MARKUS VISCHER

DIE GEWÄHRUNG VON UPSTREAM- UND CROSSSTREAM-SICHERHEITEN

Eine aktienrechtliche Analyse zur Zuständigkeit

Der Swisscargo-Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014 schuf eine grosse Rechtsunsicherheit in Bezug auf Upstream- und Crossstream-Darlehen, insbesondere in Cash Pools. Diese Rechtsunsicherheit erfasste auch weitere Fragestellungen, z. B. in Bezug auf Upstream- und Crossstream-Sicherheiten. Auch bei diesen Sicherheiten stellt sich die Frage der aktienrechtlichen Zuständigkeit für ihre Gewährung und besteht entsprechender Klärungsbedarf.

1. EINLEITUNG

Am 16. Oktober 2014 erging i. S. *Swisscargo AG in Nachlassliquidation* ein Bundesgerichtsentscheid zur Zulässigkeit von Upstream- und Crossstream-Darlehen im Konzern und deren Auswirkungen auf das freie Eigenkapital [1], welches Gesellschaften und ihre Berater gleichermassen aufschreckte [2]. Das Bundesgericht entschied, dass im Umfang von Upstream- und Crossstream-Darlehen, welche nicht zu Drittbedingungen gewährt worden sind, also sogenannten Darlehen mit Ausschüttungscharakter [3], freies Eigenkapital zu sperren sei und infolge der Sperrung nicht mehr für Dividendenausschüttungen zur Verfügung stehen würde [4]. Bei solchen Upstream- und Cross- (bzw. Side)stream-Darlehen handelt es sich um im Konzern aufwärts oder quer (bzw. seitwärts) gegebene Darlehen [5].

Das Urteil wurde überwiegend [6] kritisiert [7] und führte in vielen Detailfragen zu beträchtlichen Rechtsunsicherheiten [8], namentlich in Bezug auf den Begriff des Darlehens, den Begriff des nicht zu Drittbedingungen ausgerichteten Darlehens und den Begriff des freien Eigenkapitals. Die Rechtsunsicherheit war umso grösser, als sich wie z. B. bei Buchwerttransfers im Konzern [9] einmal mehr eine Kluft zwischen zivil- und steuerrechtlicher Betrachtungsweise gewisser Konzerntransaktionen auftat. Denn wenn bei der Beurteilung von Upstream- und Crossstream-Darlehen das Steuerrecht (i. d. R., mindestens ausserhalb ausserordentlicher Ereignisse wie Wertberichtigungen oder Verzugssituationen) ausschliesslich auf den Zinssatz fokussiert und bei Einhaltung bestimmter vorgeschriebener Mindestzinssätze der *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV),* sogenannte Safe-Haven-Zinssätze der ESTV [10], den Drittmannscharakter dieser Darlehen (i. d. R.) bejaht, ist die zivilrechtliche Würdigung solcher Darlehen in Bezug auf den Drittmannstest um einiges komplexer [11]. An dieser Stelle soll nicht detailliert auf diesen Drittmannstest eingegangen werden. Immerhin soll hier den Lehrmeinungen widersprochen werden, die der Auffassung sind, rechnungslegungsrechtliche Wertberichtigungen bezüglich des Darlehens in der Bilanz des Darlehensgebers könnten bewirken, dass ein Darlehen, das den Drittmannstest nicht erfüllt, diesen nach solchen Wertberichtigungen plötzlich erfüllt [12].

Der Branchenverband *Expertsuisse* versuchte, mit einem Q&A wieder etwas Rechtssicherheit zu schaffen [13], was z. T. gelang.

Dabei äusserte sich Expertsuisse nicht zur gesellschaftsinternen Umsetzung der Bundesgerichtspraxis, namentlich nicht, welche gesellschaftsinternen Beschlüsse bei Darlehen mit Ausschüttungscharakter zu fassen sind. *Vischer/Wiesner* versuchten, diese Lücke zu füllen, indem sie postulierten, dass bei solchen Darlehen die Generalversammlung eine *suspensiv* bedingte Dividende zu beschliessen habe, was die Beachtung der für einen Dividendenbeschluss notwendigen formellen Voraussetzungen bedinge [14]. Die Praxis folgte Vischer/Wiesner aber bis dato mehrheitlich nicht [15]. Vielmehr wird in der Praxis nach wie vor meist nur ein das bewusste Darlehen gutheissender Generalversammlungsbeschluss und kein eigentlicher Dividendenbeschluss (bzw. Beschluss über eine bedingte Dividende) gefasst [16]. Auch die Lehre ist mehrheitlich anderer Auffassung als Vischer/Wiesner und verlangt keinen Dividendenbeschluss der Generalversammlung [17].

Rechtsunsicherheit entstand durch den genannten Bundesgerichtsentscheid auch in Bezug auf viele benachbarte Themen, z. B. in Bezug auf die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten im Konzern, der sogenannten

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

Interzession [18], seien es nun Real- oder Personalsicherheiten [19]. Letzteres Thema soll im Folgenden vertieft werden.

2. GEWÄHRUNG VON UPSTREAM- UND CROSSSTREAM-SICHERHEITEN ALS FALL EINER AUSSCHÜTTUNG IM SINNE VON ART. 678 OR

2.1 Aktienrechtliche Rückerstattungspflichten. Die aktienrechtliche Bestimmung von Art. 678 des *Obligationenrechts (OR)* als lex specialis zu Art. 62 ff. OR [20] bezweckt den Schutz der Einhaltung der materiellen und formellen Voraussetzungen der Ausschüttung [21]. Der Begriff der Ausschüttung selbst wird gesetzlich nicht definiert [22]. Nach hier vertretener Meinung ist eine Ausschüttung ein unkompensierter Vermögenstransfer einer Gesellschaft zulasten der Gesellschaft, erfasst also nicht nur Gewinn-, sondern auch Kapitalausschüttungen [23]. Soweit die Ausschüttung gesetzlich nicht speziell geregelt ist, wie Gegenleistungen beim Erwerb eigener Aktien, Tantiemen, Ausschüttungen bei Kapitalherabsetzungen, Bauzinsen und Liquidationsanteilen, sind sie Dividenden im Sinne von Art. 675 Abs. 2 OR [24].

«Rechtsunsicherheit entstand durch den Bundesgerichtsentscheid auch in Bezug auf viele benachbarte Themen, z. B. in Bezug auf die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten im Konzern, der sogenannten Interzession.»

Nach hier vertretener (Minderheits-)Auffassung verdrängt Art. 678 OR die Bestimmung von Art. 680 Abs. 2 OR über die Einlagenrückgewähr, hat also Art. 680 Abs. 2 OR keine über Art. 678 OR hinausgehende Funktion [25].

2.2 Qualifizierung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten. Upstream- und Crossstream-Sicherheiten erfolgen in der Praxis in der Regel unkompensiert. Die begünstigte Konzerngesellschaft leistet also in der Regel keine Entschädigung an die die Sicherheiten stellende Konzerngesellschaft. Zudem sichert die begünstigte Konzerngesellschaft (oder die ihr nahestehenden Personen wie der Aktionär der die Sicherheiten stellenden Konzerngesellschaft) Ansprüche aufgrund von Art. 678 OR bzw. Art. 680 Abs. 2 OR, Ansprüche aufgrund des Verantwortlichkeitsrechts oder die bei der Verwertung der Sicherheiten entstehenden Regressansprüche in der Regel nicht ab. Entsprechend werden Upstream- und Crossstream-Sicherheiten in der Regel nicht zu Drittbedingungen gewährt, bestehen also den Drittmannstest [26] in der Regel nicht, v. a. dann nicht, wenn man wie das Bundesgericht im erwähnten Urteil im Ergebnis den Begriff der Gegenleistung eng definiert und indirekte und mittelbare Vorteile unberücksichtigt lässt [27]. Entsprechend sind (nicht kompensierte) Upstream- und Crossstream-Sicherheiten (i. d. R.) Ausschüttungen [28], und, da sie gesetzlich nicht speziell geregelt sind, Dividenden im Sinne von Art. 675 Abs. 2 OR. Wie bei den Darlehen mit Ausschüttungscharakter kann man in diesem Fall von Sicherheiten mit Ausschüttungscharakter sprechen.

Wie bei den Darlehen mit Ausschüttungscharakter liegt allerdings im Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheiten mit Ausschüttungscharakter (i. d. R.) noch kein definitiver Substanzabfluss vor. Dieser geschieht erst, wenn es zur Verwertung der Sicherheiten kommt [29]. Entsprechend liegt wie bei den Darlehen mit Ausschüttungscharakter im Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheiten (i. d. R.) noch keine endgültige Ausschüttung bzw. keine endgültige Dividende, sondern lediglich eine bedingte Ausschüttung bzw. bedingte Dividende vor, mit der Konsequenz, dass im Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheiten freies Eigenkapital für den Fall zu sperren ist, dass es zur Verwertung der Sicherheiten und alsdann endgültig zu einer Dividende kommt [30].

Die Sperrung von freiem Eigenkapital ergibt sich aus dem Charakter der bedingten Dividende und damit letztlich aus Art. 675 Abs. 2 OR. Entsprechend kann nicht gesagt werden, die vom Bundesgericht im erwähnten Urteil postulierte Sperrung erfolge ohne gesetzliche Grundlage [31]. Ob die Sperrung nur faktisch oder effektiv mittels Zuweisung zu einer buchhalterisch separat ausgewiesenen Spezialreserve zu machen ist, ist umstritten. Vorzuziehen ist an sich Zweiteres [32]. Das Bundesgericht äussert sich im erwähnten Entscheid nicht wirklich zur Frage [33].

Damit ist auch klar, dass es um das freie Eigenkapital gemäss Art. 675 Abs. 2 OR geht. Infolge der hier vertretenen Minderheitsmeinung der Deckungsgleichheit von Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR [34] liegt Art. 680 Abs. 2 OR kein anderer Begriff des freien und damit nicht geschützten Eigenkapitals als Art. 678 OR zugrunde [35].

Relevant ist das freie Eigenkapital gemäss letzter Jahresrechnung bzw. gemäss letzter Zwischenbilanz [36]. Das ergibt sich ohne Weiteres aus Art. 675 Abs. 2 OR. Die Buchhaltungsregeln zur Berücksichtigung von Ereignissen nach dem Bilanzstichtag in der Bilanz selbst ändern an der grundsätzlichen Massgeblichkeit der letzten Jahresrechnung bzw. Zwischenbilanz für die Bestimmung des freien Eigenkapitals nichts [37]. Insbesondere führen sie nicht zu einer Berücksichtigung des seit dem Bilanzstichtag geschaffenen freien Eigenkapitals, sondern verhindern höchstens eine

«Upstream- und Crossstream-Sicherheiten bestehen den Drittmannstest in der Regel nicht, v. a. dann nicht, wenn man wie das Bundesgericht im erwähnten Urteil im Ergebnis den Begriff der Gegenleistung eng definiert.»

Ausschüttung von per Bilanzstichtag freiem Eigenkapital aus Vorsichtsgründen [38].

Nicht zum freien Eigenkapital gehören grundsätzlich (am letzten Bilanzstichtag vorhandene) stille Reserven [39], es sei denn, sie werden für die Ausschüttung einer Sache verwendet, bezüglich welcher eine Gegenposition stille Reserven besteht [40]. Nur in diesem Sinne sind stille Reserven freies Eigenkapital [41].

Bei den Darlehen mit Ausschüttungscharakter ist die Höhe des zu sperrenden freien Eigenkapitals aufgrund des erwähnten Urteils klar. Die Sperrung ist in der Höhe des Nominalbetrags und damit des anfänglichen Buchwerts des Darlehens bei der Ersterfassung in der Bilanz [42] vorzunehmen [43]. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines zukünftigen Verlusts des Darlehens und überhaupt künftige Tatsachen spielen entsprechend keine Rolle [44], was nicht ausschliesst, dass (sofort oder später) infolge der anwendbaren Rechnungslegungsregeln im Rahmen der Folgebewertung [45] aufwandwirksame Wertberichtungen des Darlehens (zulasten der laufenden Rechnung, und nicht zulasten der letzten Jahresrechnung bzw. des letzten Zwischenabschlusses) vorgenommen werden müssen [46]. Bei den Sicherheiten mit Ausschüttungscharakter ist die Frage der Höhe der notwendigen Sperrung von freiem Eigenkapital weniger klar. Weil aber in Analogie zur Rechtslage beim Darlehen mit Ausschüttungscharakter die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Verlusts der betroffenen Sicherheiten und überhaupt künftige Tatsachen keine Rolle spielen, ist die Sperrung von freiem Eigenkapital in der Höhe des Buchwerts der betroffenen Sicherheiten vorzunehmen. Nicht massgebend ist der (evtl. höhere) Verkehrswert der Sicherheiten, weil die Differenz zwischen Buchwert und (höherem) Verkehrswert (mit Gegenposten stille Reserven) aufgrund der angesprochenen grundsätzlichen Geltung des Buchwertprinzips vorbehältlich der nachfolgenden Ausführungen ohne Folgen für das (offene) freie Eigenkapital ausgeschüttet wird [47]. Keine Rolle spielen damit auch allfällig tiefere (Nominal-)Werte der durch die Sicherheiten gesicherten Darlehen und allfällige andere, die gleichen Darlehen sichernde (Dritt-)Sicherheiten. Keinen Einfluss auf die Höhe des zu sperrenden freien Eigenkapitals hat deswegen auch eine allfällige *limitation language* in den Verträgen betreffend die Gewährung der Sicherheiten [48]. Die limitation language ist eine Vertragsklausel, welche den Umfang der Verwertung der Sicherheiten auf das im Zeitpunkt der Verwertung bestehende freie Eigenkapital vorsieht [49].

«Ein bloss der Gewährung der Sicherheiten zustimmender Generalversammlungsbeschluss ist ungenügend.»

Zusätzlich zur Sperrung von freiem Eigenkapital in der Höhe des Buchwerts der Sicherheiten muss wie bei den Darlehen mit Ausschüttungscharakter 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 [50], wobei für die Zuweisungen in Abweichung von der grundsätzlichen Geltung des Buchwertprinzips von einer Ausschüttung in der Höhe des Buchwerts *und* in der Höhe von allfälligen stillen Reserven auf den Sicherheiten auszugehen ist [51]. Die erste und zweite Zuweisung erübrigt sich, wenn und soweit die allgemeinen Reserven bereits die Hälfte des einbezahlten Aktien- und allenfalls Partizipationskapitals (bzw. bereits 20% bei Holdinggesellschaften) betragen [52].

Hat die die Sicherheiten gewährende Konzerngesellschaft nicht nur einen Alleinaktionär, sondern andere Aktionäre, so ist der zu sperrende Betrag so zu berechnen, dass die anderen Aktionäre gegebenenfalls auch mit einer Dividende (in proportionaler Höhe zum Buchwert bedient werden können und auf dem ganzen Betrag (inkl. allfällige stille Reserven) eine allfällige erste und zweite Zuweisung geleistet werden kann [53].

Die Sperrung von freiem Eigenkapital verhindert weitere Ausschüttungen [54]. Werden sie trotzdem gemacht, wird Art. 678 OR (und Art. 680 Abs. 2 OR) verletzt [55]. Die Sperrung fällt weg, wenn es nicht zur Ausschüttung kommt [56], z. B. bei vorzeitiger Tilgung des besicherten Darlehens und dadurch bedingtem Wegfall der Sicherheitengewährung. Sie fällt natürlich auch weg, wenn es zur definitiven Ausschüttung kommt [57].

2.3 Zuständigkeit zur Gewährung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten. Zwingend zuständig für die Ausrichtung einer Dividende ist die Generalversammlung [58]. Das gilt auch für die Ausrichtung einer bedingten Dividende [59]. Damit ist die Generalversammlung für die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten zuständig und nicht der Verwaltungsrat.

Weil es sich um einen Dividendenbeschluss handelt, sind die üblichen formellen Voraussetzungen für einen Dividendenbeschluss zu beachten, was insbesondere bedeutet, dass, wie schon angesprochen, gemäss Art. 675 Abs. 2 OR (in der letzten Jahresrechnung [60]) ein Bilanzgewinn oder «hierfür gebildete Reserven» [61], also freies Eigenkapital, ebenso vorhanden sein müssen wie bei gegebenen Voraussetzungen gemäss Art. 731 OR ein Revisionsbericht [62].

«Ein Dividendenbeschluss im Zeitpunkt der Verwertung genügt nicht.»

Ein bloss der Gewährung der Sicherheiten zustimmender Generalversammlungsbeschluss ist ungenügend. Er löst lediglich das Problem der u. U. fehlenden Vertretungsmacht des Verwaltungsrats in Bezug auf die Gewährung der Sicherheiten [63], genügt aber nicht als Dividendenbeschluss [64]. Ebenso und aus dem gleichen Grund ungenügend ist eine explizite oder implizite Zustimmung durch alle Aktionäre [65]. Auch die Erweiterung des statutarischen Zwecks um einen Konzern-, Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck bringt letztlich für sich allein nichts, weil dies zwar

u. U. die fehlende Vertretungsmacht des Verwaltungsrats in Bezug auf die Gewährung der Sicherheiten heilt [66], nicht aber einen Dividendenbeschluss der Generalversammlung obsolet macht [67].

Damit ist auch gesagt, dass die Generalversammlung im Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheiten zu handeln und einen Dividendenbeschluss zu fassen hat. Ein Dividendenbeschluss im Zeitpunkt der Verwertung genügt nicht [68]. Daran ändert auch eine allfällige limitation language nichts. Eine solche hilft allerdings in Bezug auf die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane.

Nachzutragen ist, dass der Beschluss der Generalversammlung über die Ausrichtung einer bedingten Dividende nicht zu verwechseln ist mit einem insgesamt bedingten Generalversammlungsbeschluss. Im ersten Fall ist nur die Ausrichtung der Dividende bedingt, nicht aber der Beschluss, der ein unbedingter ist. Im zweiten Fall ist dagegen der Generalversammlungsbeschluss insgesamt bedingt [69]. Der (unbedingte) Generalversammlungsbeschluss über eine bedingte Dividende ist aufgrund des Charakters des Generalversammlungsbeschlusses als Rechtsgeschäft und infolge der Verweisung in Art. 7 des *Zivilgesetzbuchs (ZGB)* auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, also insbesondere auch auf Art. 151 ff. OR, grundsätzlich zulässig [70], ebenso wie es aufgrund des Charakters des Generalversammlungsbeschlusses als Rechtsgeschäft und infolge der Verweisung in Art. 7 ZGB auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, also insbesondere auch auf Art. 75 ff. OR, der Beschluss über eine Dividende mit aufgeschobener Fälligkeit ist [71].

Es sollte zulässig sein, den einmal gefassten Dividendenbeschluss bei Veränderungen des Buchwerts der relevanten Sicherheit mit Ausschüttungscharakter (und bei Veränderungen des relevanten Darlehens mit Ausschüttungscharakter) z. B. infolge von rechnungslegungsrechtlich gebotenen aufwandwirksamen Wertberichtigungen mittels eines neuen, alle formellen und materiellen Anforderungen erfüllenden Dividendenbeschlusses zu korrigieren und so auch die Sperrung von freiem Eigenkapital den neuen Verhältnissen anzupassen. Denn ansonsten würde u. U. bei aufwandwirksamen Wertberichtungen das Eigenkapital doppelt «belastet» [72].

3. FAZIT

BGE 140 III 533 bezüglich Gewährung von Upstream- und Crossstream-Darlehen hat hohe Wellen geworfen und strahlt auf verwandte Gebiete wie die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten aus. Soweit es sich bei solchen Sicherheiten um Sicherheiten mit Ausschüttungscharakter handelt, hat, wie bei Darlehen mit Ausschüttungscharakter, die Generalversammlung über ihre Gewährung zu entscheiden. Der entsprechende Beschluss ist ein Beschluss über eine bedingte Dividende und hat allen formellen und materiellen Anforderungen an einen Dividendenbeschluss der Generalversammlung zu genügen. Aufgrund des Beschlusses ist freies Eigenkapital in der Höhe des Buchwerts der betroffenen Sicherheiten und je nach den Umständen weiteres freies Eigenkapital zu sperren, mit der Folge, dass das gesperrte Eigenkapital nicht mehr für Dividendenausschüttungen zur Verfügung steht. ■

Anmerkungen: 1) BGE 140 III 533. **2)** S. auch Peter V. Kunz, Die wirtschaftliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014/2015: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 2018, 45. **3)** Zum Begriff z. B. Markus Vischer/Valentin Wiesner, Die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Darlehen, EF 2016/4, 234; Lukas Glanzmann/Markus Wolf, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, ST 2015/3, 134. **4)** BGE 140 III 533, E. 4. **5)** Zu diesen Begriffen z. B. Jean-Luc Chenaux, Financement intragroupe et Cash Pooling: Quelle évolution?, SZW 2017, 553; OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014, N 357; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 449m; s. auch BGE 140 III 533, E. 4.2; s. auch zur quasi umgekehrten Problematik, d. h. der Qualifikation von v. a. Downstream-Darlehen als eigenkapitalersetzende Darlehen im Zivilrecht z. B. Karin Müller, Eigenkapitalersetzende Darlehen, Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Bern 2014, 1 ff. und im Steuerrecht z. B. BGE 142 II 355. **6)** Kunz (Anm. 2), 29 («Kritikerarmada»), 47. **7)** Z. B. Chenaux (Anm. 5), 552 ff.; Oliver Blum, Die neue Rechtsprechung zu Konzerndarlehen: Was ist noch zulässig? in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Bern 2016, 237 ff.; Marcel R. Jung, Up- und cross-stream Darlehen im Konzern, GesKR 2016, 22 ff.; Glanzmann/Wolf (Anm. 3), 131 ff.; Jean Nicolas Druey, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015, 64 ff.; s. aber Urs Stöckli, Gläubigerschutz und Bonität des Kreditnehmers, EF 2017/3, 155; Kunz (Anm. 2), 48; s. auch Matthias Maurer/Marco Handle, Pflichten und Verantwortlichkeiten der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GeskR 2013, 596, die noch weiter gehen als das Bundesgericht und auch für Darlehen ohne Ausschüttungscharakter eine Sperrung von freiem Eigenkapital (allerdings nur in der Höhe des «Barwerts» [295]) fordern. **8)** Kunz (Anm. 2), 48: «Rechtsunsicherheiten geschaffen»; Patric A. Brand, Swissair Cash Pool, AJP 2015, 142: «beträchtlicher Interpretationsbedarf». **9)** Dazu z. B. Markus Vischer, Ausschüttung stiller Reserven bei der Aktiengesellschaft, ST 2013/4, 202 ff.; Richard W. Allemann/Ivo P. Baumgartner, Steuerneutrale Übertragung von Vermögenswerten zwischen Konzerngesellschaften mit Minderheitsaktionären, in: Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2006, 137 ff. **10)** Z. B. Stefan Oesterhelt, Zinssätze auf Aktionärsdarlehen, EF 2018/3, 185 ff. **11)** Glanzmann/Wolf (Anm. 3), 133. **12)** So aber z. B. Chenaux (Anm. 5), 558; s. zur grundsätzlichen Ex-ante-Betrachtung bezüglich Drittmannstest ohne Berücksichtigung nachträglicher Tatsachen; s. auch 2.2, insbesondere Anm. 26. **13)** Expertsuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR, Stand 17. 8. 2015. **14)** Vischer/Wiesner (Anm. 3), 234 ff.; gl. M. auch die in BGE 140 III 533, E. 4.2, zitierten Markus R. Neuhaus/Rolf Watter, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2006, 193 ff. bezüglich Upstream- und Crossstream-Sicherheiten; s. auch Enrico Friz, Darlehen an Konzerngesellschaften, GeskR 2006, 326, 328 f., wonach für Darlehen mit Ausschüttungscharakter ein Dividendenbeschluss der Generalversammlung notwendig sei; s. auch Marc Grünenfelder, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Zürich/St. Gallen 2010, 179 ff., der bezüglich Upstream- und Crossstream-Sicherheiten dafür plädiert, dass die Generalversammlung eine resolutiv bedingte Dividende zu beschliessen habe, was konsequenterweise zu einer Fremdkapitalposition und nicht zu einer Eigenkapitalposition im Sinne einer Sperrung von freiem Eigenkapital führt; wie Grünenfelder Urs Kägi, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012, 263 f., und wohl auch Böckli (Anm. 5), Aktienrecht, § 11 N 449n; s. auch zur Qualifikation des Darlehens mit Ausschüttungscharakter als bedingte Dividende Chenaux (Anm. 5), 561: «une forme de distribution conditionelle et non définitive», und Blum (Anm. 7), 247: «neue Kategorie von ‹Eventualausschüttungen›»; s. auch 2.2, 2.3. **15)** S. immerhin Chenaux (Anm. 5), 557, und Böckli (Anm. 5), Aktienrecht, § 11 N 4490 mit dem Hinweis auf eine nach ihnen vorkommende Praxis einer Ausschüttung auf Vorrat. **16)** Grünenfelder (Anm. 14), 175 f.,

mit einer Beschreibung der Praxis, und 181, 183 mit einer Kritik der Praxis, bezüglich Upstream- und Crossstream-Sicherheiten; dito Arnold F. Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2004, 125 ff., 132 f. **17)** Z. B. Glanzmann/Wolf (Anm. 3), 134. **18)** Zum Begriff z. B. OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Rusch (Anm. 16), 1. **19)** Dazu im Allgemeinen z. B. Rusch (Anm. 16), 8 ff. **20)** Z. B. OFK-Vischer, Art. 678 OR N 3. **21)** Z. B. OFK-Vischer, Art. 678 OR N 2. **22)** Vischer/Wiesner (Anm. 3), 234. **23)** Z. B. OFK-Vischer, Art. 675 OR N 6. **24)** Z. B. OFK-Vischer, Art. 675 OR N 6. **25)** Z. B. OFK-Vischer, Art. 680 OR N 12; a. M. die Mehrheitsmeinung: Z. B. BSK OR II-Vogt, Art. 680 N 29, wonach Art. 678 OR und Art. 680 Abs. 2 OR je eigene, sich allerdings z. T. überschneidende Anwendungsbereiche haben; so wohl auch BGE 140 III 533, E. 4.2. **26)** Zum Begriff des Drittmannstests z. B. OFK-Vischer, Art. 678 OR N 5; Blum (Anm. 7), 261; Glanzmann/Wolf (Anm. 3), 133 f.; insbesondere auch jeweils mit dem Hinweis, wonach der Drittmannstest aus einer Ex-ante-Perspektive durchzuführen ist, also aus Sicht der die Sicherheiten gewährenden Gesellschaft bzw. eines unabhängigen Dritten im Zeitpunkt der Sicherheitengewährung; anders aber Glanzmann/Wolf (Anm. 3), 135 (und ihm folgend Chenaux (Anm. 5), 558; zu Recht a. M. aber Stöckli (Anm. 7), 153 ff.), wonach unter Hinweis auf die Buchhaltungsregeln zur Berücksichtigung von Ereignissen nach dem Bilanzstichtag eine Ex-post-Sicht vertreten wird; dazu schon 1. und auch zum Zeitpunkt 2.3. **27)** BGE 140 III 533, E. 4.5; a. M. z. B. Chenaux (Anm. 5), 556 f.; OFK-Vischer, Art. 678 OR N 10, Brand (Anm. 8), 144, insb. Fn 95. **28)** Z. B. OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Neuhaus/Watter (Anm. 14), 193 ff.; gl. M. für das deutsche Recht z. B. BGH, II ZR 94/15, Urteil vom 10. 1. 2017, und BGH, II ZR 93/16, Urteil vom 21. 3. 2017; a. M. Blum (Anm. 7), 253 ff. **29)** Vischer/Wiesner (Anm. 3), 235 betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter. **30)** Vischer/Wiesner (Anm. 3), 235 betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter. **31)** A. M. z. B. Chenaux (Anm. 5), 557; Glanzmann/Wolf (Anm. 3), 135; je mit Hinweis auf die Rechtslage bei der Teilliberierung, die aber nicht schlüssig ist, weil Art. 661 OR und Art. 671 OR keine Aussagen zu Art. 675 Abs. 2 OR machen. **32)** Zum Ganzen Vischer/Wiesner (Anm. 3), 235. **33)** BGE 140 III 533, E. 4.2, wo der Begriff faktische Sperrung verwendet wird, was eher auf Ersteres hindeutet (so auch Blum (Anm. 7), 241, Fn 14). **34)** S. 2.1. **35)** A. M. z. B. Jung (Anm. 7), 36 f.; BSK OR II-Vogt, Art. 680 N 18 ff. im Allgemeinen; Expertsuisse (Anm. 13), 7 ff. **36)** Zur Zulässigkeit von Ausschüttungen gestützt auf eine Zwischenbilanz nach der neueren Lehre z. B. BSK OR II-Vogt, Art. 675 N 36 f.; OFK-Vischer, Art. 675 OR N 15; a. M. Expertsuisse (Anm. 13), 25; Treuhand-Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, 239; s. auch Art. 675a E-OR gemäss Botschaft 16.077 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) vom 23. 11. 2016, BBl 2017, 399, 703, zur Zulässigkeit der Zwischen- bzw. Interimsdividende nach vorgeschlagenem neuem Aktienrecht. **37)** BSK OR II-Vogt, Art. 675 N 24; a. M. Chenaux (Anm. 5), 558; Glanzmann/Wolf (Anm. 3), 135; wohl auch Brand (Anm. 8), 145, wonach das relevante freie Eigenkapital ein «moving target» sei. **38)** Stöckli (Anm. 7), 154, insb. Fn 15; BSK OR II-Vogt, Art. 675 N 24. **39)** A. M. Expertsuisse (Anm. 13), 8 f.; zum Begriff der stillen Reserven im Allgemeinen z. B. Böckli (Anm. 5), OR-Rechnungslegung, N 1084: «Sie [die stillen Reserven] sind … ein gedachter Gegenposten im Eigenkapital, der einem geschätzten Mehrwert gewisser Aktiven oder einem geschätzten Minderwert gewisser Verbindlichkeiten … gegenübersteht.» **40)** Vischer (Anm. 9), 202. **41)** Vischer (Anm. 9), 202; s. auch OFK-Vischer, Art. 675 OR N 13. **42)** Zum Begriff Art. 960a Abs. 1 OR. **43)** BGE 140 III 533, E. 4.2; zur grundsätzlichen Geltung des Buchwertprinzips bei Ausschüttungen im Allgemeinen z. B. BSK FusG-Malacrida, Art. 69 N 16; Markus Vischer, Spaltung mittels Vermögensübertragung, GesKR 2012, 573 f.; Rolf Watter/Raffael Büchi, Demergers (Abspaltungen) bei der (Publikums-)Gesellschaft, in: Mergers & Acquisitions V, Rudolf Tschäni (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2003, 15 ff. **44)** A. M. Jung (Anm. 7), 40 f., 43 f. **45)** Zum Begriff Art. 960a Abs. 1 OR. **46)** Zur rechnungslegungsrechtlicher Sicht auf Upstream- und Crossstream-Darlehen z. B. Jung (Anm. 7), 38 ff., 43 f.; wobei allerdings seine Aussage nicht zutrifft, mit Wertberichtungen werde «die Bilanz mit den aktienrechtlichen Rechtsfolgen der kapitalschutzrechtlich relevanten Ausschüttungen am Bilanzstichtag in Übereinstimmung [gebracht]», weil diese Aussage die laufende Rechnung und die letzte Rechnung zu Unrecht vermengt; richtig dagegen Maurer/Handle (Anm. 7), 295 f., wonach sich die rechnungslegungs- und kapitalschutzrechtliche Sicht bei Upstream- und Crossstream-Darlehen unterscheiden; richtig auch Dieter Aebi, Interzession, Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Zürich 2001, 137, wonach die Bildung von Rückstellungen mit der Rechtmässigkeit der Darlehen bzw. Sicherheiten mit Ausschüttungscharakter nichts zu tun hat. **47)** Zur Ausschüttung, insbesondere auch zur «stillen» Ausschüttung, von stillen Reserven im Allgemeinen Vischer (Anm. 43), 573 f.; Vischer (Anm. 9), 202 ff. **48)** A. M. Blum (Anm. 7), 255 f. **49)** Z. B. Blum (Anm. 7), 255 f.; Grünenfelder (Anm. 14), 171 f., 183 ff., 203 ff. **50)** OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Vischer/Wiesner (Anm. 3), 235 f. betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter. **51)** Zur Ausschüttung von stillen Reserven und der diesbezüglich ebenfalls nötigen ersten und zweiten Zuweisung im Allgemeinen Vischer (Anm. 9), 203 f.; Vischer (Anm. 43), 573 f. **52)** Z. B. OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Vischer/Wiesner (Anm. 3), 235 f. betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter. **53)** OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Vischer/Wiesner (Anm. 3), 236 betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter; Rusch (Anm. 16), 130 f., allerdings mit der hier abgelehnten Meinung, es sei nur der Wert der Upstream- oder Crossstream-Sicherheit und nicht ihr gesamter Buchwert auszuschütten. **54)** OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14. **55)** OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14. **56)** OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14. **57)** Zu den verrechnungssteuerlichen Folgen einer solchen Ausschüttung, insbesondere zur oft notwendigen Aufrechnung ins Hundert, z. B. Böckli (Anm. 5), Aktienrecht, § 12 N 563. **58)** Z. B. Vischer/Wiesner (Anm. 3), 234; Vischer (Anm. 9), 203; Böckli (Anm. 5), Aktienrecht, § 12 N 519. **59)** Vischer/Wiesner (Anm. 3), 235, betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter; wohl auch Chenaux (Anm. 5), 561. **60)** BGE 140 III 533, E. 4.5, 5.2. **61)** Zum Begriff z. B. OFK-Vischer, Art. 675 OR N 8. **62)** Vischer/Wiesner (Anm. 3), 235 betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter; zu den Voraussetzungen für eine rechtmässige Dividende im Allgemeinen z. B. OFK-Vischer, Art. 675 OR N 15; Vischer (Anm. 9), 203 ff.; Böckli (Anm. 5), Aktienrecht, § 12 N 518 ff.; Aebi (Anm. 46), 141. **63)** Zu dieser Ultra-vires-Problematik z. B. Chenaux (Anm. 5), 559; Neuhaus/Watter (Anm. 14), 190 ff. **64)** OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Vischer/Wiesner (Anm. 3), 234 f. betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter; Neuhaus/Watter (Anm. 14), 193 ff.; Rusch (Anm. 16), 125; s. auch zur Frage, ob sich das Problem von Interessenkonflikten auf Verwaltungsratsebene entgegen einem strikt verstandenen Paritätsprinzip durch einen genehmigenden Generalversammlungsbeschluss lösen lässt, z. B. Markus Vischer, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, 1491. **65)** A. M. Lukas Handschin/Luca Kenel, Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann, Zürich/Basel/Genf 2018, 1042 ff.; s. auch Vischer (Anm. 64), 1493 zur Irrelevanz von impliziten Generalversammlungsbeschlüssen im Rahmen des Verantwortlichkeitsrechts; s. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_300/2016 vom 7. 11. 2016, E. 4.4.2, zur (abzulehnenden) Vorstellung des Alleinaktionärs in permanenter Universalversammlung. **66)** So z. B. Chenaux (Anm. 5), 559 f.; skeptisch Rusch (Anm. 16), 20 ff. **67)** OFK-Vischer, Art. 678 OR N 14; Vischer/Wiesner (Anm. 3), 234 f. betreffend Darlehen mit Ausschüttungscharakter; Aebi (Anm. 46), 136; s. schon 1. **68)** S. auch für das deutsche Recht BGH, II ZR 94/15, Urteil vom 10. 1. 2017, und BGH, II ZR 93/16, Urteil vom 21. 3. 2017, wo zur Beurteilung der Gewährung von Upstream-Sicherheiten ebenfalls auf den Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheiten abgestellt wird. **69)** Zu diesen zwei Spielarten bedingter Generalversammlungsbeschlüsse im Allgemeinen Dieter Dubs, Die bedingte Beschlussfassung der Aktionäre an der Generalversammlung, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2002, 366. **70)** Zur grundsätzlichen Zulässigkeit bedingter Generalversammlungsbeschlüsse im Allgemeinen BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 703 N 4a, 4c; BSK OR I-Ehrat/Widmer, Vor Art. 151–157 N 4, Art. 151 N 6a; Martina Isler, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Unter besonderer Berücksichtigung von Entschädigungsfragen, Zürich/St. Gallen 2010, 211 f.; Bertrand Schott, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich/St. Gallen 2009, 89; Dubs (Anm. 69), 359 ff.; Peter Forstmoser, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 1992, 161 ff.; implizit auch BGE 100 II 384, E. 2b, und BGE 97 II 108, E. 4; gl. M. bezüglich bedingtem Dividendenbeschluss Grünenfelder (Anm. 14), 181, 183; a. M. bezüglich bedingtem Dividendenbeschluss Böckli (Anm. 5), Aktienrecht, § 12 N 200, s. aber auch § 11 N 449n f. und Peter Böckli, COTO: Aktien- und steuerrechtliche Analyse der «Cash- oder Titel-Option», ASA 1991, 508, Fn 8, und 524, Fn 55; s. auch ZK-Eberle/Lengauer, Art. 730 OR N 14 zur Zulässigkeit einer bedingten Wahl der Revisionsstelle; zur grundsätzlichen Zulässigkeit bedingter Verwaltungsratsbeschlüsse Rémy Messer, Der Wirkungszeitpunkt von Verwaltungsratsbeschlüssen, AJP 2015, 169, 171, 172, 173 f. **71)** Urteil des Bundesgerichts 2C_730/2013 vom 4. 2. 2014, E. 3.4; BSK OR II-Vogt, Art. 675 N 26; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 62; zur grundsätzlichen Zulässigkeit terminierter Generalversammlungsbeschlüsse im Allgemeinen BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 703 N 4a; Schott (Anm. 70), 89; Dubs (Anm. 69), 367 f.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A.7/1995 vom 18. 1. 96, kommentiert von Markus Felber, Bundesgericht, Urteil 4A.7/1995 vom 18. 1. 96 – keine BGE-Publikation, Befristung bei bedingter Kapitalerhöhung?, SZW 1996, 197; zur grundsätzlichen Zulässigkeit terminierter Verwaltungsratsbeschlüsse Messer (Anm. 70), 167, 174, 180. **72)** Zu dieser Doppelbelastung auch Jung (Anm. 7), 41.