

C/M/S/ von Erlach Henrici



Cash Pooling

In einem Cash Pool werden die flüssigen Mittel eines Konzerns rechnerisch oder sogar physisch zusammengeführt. Der Konzern erhält so Zugang zu besseren Bankkonditionen und die Möglichkeit einer effizienteren Liquiditätsbewirtschaftung. Bei der Konstruktion des Cash Pools sind allerdings strikte rechtliche Schranken zu beachten, deren Verletzung zivil- und sogar strafrechtliche Haftung nach sich ziehen kann.

Vorbemerkung: Zweck und Arten des Cash Pooling¹

Beim Cash Pooling werden die Soll- und Habensaldi aller Bankkonten von verbundenen Unternehmen automatisch zusammengeführt. Dies ermöglicht eine effiziente Liquiditätsbewirtschaftung im Konzern und bessere Konditionen bei der Geldanlage und -ausleihe.

In der Praxis werden zwei Grundtypen des Cash Pooling unterschieden:

- a) *Zero Balancing*:² Jede Gruppengesellschaft führt ein eigenes Konto bei der Pool Bank, aber die Saldi dieser Einzelkonten werden regelmässig auf ein zentrales Konto (Master Account) überführt, das auf den Namen derjenigen Konzerngesellschaft lautet, welche die Rolle des Pool Leaders übernimmt.
- b) *Notional Pooling*: Das Guthaben jeder Gruppengesellschaft verbleibt auf dem eigenen Bankkonto dieser Gesellschaft, und die Soll- und Habenbestände aller Gruppenkonten werden lediglich rechnerisch zusammengeführt, um auf der Nettoposition die entsprechenden Zinsen gutzuschreiben bzw. zu belasten.

In beiden Fällen dienen die Mittel einer Gruppengesellschaft im Pool der Bank als Sicherheit für Sollsaldo auf Konten anderer Poolteilnehmer.³

Im Folgenden werden zunächst die gesellschaftsrechtlichen Aspekte des *Notional Pooling* geprüft und Lösungsvorschläge für eine gesellschaftsrechtskonforme Ausgestaltung gemacht. Anschliessend wird aufgezeigt, wieso es aus faktischen Gründen unmöglich ist, ein effizientes umfassendes *Zero Balancing* abzuwickeln, wenn dabei die aufgezeigten Schranken des Gesellschaftsrechts beachtet werden sollen.⁴ Auf Aspekte des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes wird in der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen, da die an einem Cash Pool teilnehmenden Gesellschaften in der Regel zu 100 Prozent im Konzern integriert sein dürften.

Probleme des *Notional Cash Pooling* aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Gesellschaftsrechtliche Qualifikation

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zu Problemen Anlass gibt die Tatsache, dass Mittel der Gesellschaft im Cash Pool zugunsten anderer Gruppengesellschaften verwendet werden, indem sie als Sicherheit für Sollsaldo anderer Poolteilnehmer dienen. Die nachstehenden Ausführungen befassen sich zunächst nur mit denjenigen Konstellationen, in welchen die begünstigten Gruppengesellschaften die Gesellschaft entweder direkt oder indirekt beherrschen (*upstream security*) oder mit ihr direkt oder indirekt unter derselben Beherrschung stehen (*cross-stream security*);⁵ die Thematik der (direkten oder indirekten) Tochtergesellschaft als Begünstigter (*downstream security*) wird später behandelt.⁶

Da in diesen Konstellationen potenziell Mittel der Gesellschaft zugunsten anderer Gruppengesellschaften (und damit zumindest indirekt zugunsten des Aktionärs der Gesellschaft) abfliessen und unter Umständen Rückzahlung nicht mehr erhältlich ist, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen hier eine verdeckte Gewinnausschüttung oder sogar – wenn der Sicherheitsbezug zu einer Unterdeckung des Aktienkapitals führt – eine verbotene Einlagenrückerstattung (Art. 680 Abs. 2 OR) vorliegt.

Gemäss einem Teil der Lehre stellen die Vorschriften über das geschützte Eigenkapital insofern eine absolute Schranke dar, als *jede* Leistung unter einer *upstream security* als verbotene Ausschüttung qualifizieren soll, sofern der Mittelabfluss den Betrag der freien Reserven überschreitet, unabhängig davon, ob die Sicherheit zu Marktkonditionen gewährt wurde oder nicht;⁷ gemäss einer anderen Lehrmeinung, welche FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL als «wohl herrschend» bezeichnen, muss hingegen zu Marktkonditionen (insbesondere bei ausreichender Bonität des Schuldners) eine Sicherheit auch aus gebundenen Mitteln zulässig sein.⁸

Soweit nur die freien Reserven betroffen sind, soll immerhin nur dann eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, wenn das Sicherheitsrisiko in einem offensichtlichen Missverhältnis zur von der Gesellschaft erhaltenen Gegenleistung steht.⁹

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass in der Lehre umstritten ist, ob das Agio ebenfalls zur geschützten Sperrquote gehört oder nicht.¹⁰ Gemäss einem

älteren Bundesgerichtsentscheid, der sich mit Darlehen an Aktionäre befasste, sind sodann von den freien Bilanzreserven vorab die für Dividenden vorgeschriebene Zuweisung an die allgemeine Reserve¹¹ sowie 35 Prozent für die Verrechnungssteuer abzuziehen.¹²

Schliesslich wird in der Lehre postuliert, dass der Zweckartikel der Gesellschaft die Gewährung von Sicherheiten zugunsten anderer Konzerngesellschaften ausdrücklich erlauben sollte.¹³ Angesichts der liberalen Praxis des Bundesgerichts, welche Rechtsgeschäfte der Gesellschaft nur dann als nichtig betrachtet, wenn sie durch den Zweck der Gesellschaft geradezu ausgeschlossen sind,¹⁴ ist dies aber wohl eine eher zweitrangige Vorsichtsmassnahme.¹⁵ Hingegen kann eine Ergänzung des statutarischen Zwecks dahingehend sinnvoll sein, dass die Gesellschaft Leistungen im Interesse anderer Konzernmitglieder erbringen darf.¹⁶

Grenzen der Zulässigkeit einer Beteiligung am Cash Pool

Aus dem vorne Gesagten ergibt sich, dass die Verwendung der Mittel einer schweizerischen Gesellschaft in einem Cash Pool zur Besicherung von Negativsaldi anderer Gruppengesellschaften aus gesellschaftsrechtlicher Sicht jedenfalls solange unproblematisch ist, als

- a) der Zweckartikel der Gesellschaft eine Sicherheitsbestellung zugunsten anderer Konzerngesellschaften ausdrücklich vorsieht;
- b) das maximale Risiko eines definitiven Mittelabflusses die freien (Netto-)¹⁷ Reserven der Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt übersteigt; und
- c) die betreffenden Transaktionen zu diesen Konditionen auch mit einer unabhängigen Drittpartei hätten abgeschlossen werden können (*arm's length-Test*), d.h.
 - ein unabhängiger Dritter eine entsprechende Sicherheit überhaupt gewährt hätte,
 - die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält, und
 - die Gesellschaft die Bonität aller anderen Poolteilnehmer sowohl bei der Aufsetzung des Cash Pools als auch danach laufend wie ein unabhängiger Dritter überprüft.

Die statutarische Konformität der Sicherheitsbestellung lässt sich durch eine Statutenänderung bewerkstelligen, und die Beschränkung des Risikos auf die freien Reserven kann vertraglich sichergestellt werden.¹⁸ In der Praxis wird es aber oft schwierig sein, die Natur der Sicherheitsbestellung im Cash Pool als Drittmanngeschäft sicherzustellen und damit eine Qualifikation eventueller Mittelabflüsse als verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden:

Zunächst stellt sich das Problem, dass wegen des fehlenden Marktes für Sicherheitsbestellungen durch Nichtbanken ein Preisvergleich nicht möglich ist. Da die Garantin ihrerseits ja in der Regel keine valablen Rückgriffsmöglichkeiten haben wird, mit anderen Worten also das Kreditrisiko übernimmt, müsste die ihr zu leistende Abgeltung der bankenüblichen Risikogebühr für einen unbesicherten Kredit entsprechen. Zusätzlich müssten die begünstigten Poolteilnehmer der Garantin die Zinsersparnis gegenüber einem unbesicherten Kredit vergüten.¹⁹

In der Praxis wird oft versucht, dieser Anforderung mit der Argumentation zu genügen, dass die Gesellschaft im Cash Pool ja nicht nur Mittel zur Verfügung stellt, sondern gleichzeitig auch Begünstigte ist, weil auch ihr Kreditrisiko durch andere Poolmitglieder getragen wird und sie einerseits auf ihren eigenen Mitteln mehr Zins erhält als bei einer gesonderten Anlage und ihr andererseits durch die Besicherung durch Mittel von anderen Gruppengesellschaften attraktivere Fremdfinanzierungskonditionen zur Verfügung stehen, als wenn sie sich alleine finanzieren müsste.

Dem steht allerdings entgegen, dass die Vorteile der einzelnen Gruppengesellschaften aus der Cash Pool-Teilnahme – selbst über eine längere Zeitspanne hinweg aggregiert – sich oft nicht gleichmässig gegenüberstehen werden, so dass nicht jedes Poolmitglied den Gegenwert einer adäquaten Sicherheitsabgeltung erhält.²⁰ Zudem wird vertreten, dass mittelbare Vorteile alleine ohnehin *nie* eine adäquate Abgeltung für die Sicherheitsbestellung darstellen könnten, sondern kumulativ hinzutreten müsste, dass ein Ausbleiben der Sicherheit für die begünstigten Gruppengesellschaften existenzbedrohend wäre und die Garantin von diesen Gruppengesellschaften wirtschaftlich abhängig ist.²¹ Vor allem das erste Kriterium dürfte beim Abschluss der Cash Pool-Verträge kaum je erfüllt sein.²²

Was schliesslich den letzten Punkt des *arm's length*-Tests anbelangt, die Bonitätsprüfung, so müsste sich die Gesellschaft konsequenterweise natürlich auch vorbehalten, dafür sorgen zu können, dass bei einer Verschlechterung der Kreditwürdigkeit ihre Sicherheit nicht mehr für die betroffene Gruppengesellschaft gilt.²³ Zumindest so lange vonseiten der letzteren Gesellschaft aber noch Ausstände bestehen, wird die Bank dies wohl kaum zulassen, und für die Zukunft hätte diese Gesellschaft keine Kreditlinie mehr, zumindest wenn andere Gruppengesellschaften mitziehen (müssen). Es ist deshalb zweifelhaft, ob sich diese Massnahme in einem Cash Pool umsetzen liesse.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vereinbarkeit der Sicherheitsbestellung *upstream* und *cross-stream* im Cash Pool mit den vorne dargestellten gesellschaftsrechtlichen Schranken vor allem am *arm's length*-Test scheitern kann. Dabei ist das Missverhältnis zwischen Sicherheitsbestellung und Gegenleistung wohl oft so offensichtlich, dass auch eine (qualifizierte) verdeckte Gewinnausschüttung gemäss Art. 678 Abs. 2 OR vorliegt.²⁴ Deshalb sind zusätzliche rechtliche Sicherungsmassnahmen empfehlenswert, welche unten näher beschrieben werden. Zunächst sind aber die drohenden Rechtsfolgen darzulegen, wenn solche Sicherungsmassnahmen unterbleiben.

Rechtsfolgen der Überschreitung der Zulässigkeitsgrenzen

Vorbemerkung

Ein Teil der Lehre betrachtet *upstream securities*, welche unter Verletzung der vorne genannten Schranken gewährt werden, als Verstoss gegen die aktienrechtlichen Ausschüttungsvorschriften, welcher direkt zur Ungültigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäfts führt,²⁵ während eine andere Meinung das Problem zusätzlich unter dem Aspekt der Vertretungsbefugnis derjenigen Exekutivorgane, welche den Sicherheitsvertrag für die Gesellschaft unterzeichnen, untersucht: Das Rechtsgeschäft ist demnach (nur) deshalb ungültig, weil die handelnden Exekutivorgane für eine nicht gewinnstrebige Transaktion wie die Gewinnausschüttung bzw. Kapitalrückzahlung nicht zuständig sind.²⁶

Aus *praktischer Sicht* ist – wie unten im Einzelnen dargelegt wird – der zweiten Auffassung der Vorzug zu geben, weil sie die sicherheitsbegünstigte Bank besser schützt (Gutgläubensschutz) und damit der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr dient und zudem der Schutzüberlegung hinter den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften besser gerecht wird.

Ersatz- und Rückerstattungspflichten

Macht die Pool Bank eine Sicherheit geltend,²⁷ deren Gewährung gegen die vorne genannten Schranken verstösst, so ist der entsprechende Mittelabfluss zunächst durch die direkt begünstigte Gruppengesellschaft zu ersetzen,²⁸ und zwar unabhängig davon, ob bloss freie Reserven oder auch gesperrtes Eigenkapital betroffen sind.²⁹

Sodann sind die ungerechtfertigt bezogenen Leistungen auch durch die sicherheitsbegünstigte Bank an die Gesellschaft zurückzuerstatten – dies jedenfalls dann, wenn diese bezüglich der aktienrechtlichen Unzulässigkeit der Transaktion nicht gutgläubig war.³⁰ Diejenigen Lehrmeinungen, welche das Problem (nur) unter dem Blickwinkel der Ausschüttungsvorschriften betrachten, postulieren sogar eine Rückerstattungspflicht der Bank unabhängig von ihrem Wissen, da die entsprechende Forderung der Gesellschaft ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sei.³¹ Allenfalls kann die Bank die Rückleistung verweigern, weil auch die Organe der Gesellschaft um die Unzulässigkeit der Sicherheitsbestellung wissen bzw. wenigstens Zweifel an der Zulässigkeit haben

mussten³² und somit eine irrtumsfreie Leistung vorliegt.³³ Allerdings ist zu beachten, dass die Bank sich damit natürlich ihrerseits der Möglichkeit begibt, sich auf ihren guten Glauben gemäss Art. 718a Abs. 2 OR und damit Gültigkeit der Sicherheitsbestellung³⁴ zu berufen; sie muss deshalb bei der Festlegung ihrer Verteidigungsstrategie zu antizipieren versuchen, welcher der vorne dargestellten Lehrmeinungen das urteilende Gericht folgen wird.

Der theoretisch denkbare Schadenersatzanspruch der Bank gegen die Gesellschaft aus Art. 722 OR³⁵ dürfte regelmässig am Selbstverschulden der Bank scheitern, da sie sich aufgrund ihrer Kenntnis der relevanten Umstände der gesellschaftsrechtlichen Unzulässigkeit der Sicherheitsbestellung bewusst sein muss.

Der Vollständigkeit halber ist schliesslich zu erwähnen, dass im Konkurs der Garantin auch paulianische Rückerstattungsansprüche gegen die Bank erhoben werden können; im Vordergrund steht die Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG).³⁶

Sodann riskiert auch der Aktionär bzw. diejenige Konzerngesellschaft, welche die Teilnahme der Garantin am Cash Pool veranlasst hat, der Letzteren ersatzpflichtig zu werden, und zwar aus Art. 402 Abs. 1 OR.³⁷ Sind nämlich die oben aufgeführten Zulässigkeitsgrenzen verletzt, so erfolgt die Sicherheitsbestellung nicht im Interesse der Garantin, sondern auf Rechnung der veranlassenden Konzerngesellschaft, welche der Garantin deshalb ersatzpflichtig wird.³⁸ Dies kann gerade im Cash Pooling verheerende Konsequenzen haben: Im Fall des Konkurses einer Gruppengesellschaft, deren Schulden durch eine *cross-stream security* besichert waren, trifft die Konzernleitungsgesellschaft nicht nur der (grundsätzlich isolierte) wirtschaftliche Verlust aus dem Konkurs der betreffenden Gruppengesellschaft, sondern sie hat auch noch die Leistung der Garantin unter der Sicherheit nachzuschliessen.

Schliesslich können den Aktionär auch Ersatzpflichten aus gesellschaftsrechtlichen Vorschriften treffen: Wenn und soweit der Mittelabfluss die Sperrquote von Aktienkapital und gebundenen Reserven verletzt, lebt die Liberierungspflicht wieder auf.³⁹ Und gemäss AEBI soll der Aktionär – neben der direkt begünstigten Gruppengesellschaft – auch aus Art. 678 Abs. 2 OR für die unrechtmässig abgeflossenen freien Reserven haften.⁴⁰

Organhaftung

Diejenigen Gesellschaftsorgane, welche an einer verbotenen Einlagenrückerstattung oder Gewinnausschüttung mitwirken bzw. es unterlassen, die entsprechende Rückzahlungsforderung der Gesellschaft geltend zu machen, werden der Gesellschaft gegenüber für den entstandenen Schaden aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar.⁴¹ Dies gilt auch für allfällige faktische Organe; als solches kann insbesondere die Konzernleitungsgesellschaft qualifizieren, welche die Garantin angewiesen hat, am Cash Pool teilzunehmen,⁴² und welche oft auch in deren Verwaltungsrat vertreten sein wird.

Auch gegenüber der Bank können die handelnden Organe ersatzpflichtig werden, und zwar aus Art. 39 OR,⁴³ wobei aber auch hier dem Anspruch der Bank ihr Selbstverschulden⁴⁴ in der Regel im Wege stehen dürfte.⁴⁵

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass sich die Organe (nur, aber immerhin), wenn die Deckung von Aktienkapital und gebundenen Reserven durch den Mittelabfluss beeinträchtigt wird, auch strafbar machen.⁴⁶

Haftungsdurchgriff

Schliesslich wird in der Lehre auch die Ansicht geäussert, dass eine Vermengung der Risikosphären verschiedener Gruppengesellschaften wie hier diskutiert als Basis für einen Haftungsdurchgriff dienen könnte, dass also andere Konzerngesellschaften haftbar werden können für die Schulden derjenigen Gruppengesellschaft, welche Sicherheiten zugunsten von verbundenen Unternehmen zu nicht marktgerechten Konditionen gewährt.⁴⁷

Lösungsansatz

Grundlagen

Wie vorne gezeigt, stellen das Verbot der Kapitalrückgewähr und die Vorschriften über die gebundenen Reserven zumindest nach einem gewichtigen Teil der Lehre eine absolute Schranke für *upstream*-Transaktionen dar. Aber selbst wenn man der liberaleren Auffassung folgt und Sicherheiten auch zulasten der Deckung von gebundenem Eigenkapital zulassen will, so lange Marktkonditionen gewahrt sind, wird man im Cash Pool wohl nicht um eine Beschränkung der Sicherheit auf den Betrag der freien Reserven herumkommen: Einerseits kann die Gewährleistung der *arm's length*-Natur der Sicherheitsbestellung in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, und andererseits verlangen Marktkonditionen eben nicht nur eine adäquate Abgeltung, sondern auch die Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung der Sicherheit bei Bonitätsverschlechterung der begünstigten Gruppengesellschaft, was aber die Bank kaum akzeptieren wird.⁴⁸ Das maximale Ausfallrisiko für die schweizerische Gesellschaft muss demnach also in jedem Zeitpunkt durch deren freie Reserven gedeckt sein.

Wird diese Schranke respektiert, so sind die *upstream*-Transaktionen im Cash Pool theoretisch gesellschaftsrechtlich zulässig, solange sie in jeder Hinsicht wie Transaktionen mit unabhängigen Dritten ausgestaltet werden. Allerdings ergibt sich aus dem vorne Gesagten auch, dass es in der Praxis oft schwierig sein wird, die entsprechenden Marktkonditionen aus einer *ex ante*-Betrachtung mit genügender Bestimmtheit so festzulegen, dass sie auch einer *ex post*-Prüfung standhalten.⁴⁹ Eine konservative Lösung muss deshalb so ausgestaltet sein, dass sie auch das Risiko abdeckt, dass ein Mittelabfluss nachträglich doch als Gewinnausschüttung qualifiziert wird.

In der Praxis wird dies bei *upstream securities* generell in der Regel so gelöst, dass die Generalversammlung den Abschluss des Sicherheitsvertrages genehmigt. Zudem wird im Vertrag vorgesehen, dass die Sicherheitsverpflichtung den Betrag der ausschüttbaren Reserven der Garantin im Zeitpunkt der Sicherheitsbeanspruchung nicht übersteigen darf;⁵⁰ der Umfang der verfügbaren freien Reserven ist sodann bei Sicherheitsbeanspruchung durch einen geprüften Zwischenabschluss der Gesellschaft festzustellen.⁵¹ Zumindest im *Notional Pooling* erscheint dies ebenfalls als gangbare Lösung.

Allerdings ist zu beachten, dass eine neue Lehrmeinung die Auffassung vertritt, dass diese Praxis gesetzeswidrig sei, da sie nicht der gesetzlich vorgesehenen Chronologie der Ausschüttungsformalitäten (Generalversammlungsbeschluss erst, wenn aufgrund des geprüften Abschlusses Gewissheit über die verfügbaren freien Reserven besteht) entspreche.⁵² Zumindest in der hier besprochenen Konstellation erscheint diese – vereinzelte⁵³ – Ansicht allerdings als zu formalistisch: Die Formvorschriften des Aktienrechts über die Ausschüttung von freien Reserven sollen nur die Aktionäre schützen, nicht aber die Gesellschaftsgläubiger,⁵⁴ und im Konzern bedarf der (Allein-)Aktionär nicht des Schutzes vor sich selber.⁵⁵

Folgt man allerdings derjenigen Lehrmeinung, welche das Problem der *upstream*-Leistung in der fehlenden Vertretungsbefugnis der handelnden Organe sieht,⁵⁶ so stellt sich das Problem der Beachtung der Formvorschriften für die Dividendenausschüttung gar nicht: Die Genehmigung der Generalversammlung (mit Vertretung und Zustimmung aller Aktionäre) stellt dann keinen Ausschüttungsbeschluss dar, sondern erstellt die Vertretungsbefugnis der handelnden Organe für die verdeckte Gewinnausschüttung,⁵⁷ was zumindest im Bereich der freien Reserven Rückforderungsansprüche sowohl gegen die Bank als auch gegen die begünstigte Gruppengesellschaft und den Aktionär ausschliesst.⁵⁸ Auch kann dann keine haftungsbegründende Pflichtverletzung der handelnden Organe vorliegen.⁵⁹

Sodann ist auf diejenigen Stimmen in der Lehre hinzuweisen, welche verdeckte Gewinnausschüttungen dann als zulässig erachten, wenn der Zweck in den Gesellschaftsstatuten ausdrücklich die Förderung der Interessen anderer Konzerngesellschaften vorsieht (im Sinne einer – zumindest teilweisen – Aufgabe der Gewinnstrebigkeit).⁶⁰ DRUEY/VOGEL sprechen sich im Ergebnis sogar für eine implizite Zulässigkeit von verdeckten Gewinnausschüttungen durch hundertprozentige Konzerntöchter aus, allerdings bei der Besprechung eines strafrechtlichen Entscheids.⁶¹ Eine separate Genehmigung der Generalversammlung für jedes einzelne Rechtsgeschäft im Interesse anderer Konzernmitglieder wäre in beiden Fällen nicht mehr nötig.

Auch das – wohl ohnehin nur entfernte – Risiko des Haftungsdurchgriffs⁶² ist mit Massnahmen im vorne aufgeführ-

ten Sinne gebannt: Die Risikovermischung ist auf die freien Reserven beschränkt, an deren Deckung die Gläubiger ohnehin kein schutzwürdiges Interesse haben,⁶³ und zumindest bei einer Zweckänderung im Sinne einer partiellen Aufgabe der Gewinnstrebigkeit zugunsten des Konzerns ist diesbezüglich sogar öffentlich Transparenz hergestellt. Es kann sodann nicht mehr von einer unzulässigen Vermischung der Risikosphären gesprochen werden.

Was das Risiko der paulianischen Anfechtung anbelangt, so wäre es zumindest bei einer statutarischen und damit öffentlich bekannten partiellen Aufhebung der Gewinnstrebigkeit stossend, für Verfügungen zugunsten anderer Gruppengesellschaften, welche nur die Deckung der freien Reserven beschlagen, die Schenkungspauliana zuzulassen. Die Verfügung erfüllt dann ja gerade den Zweck der Gesellschaft, und die Gläubiger müssen auch mit solchen Verfügungen rechnen; es fehlt dann also das Element der Aussergewöhnlichkeit, welches mit den paulianischen Anfechtungen generell geahndet werden soll.⁶⁴

Schliesslich darf aus praktischer Sicht auch nicht vergessen werden, dass die Frage der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit von Mittelabflüssen bei der Gesellschaft *de facto* erst im Konkurs der Gesellschaft aktuell wird, da die Gesellschaftsgläubiger diesen Schaden erst dann klageweise geltend machen können und die Gesellschaft bzw. der Aktionär, denen entsprechende Klagerechte auch ausserhalb des Konkurses zustehen, wohl kaum in dieser Weise vorgehen werden.⁶⁵ Immerhin ist zu beachten, dass auch ein Abfluss "nur" der freien Bilanzreserven adäquat kausal zum Konkurs der Gesellschaft führen kann, nämlich dann, wenn sie durch den Mittelabfluss in Liquiditätsschwierigkeiten gerät; diesfalls könnte eine Klage der Gläubiger bzw. der Konkursverwaltung dennoch aktuell werden. Als zusätzliche Sicherheit wäre deshalb allenfalls zu verlangen, dass der im Zeitpunkt der Sicherheitsbeanspruchung zu erstellende Zwischenabschluss nicht nur über den Umfang der dann verfügbaren freien Reserven Auskunft gibt, sondern auch über den voraussichtlichen mittelfristigen Liquiditätsbedarf der Gesellschaft, und für die Sicherheit dann nur der entbehrliche "Liquiditätsüberschuss" zur Verfügung stünde.⁶⁶

Praktische Ausgestaltung

Wie vorne dargelegt, wird es oft schwierig sein, die *arm's length*-Natur der Sicherheitsbestellung im Cash Pool darzutun. Dennoch sollte – wie in der Praxis oft anzutreffen – in der Vertragspräambel festgehalten werden, dass die Vorteile der Cash Pool-Teilnahme eine adäquate Gegenleistung für die Sicherheitsbestellung durch die schweizerische Gesellschaft darstellen.

Sodann ist aber das Hauptaugenmerk darauf zu richten, dass bei einer Verneinung der Einhaltung des *arm's length principle* keine verbotene Gewinnausschüttung oder sogar Kapitalrückgewähr mit den entsprechenden negativen Rechtsfolgen angenommen wird. Dies geschieht durch die Erfüllung der folgenden formellen Anforderungen:

- a) Vor Abschluss der Poolverträge sollte der Zweckartikel in den Statuten der Gesellschaft gegebenenfalls dahingehend abgeändert werden, dass Sicherungsgeschäfte zugunsten von anderen Konzerngesellschaften zulässig sind. Allenfalls ist der Gesellschaft in ihrem Zweck zudem ausdrücklich zu gestatten, die Interessen anderer Konzernmitglieder auch ohne angemessene Gegenleistung zu fördern.
- b) Der Abschluss der Cash Pool-Verträge ist durch die Generalversammlung der Gesellschaft zu genehmigen. Dabei sollten sowohl die Gesellschaft als auch der Aktionär auf jegliche Ansprüche gegen die diversen potenziell ersatz- und haftpflichtigen Parteien und Organe im Falle der Sicherheitsbeanspruchung ausdrücklich verzichten.
- c) In den Cash Pool-Verträgen ist der Vorbehalt zu machen, dass eine Sicherheitsleistung nur fällig wird, wenn und soweit im Zeitpunkt der Sicherheitsbeanspruchung freie Reserven⁶⁷ für eine Ausschüttung zur Verfügung stehen. Der Umfang dieser freien Reserven ist im Zeitpunkt der Sicherheitsbeanspruchung durch einen geprüften Zwischenabschluss festzustellen.⁶⁸ Allenfalls kann zusätzlich verlangt werden, dass der Zwischenabschluss auch Auskunft über den mittelfristigen Liquiditätsbedarf der Gesellschaft gibt und der Betrag der Sicherheitsleistung sodann zusätzlich auf diejenigen Mittel beschränkt wird, welche diesen Liquiditätsbedarf übersteigen.⁶⁹

Probleme des *Zero Balancing* aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Sicherheitshalber sollte auch ein ausdrückliches Regressrecht der Garantin gegenüber derjenigen Gruppengesellschaft vereinbart werden, deren Default für die Sicherheitsbeanspruchung ursächlich ist.⁷⁰ Kann zusätzlich ein Rückgriff auf andere – z.B. speziell finanzkräftige – Gruppengesellschaften gewährt werden, so senkt dies natürlich die Anforderungen unter den anderen Kriterien des *arm's length*-Tests.⁷¹

Umgekehrt kann es angezeigt sein, den Rückgriff auf die Konzernleitungsgesellschaft⁷² wegzubedingen.

Gesellschaftsrechtliche Qualifikation

Wie eingangs dargelegt, werden im *Zero Balancing* die Guthaben der einzelnen Poolteilnehmer physisch auf dem Master Account des Pool Leaders zusammengeführt und Ausstände aus dem Master Account ausgeglichen. In der Praxis geschieht dies oft täglich.⁷³

Die Überführung des Habensaldos eines individuellen Kontos auf das Master Account führt rechtlich gesehen zu einer Darlehensposition mit dem betroffenen Poolmitglied als Darleiher und dem Pool Leader als Borger.⁷⁴ Umgekehrt wird der Pool Leader zum Darleiher, wenn Sollsaldi anderer Gruppengesellschaften aus dem Master Account ausgeglichen werden. Schliesslich entstehen direkte Darlehensverhältnisse zwischen individuellen Poolteilnehmern, wenn die Bank von der Konzernverrechnungsklausel⁷⁵ Gebrauch macht. Zumindest in Konstellationen, in denen der Borger nicht eine direkte oder indirekte Tochtergesellschaft des Darleihers ist, führt dies zu einem *upstream*- oder *cross-stream*-Darlehen; wie oben bereits ausgeführt,⁷⁶ darf ein solches gemäss einem Teil der Lehre nur die Deckung der freien Reserven beschlagen, ansonsten ein Verstoß gegen das Verbot der Kapitalrückgewähr bzw. die Reservevorschriften vorliege (und zwar schon im Zeitpunkt der Ausleihe, und nicht erst bei Ausbleiben der Rückzahlung) – dies unabhängig von der Bonität des Borgers. Eine andere, gemäss FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL "wohl herrschende" Lehrmeinung hingegen erachtet bei Vorliegen von Marktkonditionen ein Darlehen auch aus der Deckung des gebundenen Eigenkapitals als zulässig.⁷⁷ Immerhin scheint Einigkeit zu bestehen, dass bei mangelhafter Bonität des Borgers ein Darlehen nie gewährt werden darf, soweit ihm nicht ausreichend freie Reserven gegenüberstehen,⁷⁸ und die Ausleihe von durch freie Reserven gedeckten Mitteln wird bei zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Borgers als verdeckte Gewinnausschüttung gewertet.⁷⁹

BÖCKLI geht zudem sogar so weit zu postulieren, dass die durch das Darlehen gebundenen Mittel nur einen kleinen Teil der betriebsnotwendigen Liquidität beschlagen dürfen, um nicht eine haftungsrelevante Sorgfaltspflichtverletzung des Verwaltungsrates zu begründen.⁸⁰ Jedenfalls sollen die verantwortlichen Organe nach Gewährung auch eines an sich zulässigen *upstream*-Darlehens einer verschärften Sorgfaltspflicht unterliegen, was die laufende Bonitätsprüfung

und gegebenenfalls die vorzeitige Rückforderung des Darlehens anbelangt.⁸¹

Die ständigen Kontrollen der finanziellen Situation (*balance sheet tests*), welche sowohl beim Darleiher als auch beim Borger (!) nötig wären, um die Einhaltung der vorne genannten Schranken sicherzustellen, verunmöglichen m.E. ein effizientes umfassendes *Zero Balancing*.

Speziell ist sodann zu beachten, dass der Darleiher unabhängig von der Deckung aus Aktienkapital, gebundenen oder freien Reserven riskiert, im Konkurs des Borgers für sein Darlehen nicht einmal mit einer Drittklassforderung zugelassen zu werden, weil das Darlehen angesichts der angespannten finanziellen Lage des Borgers als Kapitaleinlage umqualifiziert wird.⁸²

Konsequenzen der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Schranken

Werden Mittel einer schweizerischen Gruppengesellschaft unter Verletzung dieser gesellschaftsrechtlichen Schranken auf Konten anderer Poolteilnehmer überwiesen und gehen im Konkurs des Borgers verloren, so wird der Aktionär der Gesellschaft in dem Ausmass, in dem der Verlust deren freie Reserven übersteigt, durch Wiederaufleben der Liberierungspflicht ersatzpflichtig, und darüber hinaus eventuell aus Art. 678 Abs. 2 OR; zudem trifft wohl auch die Konzernleitungsgesellschaft eine Ersatzpflicht im vollen Umfang des Verlusts.⁸³ Schliesslich werden die (formellen und faktischen) Organe der Gesellschaft haftbar für Schäden der Gesellschaft aus ausbleibender Rückzahlung sowie aus sich allenfalls ergebenden Liquiditätsschwierigkeiten.⁸⁴

Die Bank hingegen steht hier besser da als bei einer Sicherheitsbeanspruchung: Sie führt nur Zahlungsaufträge der Poolmitglieder aus, greift aber selber nicht auf Mittel der Gesellschaften und kann dementsprechend nicht rückerstattungspflichtig werden.

Schutzmassnahmen

Die vorne vorgeschlagenen Massnahmen betreffend Änderungen des Gesellschaftszwecks, Genehmigung durch die Generalversammlung sowie Verzicht auf Ersatz- und Haftungsansprüche⁸⁵ eliminieren m.E. auch im Bereich der *Zero Balancing*-Darlehen die gesellschaftsrechtlichen Risiken zumindest insoweit, als der Verlust durch freie Reserven gedeckt ist. Es bleiben aber das Problem des Mittelabflusses über die freien Reserven hinaus sowie die Gefahr eines Konkurses aufgrund von Liquiditätsschwierigkeiten, selbst wenn der Verlust durch freie Reserven gedeckt ist:

Eine vertragliche Beschränkung des Verlustrisikos auf den Betrag der freien Reserven oder sogar auf die überschüssige Liquidität ist anders als im *Notional Pooling* nicht möglich, da hier die Mittel im Zeitpunkt des Ausfalls der fraglichen Gruppengesellschaft bereits abgeflossen sind und eine entsprechende Rückforderung gegen ein konkursites Poolmitglied geltend gemacht werden müsste. Dessen vertragliche Zusagen vermögen aber natürlich nicht die konkursrechtliche Gläubigerrangordnung umzuschreiben; vielmehr ist die Darlehensforderung insgesamt, egal ob freie Reserven oder geschütztes Eigenkapital, beim Darleiher beschlagend, im dritten Rang gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG zu kollozieren.⁸⁶ Hingegen können die verbleibenden Risiken z.B. gemildert werden, indem überhaupt nur ein Teil der Liquidität der Gesellschaft in das Poolsystem überführt wird und dabei aufgrund der im gesellschaftsinternen Reporting laufend verfügbaren Kennzahlen sichergestellt wird, dass die freien Reserven⁸⁷ die im Pool gebundenen Mittel stets übersteigen und ausreichende Liquidität durch Mittel auf Konten ausserhalb des Poolsystems sichergestellt ist.⁸⁸

Zumindest ein umfassendes *Zero Balancing Cash Pooling*, das alle flüssigen Mittel im Konzern einbezieht, ist also aufgrund praktischer Beschränkungen mit den gesellschaftsrechtlichen Schranken nicht in Einklang zu bringen, und selbst die nur begrenzte Teilnahme einer schweizerischen Gesellschaft an einem solchen Cash Pool schafft nicht zu unterschätzende Risiken für deren Organe, den Aktionär und die Konzernleitungsgesellschaft.

Weitere gesellschaftsrechtliche Aspekte

Downstream-Transaktionen

Eine nicht marktkonforme Sicherheits- oder Darlehensgewährung *downstream* ist im Grundsatz wesentlich unproblematischer als eine *upstream*-Transaktion, da keine Werte aus der leistenden Gesellschaft hinaus, sondern lediglich innerhalb ihrer Bilanz verschoben werden, mithin also keine Gewinnausschüttung vorliegt. Aus demselben Grund kann auch die Sperrquote von Aktienkapital und gebundenen Reserven hier keine Rolle spielen.⁸⁹

Ebenso liegt eine Leistung der Mutter- an die (direkte oder indirekte) Tochtergesellschaft grundsätzlich ohne weiteres im Interesse der Ersteren, da dadurch regelmässig der Wert der Beteiligung gesteigert oder wenigstens erhalten bleibt.⁹⁰ Deshalb stellt sich auch nicht die Frage der Vertretungsbefugnis.⁹¹

Problematisch kann die *downstream*-Transaktion nur dann werden, wenn effektiv Werte der Muttergesellschaft vernichtet werden, nämlich in dem Fall, wo die bereits überschuldete Tochtergesellschaft auch durch den Zuschuss "von oben" nicht mehr gerettet werden kann: Diesfalls liegt die Transaktion ausserhalb des Gesellschaftszwecks der Muttergesellschaft,⁹² und es entstehen die Ersatzpflicht der Konzernleitungsgesellschaft aus Art. 402 Abs. 1 oder 408 OR sowie – im Fall der *downstream security* – die Rückerstattungspflicht der Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung, je nach Lehrmeinung allenfalls nur bei Bösgläubigkeit der Bank.⁹³ Zudem werden die handelnden Organe haftbar aus Verantwortlichkeit, allenfalls auch aus vollmachtlosem Handeln.⁹⁴

Schliesslich riskiert die Muttergesellschaft als Darleiher, dass ihr Darlehen im Konkurs der Tochter in Eigenkapital umqualifiziert oder wenigstens zwangsubordiniert wird.⁹⁵

Für den Cash Pool bedeutet dies, dass auch *downstream* das Verlustrisiko sowohl bei Sicherheitsbestellung (*Notional Pooling*) als auch für Darlehen (*Zero Balancing*) jederzeit auf den Betrag der freien Nettoreserven⁹⁶ beschränkt sein muss, dass die entsprechenden Verträge durch die Generalversammlung der Muttergesellschaft zu genehmigen sind und dass auf den auftragsrechtlichen Regress gegen die Konzernleitungsgesellschaft sowie auf Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Exekutivorgane zu verzichten ist.⁹⁷

Klumpenrisiko

In Lehre und Rechtsprechung wird verlangt, dass die Exekutivorgane im Sinne einer sorgfältigen Vermögensanlage keine Klumpenrisiken eingehen; dies ergibt sich aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 2 OR.⁹⁸ Fixe Prozentgrenzen werden aber abgelehnt, es ist vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.⁹⁹ Verstösse gegen diese Pflicht führen nicht zu einer vorzeitigen Rückerstattungspflicht des Borgers (selbst wenn er gleichzeitig Aktionär ist), aber zur Verantwortlichkeit der handelnden Organe gemäss Art. 754 OR.¹⁰⁰

Zumindest in der hier besprochenen Konstellation (insbesondere 100-Prozent-Konzerngesellschaft ohne externe Minderheitsaktionäre) kann diesem Aspekt aber bei Berücksichtigung der vorne aufgeführten Vorsichtsmassnahmen keine eigenständige Bedeutung zukommen: Die Deckung von Aktienkapital und gebundenen Reserven sollte sowieso unangetastet bleiben, und die Deckung der freien Reserven darf insgesamt aufs Spiel gesetzt werden,¹⁰¹ also kann es *in majore minus* auch nicht verboten sein, die entsprechenden Mittel bei einem oder wenigen Schuldnern zu konzentrieren.

Plädoyer für eine liberale Auslegung der gesellschaftsrechtlichen Schranken

Zunächst ist daran zu erinnern, dass die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über den Schutz des gebundenen Eigenkapitals und die bei der Ausschüttung von freien Reserven zu beachtenden Formvorschriften nicht um ihrer selbst willen bestehen, sondern (nur) zum Schutz von (Minderheits-) Aktionären und Gesellschaftsgläubigern.¹⁰² Der Aktionär aber bedarf in der 100-Prozent-Konzerngesellschaft keines Schutzes, und die Gläubiger haben zumindest an der Erhaltung der freien Reserven kein schützenswertes Interesse.¹⁰³ Es ist deshalb zu fordern, dass sowohl die Sicherheitsbestellung im Cash Pool als auch die poolinternen Darlehen im *Zero Balancing* (einschliesslich, in beiden Fällen, des allfälligen definitiven Mittelabflusses bei Ausfall anderer Poolmitglieder) wenigstens bei vorgängiger Genehmigung durch die Generalversammlung als gesellschaftsrechtlich zulässig behandelt werden, wenn und soweit das maximale Verlustrisiko nur die Deckung der freien Reserven in der Bilanz der leistenden Gesellschaft beeinträchtigt. Ein Pochen auf sklavische Einhaltung der Ausschüttungsformalitäten auch im Konzern hiesse, den Bogen dogmatisch zu überspannen und übersieht insbesondere, dass damit auf Einhaltung eines Schutzmechanismus beharrt würde, obwohl gar niemand schutzbedürftig ist.

Sodann kann man aber noch einen Schritt weitergehen. Es ist nämlich auch nicht recht einzusehen, wieso die Gläubiger einen Anspruch auf Erhaltung der Deckung der gebundenen Reserven haben sollen: Mangels Publizität¹⁰⁴ wissen die Gläubiger nämlich gar nicht um deren Höhe (oder nur schon Existenz) und können mithin auch nicht in ihrem Kreditentscheid auf deren Deckung vertrauen.¹⁰⁵ Streng genommen können sie sich nicht einmal in guten Treuen auf die volle Deckung des Aktienkapitals verlassen, dürfen die Organe doch unverändert das Geschäft weiter betreiben, so lange nur mindestens 50 Prozent des Aktienkapitals gedeckt sind.¹⁰⁶ Es spricht deshalb einiges dafür, zumindest für *bona fide upstream*-Transaktionen, wie sie im Cash Pool in der Regel vorliegen dürften, die Zulässigkeitsgrenze sogar hier anzusetzen, selbst wenn die *arm's length*-Schwelle verpasst wird.

Bewusst offenzulassen ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit die Frage, ob das gebundene Eigenkapital bei der Beurteilung von *upstream*-Transaktionen überhaupt eine Rolle spielen soll und muss, eröffnete man dadurch doch

die Diskussion über die Anerkennung der Konzernwirklichkeit im schweizerischen Aktienrecht, was den Rahmen dieser Arbeit sprengt. Es sei aber immerhin abschliessend auf Folgendes hingewiesen: Die Gesellschaft darf ihre Aktiven, welche der Deckung von Aktienkapital und gesetzlichen Reserven dienen, zu Fortführungswerten in die Bilanz einsetzen. Die Hoffnung aber, dass dann, wenn das Gläubigerinteresse an den Kapitalschutzvorschriften wirklich aktuell wird, nämlich im Konkurs der Gesellschaft, der Liquidationserlös auch nur annähernd diese Bilanzwerte aus besseren Tagen erreicht, erweist sich in der Praxis regelmässig als illusorisch. Vielmehr ist die Diskrepanz zwischen Fortführungs- und Liquidationswert in aller Regel derart gross, dass zumindest die Drittklassgläubiger fast immer leer ausgehen; daran vermag auch die "Notbremse" von Art. 725 Abs. 2 OR nichts zu ändern. Der Vorstellung vom Grundkapital als "Sperrquote" zum Schutz der Gläubiger haftet also etwas zumindest reichlich Abstraktes an, und in der Realität wird denn auch kaum ein Gläubiger die Kreditwürdigkeit seines Schuldners gestützt auf dessen Handelsregisterauszug beurteilen.

English Summary

The following is a translation of an article which has been published in the Swiss newspaper *Neue Zürcher Zeitung* on November 15, 2005.

A cash pool serves to combine the bank accounts of various group companies in order to obtain better interest terms and to manage the group liquidity more efficiently. For that purpose, the aggregate net balance of the entire group at the pool bank is taken into account in order to determine credit and debt interests and credit facility and overdraft limits. In a *physical cash pool*, the funds of the different group companies are actually combined, i.e. a negative balance on one account is repaid out of funds from other accounts (usually through a central *master account*); the respective flow of funds creates loan relationships between the relevant group companies. If all positive balances are transferred to the master account in regular intervals, the arrangement is referred to as *zero balancing*. In a *notional cash pool*, on the other hand, the individual company balances are combined only for accounting purposes, while each pool member retains its own account balance. In both systems, however, the group companies are usually required to provide guarantees for the debts of the other pool members towards the bank; this increases the available credit line for the individual group companies.

These intragroup loan and security arrangements may create liability risks in particular if the grantor company is directly or indirectly controlled by the grantee (*upstream*), or is under common control with the grantee (*cross-stream*). If, in such constellation, the grantee becomes unable to repay its debts and the grantor thus suffers a loss, this may be deemed a (direct or indirect) payment in favor of the grantor's shareholder. Depending on the balance sheet situation of the grantor company, this may constitute a constructive dividend or even a prohibited repayment of paid-in capital, provided the grantor has not received an adequate consideration for the granting of the respective loan or security (arm's length test).

If such a breach of corporate law is found, the members of the board of directors and of the management of the grantor may become personally liable. Further, the group parent company may incur an obligation to reimburse the grantor for the loss under the applicable provisions of Swiss mandate law.

The Swiss participant in tax pool also incurs certain tax risks: a constructive profit distribution is treated similar to an ordinary dividend, i.e. it cannot be applied against taxable profits and is subject to Swiss withholding tax. The withholding tax refunds ordinarily available under the relevant Swiss tax regulations respectively, in the case of a foreign recipient, under the applicable double taxation treaties, may be limited or even excluded in multi-party constellations such as the ones existing in a cash pool.

Consequently, both from a corporate law and from a tax point of view, the first priority is the establishment of arm's length terms and conditions for all cash pool transactions in order to avoid the qualification of possible losses as constructive profit distributions. In practise, it is usually argued that each individual pool member does not only contribute its own liquidity and related collateral to the pool, but also benefits from better banking terms by virtue of comparable contributions by other group companies. However, upon closer scrutiny it will often be questionable whether each participant does in fact profit from the cash pool to an extent which justifies the risks incurred. Further, genuine arm's length terms would also comprise the right for each pool member to continuously monitor the financial condition of the other participants and, if the financial condition of an individual pool member deteriorates, to exclude such pool member from receiving loans and/or collateral out of its own funds in the future; obviously, the pool bank is not very likely to accept such reservation. Finally, it will also be difficult to demonstrate that the cash pool arrangements meet the arm's length test if only because there is no real market with which a comparison would be possible.

If it is not possible with sufficient certainty to demonstrate that the cash pool transactions take place at market conditions, then at least certain corporate law measures have to be taken in order to ensure that possible constructive profit distributions do not result in the aforementioned liabilities and reimbursement obligations. For that purpose, the cash pool agreements and the security obligations in connection therewith are usually approved by the shareholders' meeting of the participating Swiss company. In the recent doctrine, certain doubts have been voiced whether it is admissible for a shareholders' resolution to approve a profit distribution in advance, without knowledge of the actual amount of a

possible subsequent distribution. However, if analysed correctly, this problem does not even arise in this context, because the shareholders' resolution here at issue does not approve a distribution, but rather, by expressly approving certain transactions at non-arm's length terms, resolves the partial waiver of the shareholders' right that a stock corporation seek to optimize its profits at all times. Such shareholders' resolution must be taken unanimously; however, in a group structure this will usually not be a problem.

In addition, the potential loss (including withholding tax, see above) must be limited at all times to the amount of the free reserves of the company because only those free reserves are at the free disposal of the shareholders' meeting. The restricted equity (stated capital and restricted reserves), on the other hand, is intended to keep a certain minimum amount of funds in the company for the benefit of all of its creditors, and if the loss in a cash pool jeopardizes the coverage of restricted equity by sufficient funds, then the aforementioned liability risks are triggered. In a *notional cash pool* contractual measures are available to ensure such coverage, namely by requiring the pool bank to limit its security claims to the free reserves of the company as evidenced by interim financial statements to be established and audited at the time of the drawing of the security. In a *physical cash pool*, on the other hand, actual fund transfers to other group companies continuously take place, and therefore the officers of the company have the difficult task to ensure that at no time funds in excess of the free reserves of the company are remitted into the cash pool system. In a *zero balancing* set-up this is obviously impossible; rather, the diligent officers of the company must reserve the manual transfer of funds to the master account, or alternatively sufficient funds must be kept outside of the cash pool in order to ensure full coverage of the restricted equity at all times. The complexity of this task becomes obvious in view of the fact that the free reserves of the company equal the net asset balance after deduction of debt and restricted equity: in an operative company this value will change every day.

The diligent officers of the company will also have to take into account that coverage of the restricted equity does not necessarily ensure sufficient liquidity of the company; it may be necessary to provide for additional "safety cushions" in order to ensure that the company can continue to satisfy its debts as they fall due.

From a tax point of view, it must be considered that a transaction not geared at maximising profits, even if admissible under corporate law by operation of the adequate measures as described above, is, as a rule, nevertheless deemed a constructive profit distribution if the waiver of profits is made for the direct or indirect benefit of the company's shareholder. However, as a general rule, the tax authorities are much less inclined than corporate doctrine to dissect a cash pool system down to the level of the individual transactions; rather, it is usually possible to convince them to take a more comprehensive look at the cash pool as a whole and at its overall benefits for the group and thus also for the individual company. In view of the potentially substantial tax disadvantages it is nevertheless strongly recommended to confirm this by way of an advance ruling.

In summary, it can be stated that adequate measures are available to ensure the corporate law admissibility of the participation of a Swiss company in a cash pool. This comprises in particular the limitation of a possible loss (including withholding tax) to the amount of the company's free reserves at all times. Further, the absence of tax disadvantages must be confirmed by way of advance rulings.

Fussnoten

- 1 Vgl. zum Ganzen UDO GIEGERICH, Techniken des zentralen Cash Management: Wichtige Elemente der Optimierung des Working Capital, Der Schweizer Treuhänder 2002, S. 869 ff.
- 2 Auch "physisches Cash Pooling" genannt. Werden fixe Sockelbeträge auf den Einzelkonten stehengelassen, so spricht man von Target Balancing.
- 3 Allerdings geschieht dies beim *Zero Balancing* nicht in Form einer Sicherheitsbestellung im rechtlichen Sinne; vielmehr werden die Ausstände einer Gruppengesellschaft aus Mitteln der anderen Poolmitglieder ausgeglichen, die Forderungen der Bank aus Negativsaldi werden mithin fortlaufend durch konzerninterne Darlehensverhältnisse ersetzt. Im *Notional Pooling* hingegen werden üblicherweise Sicherheiten bestellt, deren Höhe auf den Betrag des jeweiligen Kontoguthabens des garantierenden Poolmitglieds beschränkt ist (entweder als beschränkte Garantie oder in Form eines Pfandes an der Forderung des Kontoinhabers gegen die Bank; zuweilen auch als Konzernverrechnungsklausel, d.h. die Bank darf Forderungen gegen ein Poolmitglied mit Guthaben anderer Mitglieder verrechnen). Zwar wäre dies für die blosser Erlangung der Zinsvorteile nicht zwingend nötig. Aber den Poolmitgliedern würden natürlich ohne diese Besicherung keine oder nur wesentlich tiefere Kreditlimiten auf ihren individuellen Konten zur Verfügung stehen, und auch der Sollzins ist niedriger, wenn der Kredit besichert ist.
- 4 Vgl. unten.
- 5 Da die gesellschaftsrechtlichen Probleme in beiden Konstellationen dieselben sind, wird nachstehend nicht mehr zwischen *upstream* und *cross-stream securities* unterschieden.
- 6 Vgl. unten.
- 7 PETER BÖCKLI, Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang, Der Schweizer Treuhänder 2/1980, 6 (nachfolgend zitiert als «BÖCKLI, ST 2/1980») und DERS., Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: Peter Böckli et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 538 (nachfolgend zitiert als «BÖCKLI, FS Vischer»), wobei BÖCKLI in der zweitgenannten Arbeit immerhin eine Toleranzgrenze von zehn Prozent des Eigenkapitals vorschlägt; LOUIS BOCHUD, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Bern 1991, 152; einschränkend RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 5. Kap. N48 f. (allesamt zu *Darlehen* an Aktionäre, die Ausführungen müssen aber sinngemäss auch für Sicherheitsbestellungen gelten; so auch TSCHÄNI [FN 7], 5. Kap. N70). Ausdrücklich zu Sicherheiten: DIETER ZOBL, Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 192 f.
- 8 Wiederum im Zusammenhang mit Darlehen an Aktionäre: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40N 348, u.a. mit Verweis auf MARCO DUSS, Der Schweizer Treuhänder 2/1980, 2 f.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/ JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 67N 103.
- 9 Art. 678 Abs. 2 OR. Siehe z.B. TSCHÄNI (FN 7), 5. Kap. N76; ZOBL (FN 7), 190 f. Das in Art. 678 Abs. 2 OR ebenfalls genannte Kriterium des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ist klar zweitrangig, es kommt also vor allem auf die Adäquanz der Gegenleistung an (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2004, § 12 N557). WATTER sieht eine verdeckte Gewinnausschüttung schon bei einem geringfügigen Missverhältnis, weil er die Frage unter dem Aspekt der mangelnden Vertretungsbefugnis der handelnden Exekutivorgane behandelt (dazu ausführlich unten), verdeckte Gewinnausschüttungen mithin auch ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 678 Abs. 2 OR vorliegen können. Gemäss dieser Auffassung führt die Offensichtlichkeit des Missverhältnisses nur insofern zu einer Verschärfung, als auch der Aktionär klageberechtigt ist und für die Rückerstattungspflicht längere Verjährungsfristen zur Anwendung kommen (vgl. zum Ganzen ROLF WATTER, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 2/96, 143 f.).
- 10 Dafür: BÖCKLI (FN 9), §12 N526; dagegen: WATTER (FN 9), 141 FN 52; unentschieden: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 8), § 50N22. Für eine ausführliche und überzeugende Begründung, wieso das Agio nicht anders zu behandeln ist als andere Zuweisungen zur allgemeinen Reserve, vgl. LUKAS GLANZMANN, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2003, 46 f.
- 11 Art. 671 OR.
- 12 Urteil des BGer vom 25.5.1981 i.S. X. c. Berberat et Henauer SA in: JEAN N. DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 292 ff. Gelingt es allerdings, mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung in einem Ruling zu vereinbaren, dass ein Mittelabfluss bei Sicherheitsbeanspruchung nicht als verrechnungssteuerpflichtige Gewinnausschüttung qualifiziert, so muss m.E. auch bei der gesellschaftsrechtlichen Berechnung der verfügbaren freien Reserven die Verrechnungssteuer nicht berücksichtigt werden. Sodann muss es auch zulässig sein, allenfalls verfügbare Meldeverfahren unter Doppelbesteuerungsabkommen in die Kalkulation miteinzubeziehen.
- 13 TSCHÄNI (FN 7), 5. Kap. N66.
- 14 Vgl. z.B. BGE 111 II 284 E.3 (ausdrücklich für Vereinbarkeit von Leistungen zugunsten des Aktionärs mit dem Gesellschaftszweck, selbst wenn diese im konkreten Einzelfall den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen).
- 15 So sinngemäss auch GLANZMANN (FN 10), 45 und ZOBL (FN 7), 186.
- 16 Vgl. dazu ausführlich unten.
- 17 Vgl. oben.

- 18 Vgl. dazu im Einzelnen unten.
- 19 Vgl. zur Berechnung der adäquaten Abgeltung ausführlich DIETER AEBI, Interzession: Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Zürich 2001, 110 ff.
- 20 Z.B. wenn durch die überdurchschnittlich starke Finanzkraft einer Gesellschaft vor allem die anderen Poolmitglieder profitieren, während die Vorteile für die erstere gegenüber einer Anlage bzw. Fremdfinanzierung im Alleingang nur unwesentlich sind.
- 21 AEBI (FN 19), 116 f.
- 22 Diese Ansicht ist allerdings als zu weitgehend abzulehnen. Unter unabhängigen Dritten werden Sicherheiten auch nicht nur von wirtschaftlich Abhängigen und in existenzbedrohenden Situationen gewährt. Es ist nicht einzusehen, wieso im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Aktionär strengere Anforderungen gelten sollen. Anderes legen auch die beiden von AEBI zitierten Gerichtsentscheide (ZR 98 [1999] Nr. 52, Urteil B.2 E.4.4.3 und Urteil des BGer Kassationshofes vom 19.1.1996 i.S. S. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden in: DRUEY/VOGEL [FN 12], 413 ff.) nicht nahe, ging es doch dort in beiden Fällen um Sachverhalte, in denen die leistende Gesellschaft gar keine (weder unmittelbare noch mittelbare) Vorteile erhielt, sondern sich vielmehr die Frage stellte, ob und wann Mittel einer Konzerngesellschaft zur Rettung anderer Gruppenmitglieder eben gerade *ohne* Gegenleistung herangezogen werden dürfen.
- 23 So zumindest für das Darlehen an den Aktionär BÖCKLI, FS Vischer (FN 7), 543.
- 24 Vgl. oben.
- 25 AEBI (FN 19), 94 und 159; so offenbar auch TSCHÄNI (FN 7), 5. Kap. N 74.
- 26 ZOBL (FN 7), 190; WATTER (FN 9), 142 (generell zu verdeckten Gewinnausschüttungen ohne spezielle Erwähnung von *upstream securities*); ARNOLD F. RUSCH, Interzession im Interesse des Aktionärs – Sicherheitsbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Zürich 2004, 132. Diese Autoren bejahen ebenfalls die gesellschaftsrechtliche Unzulässigkeit der Transaktion, sehen diese aber nicht *per se* als Grund für die vertragsrechtliche Ungültigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäfts. So offenbar auch BGE 111 II 284 E.3 und BGE 126 III 361 E.3 und 4, in denen das Bundesgericht die Gültigkeit von Transaktionen, welche offensichtlich gegen Ausschüttungsvorschriften verstossen, unter dem Aspekt der Vertretungsbefugnis untersucht.
- 27 Dabei ist die Bank – zumindest zunächst – in einer komfortablen Lage, da sie ihre Sicherheitsforderung nicht eintreiben muss, sondern einfach einen entsprechenden Betrag vom Konto der Garantin abbucht.
- 28 Art. 678 Abs. 2 OR. Bei dieser wird allerdings in der Regel nichts mehr zu holen sein, hat doch gerade ihr Zahlungsausfall gegenüber der Bank die Sicherheitsleistung ausgelöst.
- 29 PETER KURER, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, N 19 zu Art. 678 OR.
- 30 WATTER (FN 9), 143 und 144; ZOBL (FN 7), 191 und 193.
- Diese Autoren betrachten die *upstream*-Transaktion als ungültig, weil nicht von der Vertretungsbefugnis der handelnden Organe gedeckt, weshalb der Gutgläubensschutz gemäss Art. 718a Abs. 2 OR zur Anwendung komme – dies unabhängig davon, ob nur freie Reserven oder auch gesperrte Reserven und Aktienkapital betroffen sind. Da die Bank aber regelmässig mit allen relevanten Aspekten des Pool-Arrangements vertraut sein wird (insbesondere weil die Verträge durch ihre Juristen aufgesetzt werden), dürfte die erfolgreiche Geltendmachung der Gutgläubigkeit schwer fallen.
- 31 Vgl. mit weiteren Hinweisen AEBI (FN 19), 94 und 173; TSCHÄNI (FN 7), 5. Kap. N 73, der allerdings davon auszugehen scheint, dass (nur) im Bereich von Aktienkapital und gesperrten Reserven Gutgläubensschutz möglich sei, vgl. daselbst in 5. Kap. N 69 mit Verweis auf ZOBL (FN 7), 190 f. Wie vorne dargelegt, dürfte allerdings im Cash Pool unabhängig von der favorisierten Lehrmeinung die Rückerstattungspflicht der Bank ohnehin regelmässig zu bejahen sein.
- 32 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2003, N 1533.
- 33 Art. 63 Abs. 1 OR; AEBI (FN 19), 175 f.
- 34 Vgl. oben.
- 35 WATTER (FN 9), 143.
- 36 WATTER (FN 9), 144; vgl. BGE 95 III 47 E.2 für den Fall der Sicherstellung einer fremden Schuld. Die Überschuldungspauliana kommt für die Sicherstellung *fremder* Schulden nicht in Frage (KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 52 N 17), und die besonderen Voraussetzungen der Absichtsanfechtung dürften im Cash Pool wohl kaum je gegeben sein.
- 37 Anspruch des Beauftragten auf Auslagersatz, vgl. WALTER FELLMANN in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Bern 1992, N 87 zu Art. 402 OR.
- 38 FELLMANN (FN 38), N 11 zu Art. 402. Dies gilt im Übrigen auch für eine ausländische Konzernleitungsgesellschaft, da im Fall einer schweizerischen Garantin schweizerisches Auftragsrecht zur Anwendung kommt (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG).
- 39 BÖCKLI, ST 2/1980 (FN 7), 7. Vgl. auch BGE 109 II 128 E.2.
- 40 AEBI (FN 19), 186; sinngemäss auch ZOBL (FN 7), 191.
- 41 BÖCKLI (FN 9), § 12 N 561; WATTER (FN 9), 143; RETO HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Bern 2001, 59.
- 42 Vgl. oben.
- 43 WATTER (FN 9), 143.
- 44 Kenntnis der mangelhaften Vollmacht, Art. 39 Abs. 1 in fine OR.
- 45 Vgl. oben.
- 46 Art. 158 StGB, vgl. BGE 117 IV 259 E.5 a.
- 47 RUSCH (FN 26), 118 ff. und 169 ff. mit weiteren Hinweisen.
- 48 Vgl. zum Ganzen oben.
- 49 Vor allem angesichts der Tatsache, dass diese Prüfung erst im Konkurs der Gesellschaft und dementsprechend mit besonders kritischen Augen vorgenommen werden wird.

- 50 Eine Sicherheit, deren Beanspruchung auch die Deckung von gebundenem Eigenkapital tangieren würde, kann auch durch die Generalversammlung nicht gültig genehmigt werden, weil dadurch – anders als im Bereich der freien Reserven – Gläubigerschutzvorschriften verletzt würden.
- 51 TSCHÄNI (FN 7), 5. Kap. N 75 FN 54; RUSCH (FN 26), 125.
- 52 RUSCH (FN 26), 126 f. RUSCH gesteht allerdings selber ein, dass die einzige "formell richtige" Vorgehensweise, nämlich die Fassung eines formellen Ausschüttungsbeschlusses durch die Generalversammlung, gestützt auf einen geprüften Abschluss *nach* Sicherheitsbeanspruchung, nicht praktikabel ist, da es unrealistisch wäre zu erwarten, dass in einem solchen Zeitpunkt, wo sich ja vermutungsweise bereits grosse Teile des Konzerns in finanziellen Schwierigkeiten befinden, der Aktionär der Garantin sich noch bereit findet, einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss zu fassen (RUSCH [FN 26], 128).
- 53 Es ist immerhin darauf hinzuweisen, dass BÖCKLI die nachträgliche GV-Genehmigung von *de facto* nicht rückzahlbaren Darlehen an Aktionäre nur im Gewand des formell einwandfreien Dividendenbeschlusses zulassen will (BÖCKLI, FS Vischer [FN 7], 542) und seine Anforderungen an einen solchen Beschluss denen von RUSCH (der BÖCKLI zitiert) entsprechen (BÖCKLI, FS Vischer [FN 7], 534 f.). Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass BÖCKLI die Ansicht RUSCHS teilen würde.
- 54 Vgl. unten.
- 55 So sinngemäss auch AEBI (FN 19), 150.
- 56 Vgl. oben.
- 57 Im Sinne eines *Ad-hoc*-Verzichts auf die Gewinnstrebigkeit, vgl. WATTER (FN 9), 145; ARMAND P. RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, 255. WATTER will sogar eine implizite Willensäusserung des Alleinaktionärs gelten lassen, z.B. eine Weisung aus der Konzernzentrale (WATTER [FN 9], 142 und 145).
- 58 So WATTER (FN 9), 142; RUBLI (FN 48), 255; sinngemäss wohl auch ZOBL (FN 7), 195 f.
- 59 A.M. RUSCH (FN 26), 133, der aber übersieht, dass bei einem Verzicht auf die Gewinnstrebigkeit eine verdeckte Gewinnausschüttung eben gerade nicht gegen die Interessen der Gesellschaft verstösst.
- 60 LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 94 ff.; PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Band I/1, Zürich 1981, § 1 N 66, 74 ff.; TSCHÄNI (FN 7), Kap. 5 N 76; RUBLI (FN 48), 255; BEAT SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht – Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Zürich 1996, 191 ff. mit weiteren Hinweisen in FN 90. Ob und wie weit ein solcher Zweckartikel die Kreditwürdigkeit bei unabhängigen Gläubigern beeinträchtigt, wird jede Gesellschaft individuell beurteilen müssen.
- 61 DRUEY/VOGEL (FN 12), 409 f.
- 62 Vgl. oben.
- 63 Dazu ausführlich unten.
- 64 A.M. RUSCH (FN 26), 198.
- 65 Entsprechende Klagen der Gesellschaft oder des Aktionärs dürften auch rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Sicherheitsbestellung vorgängig durch Generalversammlungsbeschluss genehmigt wurde. Formell abzusichern wäre dies allenfalls durch eine ausdrückliche Verzichtserklärung im Namen des Aktionärs und der Gesellschaft, z.B. im Rahmen des Genehmigungsbeschlusses durch die Generalversammlung.
- 66 Denselben Test wird ein sorgfältiger Verwaltungsrat ja auch durchführen, bevor er die Ausschüttung einer Dividende vorschlägt.
- 67 Freie Bilanzreserven abzüglich der Zuweisung an die allgemeine Reserve und ggf. 35 Prozent für die Verrechnungssteuer, vgl. oben.
- 68 Der Wert der Sicherheit für die Bank wird dadurch natürlich stark reduziert: Anders als die jederzeit bekannte Höhe des Kontostandes der Garantin ist der Umfang der – durch die Buchhaltung der Gesellschaft zu ermittelnden und durch ihre Revisionsstelle zu bestätigenden – freien Reserven für die Bank, selbst wenn sie regelmässige Berichterstattung über die einschlägigen Kennzahlen ausbedungen hat, kaum exakt abzuschätzen. Sie ist deshalb im Ungewissen darüber, ob und in welchem Umfang sie allenfalls unbesicherte Kredite an andere Gruppengesellschaften ausstehend hat. Dem Autor sind aus der Praxis dennoch mehrere Beispiele bekannt, wo Banken diese variable Einschränkung der Sicherheitssumme akzeptiert haben, allerdings nur bei gleichzeitiger Gewährung anderer Sicherheiten (insb. Pfand an den Aktien der garantierenden Tochtergesellschaft).
- 69 Was den Wert der Sicherheit für die Bank natürlich noch weiter einschränkt.
- 70 Der Ertrag aus einem solchen Rückgriff dürfte in der Praxis regelmässig gering sein, aber das entsprechende Recht stellt dennoch sicher, dass die Garantin – gleich einem unabhängigen Dritten – gegen den Schuldner vorgehen kann, und trägt so zur Marktkonformität bei. Zwar wäre ein Rückgriff u.U. auch ohne ausdrückliche Einräumung möglich (z.B. aus Art. 402 Abs. 1 OR, wenn wechselseitige Garantieauftragsverhältnisse zwischen den Poolmitgliedern angenommen werden), aber die explizite Rückgriffsgewährung entspricht wohl eher den Konditionen unter unabhängigen Dritten.
- 71 Wird ein solcher Drittregress allerdings gegen eine schweizerische Gesellschaft eingeräumt, so ist wiederum zu berücksichtigen, dass allfällige Ersatzleistungen *upstream*- bzw. *cross-stream*-Transaktionen mit den entsprechenden Zulässigkeitsgrenzen darstellen können.
- 72 Vgl. oben.
- 73 Zusätzlich werden die Sollsaldi i.d.R. auch wieder durch gegenseitige Sicherheitsbestellungen gedeckt. Zu den Problemen, die sich daraus ergeben, kann auf die vorne gemachten Ausführungen zum *Notional Pooling* verwiesen werden.
- 74 So auch DRUEY/VOGEL (FN 12), 191.
- 75 Vgl. oben.
- 76 Vgl. oben.
- 77 Vgl. Hinweise oben.

- 78 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 8), § 40 N 348; LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Bern/Stuttgart/Wien 1996, 101; RUBLI (FN 43), 200 f.
- 79 BÖCKLI, FS Vischer (FN 7), 542.
- 80 BÖCKLI (FN 9), § 12 N 544.
- 81 BÖCKLI, FS Vischer (FN 7), 543; generell für eine verschärfte Sorgfaltspflicht bei *upstream*-Transaktionen E.3.a des in FN 7 zitierten Bundesgerichtsentscheids.
- 82 Entscheid des OGer ZH vom 19.1.1993 in: SZW 65 (1993), 299, Darlehensgewährung an eine bereits überschuldete Schwestergesellschaft. Vgl. dazu auch GLANZMANN (FN 10), 49 f., mit weiteren Hinweisen; GLANZMANN selber plädiert nur für eine Zwangssubordination, welche sich allerdings im Konkurs des Borgers regelmässig wirtschaftlich gleich auswirken wird wie eine Umqualifizierung in Eigenkapital.
- 83 Vgl. zu den diversen Ersatzpflichten oben. Da der Ausfall hier aus einem im Auftrag gewährten Kredit herrührt und nicht aus einer Sicherheitsbestellung, basiert die Ersatzpflicht der Konzernleitungsgesellschaft auf Art. 408 OR. Das Erfordernis der Schriftlichkeit (Art. 408 Abs. 2 OR) wird i.d.R. durch Mitunterzeichnung des Cash Pool-Vertrages erfüllt sein.
- 84 Vgl. oben.
- 85 Vgl. oben.
- 86 Bzw., bei ausländischem Borger, in der entsprechenden Kategorie für gewöhnliche unbesicherte Forderungen.
- 87 Unter Berücksichtigung der Reservenzuweisung und ggf. des Verrechnungssteuerabzugs, vgl. oben.
- 88 Dem Autor sind solche Beispiele des «manuellen *Target Balancing*» aus der Praxis bekannt. Der dadurch verursachte Effizienzverlust des Cash Pools muss in Kauf genommen werden.
- 89 Es ist nicht verboten (und v.a. bei Holdinggesellschaften sogar durchaus üblich), die Sperrquote durch Aktiven aus dem Bilanzposten «Beteiligungen» zu unterlegen.
- 90 GLANZMANN (FN 10), 48.
- 91 Vgl. oben.
- 92 ZR 98 (1999) Nr. 52, Urteil B.1 E.4.4.3; GLANZMANN (FN 5), 48 f.
- 93 Vgl. zu den Ersatz- und Rückerstattungspflichten ausführlich oben.
- 94 Vgl. oben.
- 95 Vgl. oben.
- 96 Vgl. oben.
- 97 Vgl. oben.
- 98 BÖCKLI, ST 2/1980 (FN 7), 7 f.; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, N 811a; RUSCH (FN 26), 176; BGE 99 II 176 E.1, 113 II 52 E.3.
- 99 ZR 88 (1989) Nr. 65 E.2.c.
- 100 BÖCKLI, ST 2/1980 (FN 7), 8.
- 101 Für die ausführliche Begründung, wieso die Gläubiger kein schutzwürdiges Interesse an einem Erhalt der freien Reserven (bzw. der für ihre Deckung notwendigen Aktien) haben, vgl. unten.
- 102 So auch DRUEY/VOGEL (FN 12), 409.
- 103 Gegen eine ordentliche Dividendenausschüttung im Umfang der freien Reserven können die Gläubiger ja auch nichts einwenden. So auch WATTER (FN 9), S. 142; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 8), § 40 N 348; ebenso der in FN 12 zitierte Bundesgerichtsentscheid in E.3.b sowie (für den strafrechtlichen Schutz) BGE 117 IV 259 E.5.a. Der sorgfältige Verwaltungsrat wird immerhin ein Auge darauf haben, dass eine Ausschüttung der freien Mittel die Gesellschaft nicht in Liquiditätsschwierigkeiten bringt, vgl. dazu oben.
- 104 Von den in Art. 697h OR vorgeschriebenen Ausnahmen einmal abgesehen.
- 105 So sinngemäss wohl auch KURER (FN 30), N 20 zu Art. 680 OR, gemäss dessen Ansicht die gesetzlichen Reserven nicht der Sperre von Art. 680 Abs. 2 OR unterliegen, sondern (nur) von Art. 678 OR geschützt sind.
- 106 Art. 725 Abs. 1 OR (bei Fehlen von gesetzlichen Reserven).

Kontakt

Oliver Blum, M.A.E.S., LL.M.
Rechtsanwalt
oliver.blum@cms-veh.com

CMS von Erlach Henrici, Dreikönigstrasse 7, Postfach 2991, CH-8022 Zürich
T +41 44 285 11 11, F +41 44 285 11 22, office@cms-veh.com, www.cms-veh.com

Die Kernkompetenzen von CMS von Erlach Henrici: M&A, Bank & Finanz, Prozessrecht & Schiedsgerichtsbarkeit, Steuern, Technologie & Telekommunikation, Immobilien, Bau & Umwelt, Wettbewerbsrecht, Arbeits- & Ausländerrecht, Geistiges Eigentum, Versicherung & Produkthaftungspflicht

Unsere Firma bietet Unternehmen und Unternehmern eine umfassende, lösungsorientierte Rechtsberatung im nationalen und internationalen Umfeld an und bürgt für Qualität und Effizienz. Als Teil von CMS können wir auf ein Netzwerk von mehr als 2000 Anwälten und Steuerberatern in mehr als 50 Niederlassungen auf der ganzen Welt zurückgreifen.

CMS-Mitglieder: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italien), CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Spanien), CMS Bureau Francis Lefebvre (Frankreich), CMS Cameron McKenna (Grossbritannien), CMS DeBacker (Belgien), CMS Derks Star Busmann (Niederlande), CMS von Erlach Henrici (Schweiz), CMS Hasche Sigle (Deutschland), CMS Reich-Rohrwig Hainz (Österreich)