CROSSSTREAM-DARLEHEN

3.1 Grundsätzliches zur aktienrechtlichen Kompetenzverteilung. Oberstes Organ einer Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung[27]. Laut Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR steht dieser u. a. die unübertragbare Kompetenz zur Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns und der Festsetzung der Dividende zu. Der Begriff der Dividende ist im Rahmen von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR (und Art. 675 Abs. 2 OR) weit auszulegen und umfasst jede Ausschüttung, die nicht eine speziell geregelte Ausschüttung darstellt, wie z. B. Gegenleistungen beim Erwerb eigener Aktien[28], Tantiemen, Ausschüttungen bei Kapitalherabsetzungen, Bauzinsen und Liquidationsanteile[29]. Auch eine nicht kompensierte Übertragung stiller Reserven ist als Dividende zu qualifizieren[30]. Entsprechend ist auch die Ausschüttung mittels Darlehen mit Ausschüttungscharakter als Dividende zu betrachten. Zur Beschlussfassung über Darlehen mit Ausschüttungscharakter ist damit zwingend die Generalversammlung zuständig[31].

Der Verwaltungsrat auf der anderen Seite kann gemäss Art. 716 Abs. 1 OR in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugewiesen sind. Ihm kommt nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR die unübertragbare Aufgabe der Erstellung des Geschäftsberichts sowie der Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse zu, was u. a. auch die Kompetenz umfasst, der Generalversammlung Anträge über die Gewinnverwendung zu stellen[32].

3.2 Grenzen der Vertretungsmacht des Verwaltungsrats.

Hinsichtlich der Zuständigkeit zur Gewährung von Upstream- bzw. Crossstream-Darlehen ist zwischen marktkonformen Darlehen und Darlehen mit Ausschüttungscharakter i. S. der neueren Rechtsprechung zu unterscheiden. Es dürfte unbestritten sein, dass es sich bei marktkonformen Darlehen um Verkehrsgeschäfte handelt, zu deren Abschluss der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Vertretungsmacht und in Abwesenheit anderslautender, die Vertretungsbefugnis beschränkender gesellschaftsinterner Weisungen in aller Regel befugt ist.

Anders verhält es sich bei Darlehen mit Ausschüttungscharakter, handelt es sich dabei doch wie gezeigt um Ausschüttungen i. S. v. Art. 678 OR. Damit überschreitet die Gewährung solcher Darlehen die Schranken der Vertretungsmacht des Verwaltungsrats gleich doppelt: Erstens dürfte die Gewährung von Darlehen mit Ausschüttungscharakter aufgrund der fehlenden Marktkonformität nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, und zweitens liegt die Kompetenz für den Beschluss über Darlehen mit Ausschüttungscharakter wie gezeigt zwingend bei der Generalversammlung.

In der Praxis wird indes vorgeschlagen, deswegen den statutarischen Zweck zu erweitern und einen zusätzlichen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung einzuholen[33].

3.2.1 Erweiterung des statutarischen Zwecks. Ziel der Erweiterung des statutarischen Zwecks ist es, die gemäss Art. 718a

Abs. 1 OR beschränkte Vertretungsmacht des Verwaltungsrats mittels Konzern-, Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck zu erweitern [34]. Diese Erweiterung löst das Ultra-vires-Problem des Verwaltungsrats bei der Gewährung von Darlehen mit Ausschüttungscharakter [35]. Die Erweiterung ändert aber nichts daran, dass die Generalversammlung zwingend zur Beschlussfassung über Darlehen mit Ausschüttungscharakter zuständig bleibt [36].

3.2.2 Genehmigungsbefehl der Generalversammlung. Auch eine blosser Genehmigung der Gewährung eines Darlehens mit Ausschüttungscharakter löst das Ultra-vires-Problem des Verwaltungsrats [37], ändert aber erneut nichts daran, dass die Generalversammlung zwingend zur Beschlussfassung über Darlehen mit Ausschüttungscharakter zuständig bleibt [38].

3.3 Dividendenbeschluss der Generalversammlung. Wie bisher aufgezeigt worden ist, ist sowohl die Erweiterung des statutarischen Zwecks als auch eine Genehmigung durch die Generalversammlung alleine ungeeignet, um die Gewährung eines Darlehens mit Ausschüttungscharakter durch den Verwaltungsrat zu legitimieren. Vielmehr muss wie gezeigt zwingend ein gültiger Dividendenbeschluss der Generalversammlung vorliegen. Dabei sind die formellen Voraussetzungen zu beachten, was insbesondere bedeu-

tet, dass gemäss Art. 675 Abs. 2 OR (in der letzten Jahresrechnung [39]) ein Bilanzgewinn oder «hierfür gebildete Reserven» [40] ebenso vorhanden sein müssen wie bei gegebenen Voraussetzungen gemäss Art. 731 OR ein Revisionsbericht [41].

Der Beschluss über die Gewährung eines Darlehens mit Ausschüttungscharakter ist als Beschluss einer bedingten Dividende zu qualifizieren, bedingt deshalb, weil aufgrund der nicht marktkonformen Darlehensgewährung alleine noch kein definitiver Substanzabfluss in der Höhe des Darlehens stattfindet. Konsequenz des Beschlusses ist denn auch nicht ein Anspruch auf Dividende, sondern die Reservierung freien Eigenkapitals für den Fall, dass das Darlehen zu einem späteren Zeitpunkt uneinbringlich ist, die Bedingung also eintritt und effektiv eine Dividende vorliegt [42].

Der Beschluss der bedingten Dividende führt zur Sperrung des freien Eigenkapitals in der Höhe des gesamten Darlehens (inkl. allfälliger Zinsen) [43]. Ob diese Sperrung nur faktisch oder effektiv mittels Zuweisung zu einer buchhalterisch separat ausgewiesenen Spezialreserve zu machen ist, ist umstritten [44]. Vorzuziehen ist an sich die Zuweisung zu einer buchhalterisch separat ausgewiesenen Spezialreserve [45], entsprechend der vom Bundesgericht gemachten Analogie zur Reserve für eigene Aktien gemäss Art. 659a OR [46].

Zusätzlich zur Sperrung in der Höhe des Darlehens muss freies Eigenkapital im Umfang der zu leistenden ersten und

zweiten Zuweisung (Art. 671 Abs. 1 OR und Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR) gesperrt werden, es sei denn, die allgemeinen Reserven betragen bereits die Hälfte des einbezahlten Aktien- und allenfalls Partizipationskapitals (bzw. 20% für Holdinggesellschaften) [47]. Nur so ist sichergestellt, dass für den Fall, dass das Darlehen mit Ausschüttungscharakter nicht zurückbezahlt werden kann und somit definitiv eine Dividende vorliegt, die gesetzlich vorgeschriebenen Zuweisungen in die allgemeinen Reserven erfolgen können.

Ist der Darlehensnehmer nicht Alleinaktionär (oder eine ihm nahestehende Person), gibt es also andere Aktionäre, so ist der zu sperrende Betrag so zu berechnen, dass die anderen Aktionäre gegebenenfalls ebenfalls mit einer Dividende (in proportionaler Höhe zum Darlehen) bedient werden können und auf dem ganzen Betrag eine allfällige erste und zweite Zuweisung geleistet werden kann.

Die Sperrungen sind aufrechtzuerhalten, bis das Darlehen mit Ausschüttungscharakter zurückbezahlt ist oder feststeht, dass es definitiv nicht zurückbezahlt wird. Eine vorübergehende Rückzahlung mit anschliessender erneuter Auszahlung durch den Verwaltungsrat (z. B. im Rahmen eines

Cash-Poolings) ist – auch überjährig – ebenso zulässig wie eine – auch überjährig – gestaffelte Auszahlung des Darlehens im Rahmen des gesperrten Betrags [48].

4. FAZIT

Der Swisscargo-Entscheid des Bundesgerichts hat hohe Wellen geworfen. Abseits der eigentlichen Kernfragen des Bundesgerichtsentscheids wurde die Frage nach der Zuständigkeit zur Gewährung von Darlehen mit Ausschüttungscharakter nur stiefmütterlich behandelt. Wie vorliegend aufgezeigt worden ist, kann das Darlehen mit Ausschüttungscharakter als Ausschüttung i. S. v. Art. 678 OR qualifiziert werden. Die Zuständigkeit zur Gewährung solcher Darlehen liegt deswegen zwingend bei der Generalversammlung, woran auch die in der Praxis empfohlene Erweiterung des statutarischen Zwecks und die Genehmigung durch die Generalversammlung nichts zu ändern vermag. Ein Beschluss der Generalversammlung über eine bedingte Dividendenausschüttung unter Beachtung der dafür vorgesehenen formellen Voraussetzungen ist zwingend notwendig. ■

Anmerkungen: 1) Z. B. Lukas Glanzmann/Markus Wolf, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, ST 2015/3, 131 ff.; Patric A. Brand/Thomas S. Müller, Konzerninterne Darlehen, in: Jusletter 15. Dezember 2014; Oliver Blum, Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, GesKR 2014, 463 ff. 2) BGE 140 III 533, E. 4.2. 3) Expertsuisse (Hrsg.), Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR, 17. Dezember 2014 (Stand 17. August 2015). 4) Lukas Glanzmann/Markus Wolf, Cash Pooling – Was ist noch zulässig, GesKR 2014, 264 ff.; Patric A. Brand, Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, in: Jusletter 22. August 2011, Rz. 149, m. w. H. 5) Vgl. BGE 140 III 533, E. 4.2. 6) Vgl. Lukas Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierung aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011, 232; Enrico Friz, Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR 2006, 328. 7) Glanzmann/Wolf (Anm. 1), 134; wohl a. M. Blum (Anm. 1), 466. 8) Brand/Müller (Anm. 1), Rz. 25; wohl a. M. die folgenden Autoren, welche bereits von verdeckten Gewinnausschüttungen sprechen: Jean Nicolas Druey, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015, 64 ff.; Martin Rauber, Unsicherheiten bei konzerninternen Darlehen: Folgen des Swisscargo-Entscheids, Trex 2015, 95; Blum (Anm. 1), 466. 9) A. M. Glanzmann/Wolf (Anm. 1), 134. 10) BSK OR II-Kurer/Kurer, Art. 678 N 3; OFK-Vischer, Art. 678 OR N 3; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 113; a. M. für (aus anderem Grund als infolge des Verstosses gegen Art. 678 OR) nichtige Geschäfte, insbesondere Insichgeschäfte, Hans Caspar von der Crone/Yves Mauchle, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 2015, 203 f.; offengelassen in BGE 4A_195/2014/4A_197/2014 vom 27.11.2014, (in BGE 140 III 602 nicht publizierte) E. 6. 11) OFK-Vischer, Art. 678 OR N 2. 12) Z. B. Urs Kägi, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Zürich/St. Gallen 2012, 211; Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zürich 1996, § 3 N 1, der vom Leistungsbegriff ausgeht; Louis Bochud, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher,

zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Bern 1991, 162, der einen Vermögensabgang voraussetzt. 13) Markus Vischer, Ausschüttung stiller Reserven bei der Aktiengesellschaft, ST 2013/4, 202; Kägi (Anm. 12), 211. 14) Vischer (Anm. 13), 202; Kägi (Anm. 12), 211; a. M. Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, N 893. 15) Vischer (Anm. 13), 202; gl. M. Treuhand-Kammer Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, Buchführung und Rechnungslegung, Zürich 2014, 253; a. M. Glanzmann/Wolf (Anm. 4), 268 f. 16) Kägi (Anm. 12), 216 f.; a. M. Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerung, Zürich 2005, § 1 N 4. 17) Statt vieler: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 4 N 235; BSK OR II-Lenz/Planta, Art. 659 N 2a. 18) Patric Brand, Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen, Zürich/St. Gallen 2015, § 11 N 895 ff., m. w. H. 19) Von der Crone/Mauchle (Anm. 10), 201; OFK-Vischer, Art. 678 OR N 7. 20) BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 312 N 10e. 21) Glanzmann (Anm. 6), 232; Friz (Anm. 6), 327; Brand (Anm. 4), Rz. 60f. 22) Glanzmann/Wolf (Anm. 4), 267; Lukas Handschin, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, in Bohnet/Wessner (Hrsg.), Droit des sociétés – Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Basel 2006, 279; vgl. aber Urteil HG130015-O des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20.1.2014, E. 5.1.4.2.4. 23) Z. B. Expertsuisse (Anm. 3), 11 ff. 24) BGE 140 III 533, E. 4.2. 25) BGE 140 III 533, E. 4.2. 26) BGE 140 III 533, E. 4.2. 27) Art. 698 Abs. 1 OR; vgl. zur teilweisen Relativierung dieser Aussage z. B. Böckli (Anm. 17), § 12 N 3. 28) BSK OR II-Lenz/Planta, Vor Art. 659–659b N 2. 29) Vischer (Anm. 13), 203; a. M. Kägi (Anm. 12), 230. 30) Vischer (Anm. 13), 202. 31) Markus R. Neuhaus/Rolf Watter, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Side-stream-Garantien, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 193. 32) Böckli (Anm. 17), § 13 N 397b. 33) Oliver Blum, Cash Pooling, gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 707 ff.; bezüglich Upstream-Sicherheiten: Roland von Büren/Bendicht Lüthi, Sicherung von Krediten

Dritter im Konzern, in: Emmenegger (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Institut für Bankrecht, Universität Bern, SBT 2008 – Schweizerische Bankrechtstagung 2008, 107; Marc Grünenfelder, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Zürich/St. Gallen 2010, 174 f. 34) Bezüglich Upstream-Sicherheiten: Grünenfelder (Anm. 33), 34 ff.; Arnold F. Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs, Zürich/Basel/Genf 2004, 20 ff. 35) OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Neuhaus/Watter (Anm. 31), 192 f., bezüglich Upstream-Sicherheiten. 36) Gl. M. Friz (Anm. 21), 326; ebenso bezüglich Upstream-Sicherheiten: Neuhaus/Watter (Anm. 31), 193 f.; Rusch (Anm. 34), 116 ff.; a. M. Grünenfelder (Anm. 33), 37; Dürr (Anm. 16), § 6 N 25; Armand Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich/Basel/Genf 2002, 22; Reto Heuberger, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Bern 2001, 44; Spörri (Anm. 12), 192. 37) Vischer (Anm. 13), 205. 38) Dieter Aebi, Interzession – Kreditsicherheitsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Zürich 2001, 136, bezüglich Upstream-Sicherheiten. 39) S. BGE 140 III 533, E. 4.5. 40) Zum Begriff z. B. OFK-Vischer, Art. 675 OR N 8 ff. 41) Neuhaus/Watter (Anm. 31), 193, bezüglich Upstream-Sicherheiten. 42) Neuhaus/Watter (Anm. 31), 193, bezüglich Upstream-Sicherheiten. 43) BGE 140 III 533, E. 4.2. 44) Vgl. Glanzmann/Wolf (Anm. 1), 135; Blum (Anm. 1), 470 ff. 45) Gl. M. Neuhaus/Watter (Anm. 31), 195, bezüglich Upstream-Sicherheiten; wohl eher für eine bloss «De-facto-Sperrung» Matthias Maurer/Marco Handle, Pflichten und Verantwortlichkeiten der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR 2013, 295. 46) BGE 140 III 533, E. 4.2, zum buchhalterischen Umgang mit eigenen Aktien nach dem neuen Rechnungslegungsrecht z. B. René Buchmann/Markus R. Neuhaus, Ausweis eigener Kapitalanteile aus Sicht des Rechnungslegungs- und des Steuerrechts, Expertsuisse und ESTV kommunizieren Lösung, EF 2016/1–2, 29 f. 47) Im Allgemeinen BGE 140 III 533, E. 6.2. 48) S. auch Neuhaus/Watter (Anm. 31), 195, zur ähnlichen Konstellation bei Upstream-Sicherheiten.