

Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Alexander Vogel

Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts

Tagung zu Konzernrecht
Tagungsband 2020



Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts von Alexander Vogel wird unter Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Alexander Vogel – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-532-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-533-4 (PDF)

978-3-03805-534-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-532>

Version: 1.01 – 20221027

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/aktuelle-herausforderungen-und-entwicklungen-des-konzernrechts/>.

Vorwort

Am 8. September 2020 führte das Europa Institut an der Universität Zürich (EIZ) ein Seminar zum Thema „Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts“ durch. Dies war die erste Zürcher Tagung zum Konzernrecht, sie bildete den Auftakt einer neuen Veranstaltungsreihe rund um das Thema Konzern in rechtlicher Hinsicht.

Auch in Zukunft sollen die Tagungen zum Konzernrecht in regelmässigen Abständen durchgeführt werden und den Teilnehmern neben rein fachlichen Aspekten und Überblicken auch die Gelegenheit zum Austausch unter Praktikern und Spezialisten geben, die sich regelmässig mit konzernrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen.

Die erste Tagung zum Konzernrecht gab einen Überblick über die neuesten Entwicklungen in einzelnen, für die Konzernpraxis in der täglichen Arbeit relevanten Rechtsgebieten. Neben verschiedenen handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Themen wie Corporate Governance und Compliance in der Gruppe, Haftungsthemen, Konzernfinanzierung sowie Umstrukturierungen wurden auch arbeits- und steuerrechtliche Themen mit einem Gruppenfokus dargestellt. Hierdurch wurde dem Praktiker ein Einblick in mögliche Massnahmen zur Antizipierung allfälliger zukünftiger Regelungen gegeben.

Während Lukas Glanzmann einen Überblick über die wichtigsten Herausforderungen bei Konzernfinanzierungen und Barbara Brauchli Rohrer über verschiedene damit verbundene steuerliche Aspekte gaben, referierten Karl Hofstetter und Christoph B. Bühler zu den Themen Unternehmensverantwortung und Konzernverantwortungsinitiative, die Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“ sowie über die Rolle von Corporate Governance und Compliance in der Gruppe. Thomas Geiser berichtete über neuste Entwicklungen, namentlich in der Rechtsprechung zum Arbeitsrecht im Konzern, gefolgt von einer umfassenden Übersicht über Umstrukturierungen als (heikles) Sanierungsinstrument in einer Gruppe mit diversen Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung von Alexander Vogel. Das Referat von Walter A. Stoffel beleuchtete schliesslich die Aspekte Konzernvertrauen und Konzerninteresse anhand von Beispielen aus der neueren bundesgerichtlichen Praxis. Eine lebhafte Paneldiskussion mit Vertretern von Befürwortern und Gegnern der Konzernverantwortungsinitiative zu den Kernaspekten dieser Initiative wie auch zum Gegenvorschlag bildete den Abschluss der Tagung. Die Referate – mit Ausnahme derjenigen von Barbara Brauchli Rohrer und Walter A. Stoffel – fanden Eingang in diesen Tagungsband.

Für das gute Gelingen der Tagung, insbesondere vor dem Hintergrund der andauernden Pandemie und den damit verbundenen neuen Herausforderungen, sowie der Veröffentlichung dieses Tagungsbandes möchte ich mich herzlich bei den Referenten und Verfassern der Beiträge bedanken. Ein besonderer Dank gilt ebenfalls den Mitarbeitern des Europa Instituts, Andreas Kellerhals und Carrie Joda sowie Iris Geiger von MLL Legal für die Organisation der Tagung sowie Sue Osterwalder für die Gestaltung dieses Bandes.

Zürich, im Herbst 2022

Dr. Alexander Vogel

Inhaltsübersicht

Konzern-Kreditfinanzierungen unter Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020	9
<i>Prof. Dr. LUKAS GLANZMANN, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Baker & McKenzie Zürich, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister, Titularprofessor an der Universität St. Gallen</i>	
Unternehmensverantwortung als Zusammenspiel von Markt, Recht, Ethik und Corporate Governance	53
<i>Prof. Dr. KARL HOFSTETTER, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich</i>	
Konzernverantwortungsinitiative: Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“	73
<i>Prof. Dr. CHRISTOPH B. BÜHLER, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei böckli bühler partner, Basel, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich</i>	
Konzern in der Krise: Umstrukturierungen als (heikles) Sanierungsinstrument	93
<i>Dr. ALEXANDER VOGEL, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Meyerlustenberger Lachenal, Zürich/Zug</i>	
Arbeitsrecht im Konzern: neuere Tendenzen in Rechtsprechung und Praxis	149
<i>Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS GEISER, Rechtsanwalt, Universität St. Gallen</i>	

Konzern-Kreditfinanzierungen unter Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020

Lukas Glanzmann*

Inhalt

I.	Einleitung.....	10
II.	Strukturen von Konzern-Kreditfinanzierungen	11
1.	Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Strukturen.....	11
2.	Drittbedingungen („at arm's length“) bei Konzern-Kreditfinanzierungen.....	14
a)	Die Bedeutung von Drittbedingungen.....	14
b)	Relevante Sichtweise	16
c)	Wann liegen Drittbedingungen vor?	17
aa)	Drittbedingungen bei Darlehen	17
bb)	Relevanter Zeitpunkt	20
cc)	Drittbedingungen bei Drittsicherheiten.....	21
dd)	Berücksichtigung des Konzernverbunds	22
d)	Wirtschaftliche Folgen von nicht zu Drittbedingungen gewährten Leistungen.....	23
aa)	Downstream-Leistungen.....	23
bb)	Upstream-Leistungen	24
cc)	Cross-stream-Leistungen	25
3.	Heilung von Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Strukturen	25
III.	Zweckkonformität und Interessenkonflikte.....	27
1.	Zweckkonformität einer Leistung.....	27
2.	Interessenkonflikte.....	29
3.	Andere Beschränkungen der Vertretungsbefugnis.....	33
a)	Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung bei der GmbH	33
b)	Klumpenrisiken	33
IV.	Kapitalschutzvorschriften.....	34
1.	Leistungen zu Lasten des geschützten Eigenkapitals	34
a)	Welche Eigenkapitalpositionen können betroffen sein?	34
b)	Relevante Bilanzverhältnisse in zeitlicher Hinsicht.....	36

* Der vorliegende Text basiert auf folgendem Aufsatz des Autors: Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011, 229–248. Stand der Judikatur und Literatur ist anfangs 2021. Der Autor dankt Benedikt Rutscheidt, Rechtsanwalt, für die wertvolle Mitarbeit sowie Sammy Guidoum, Rechtsanwalt, und Dr. Markus Wolf, Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegengenommen.

2.	Leistungen zu Lasten des Grundkapitals	37
a)	Verbot der Einlagerückgewähr	37
b)	Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen das Verbot der Einlagerückgewähr?	38
c)	Rechtsfolgen der Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr	39
aa)	Bei Darlehen	39
bb)	Bei Sicherheiten	40
3.	Leistungen zu Lasten der Reserven	41
a)	Reserveschutzvorschriften	41
b)	Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen die Reserveschutzvorschriften?	43
c)	Rechtsfolgen einer Verletzung der Reserveschutzvorschriften	44
aa)	Bei Eingriff in die geschützten Reserven	44
bb)	Bei Eingriff in die frei verwendbaren Reserven	44
V.	Kapitalersetzende Darlehen	46
VI.	Fazit	48
	Literaturverzeichnis	49

I. Einleitung

Seit der Publikation des Aufsatzes „Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank“¹ sind über zehn Jahre vergangen. In dieser Zeit sind zu dem Thema nicht nur verschiedene Schriften publiziert worden, sondern auch einige Bundesgerichtsurteile ergangen.² Zudem wird auch die im Sommer 2020 verabschiedete Aktienrechtsrevision Auswirkungen auf die Finanzierungspraxis haben.³ Deswegen rechtfertigt es sich, diesen Aufsatz in einer aktualisierten Form zu publizieren.

Im Folgenden werden zuerst die Strukturen bei Konzern-Kreditfinanzierungen dargestellt (II.). Danach werden typische rechtliche Aspekte von Konzern-Kreditfinanzierungen erörtert, nämlich Fragen der Zweckkonformität bzw. der Folgen von Interessenkonflikten (III.), des Kapitalschutzes (IV.) und kapitalersetzender Darlehen (V.). Hierbei handelt es sich um Themen, die beim Vorliegen internationaler Sachverhalte vom auf die Gesellschaft anwendbaren Recht

¹ Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierungen, 229 ff.

² Dies vor allem in Folge des Zusammenbruchs der Swissair-Gruppe: Vgl. BGE 140 III 533 („Swisscargo“), Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 („Flight-lease“) und Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 („Swissair“).

³ Die am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Normen des neuen Aktienrechts werden mit revOR zitiert.

bestimmt werden (Art. 155 IPRG). Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf Gesellschaften, für die nach Art. 154 IPRG Schweizer Recht anwendbar ist.

Nicht eingegangen wird auf die paulianische Anfechtung von Upstream- und anderen Drittsicherheiten sowie auf die Einschränkungen, die sich aufgrund des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes oder der Covid-19-Härtefallverordnung ergeben.⁴

Obwohl die Ausführungen primär die AG im Konzernverbund adressieren, gelten sie grundsätzlich auch für die GmbH.

II. Strukturen von Konzern-Kreditfinanzierungen

1. Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Strukturen

Konzern-Kreditfinanzierung zeichnen sich dadurch aus, dass an der Finanzierung mindestens zwei Gesellschaften des gleichen Konzerns beteiligt sind. Konkret ist dies in folgenden Konstellationen möglich:

- Eine Konzerngesellschaft gewährt einer anderen Konzerngesellschaft ein Darlehen. Als Darlehen gelten insbesondere auch Forderungen gegenüber dem Pool-Leader in einem physischen bzw. *zero balancing* Cash Pool,⁵ nicht jedoch Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, solange diese eine übliche Zahlungsfrist haben.⁶
- Ein Kreditgeber, z.B. eine Bank, gewährt einer Konzerngesellschaft einen Kredit, der durch eine andere Konzerngesellschaft besichert wird. Einer Sicherheit gleichgestellt ist die Solidarschuldnerschaft (auch aufgrund einer kumulativen Schuldübernahme) in Bezug auf all jene Beträge, welche die solidarisch haftende Gesellschaft nicht selber als Kredit beansprucht hat.⁷ Der gleiche wirtschaftliche Effekt kann zudem eintreten, wenn eine Konzerngesellschaft ein Kreditinstrument (z.B. eine Erfüllungs- oder Anzahlungsgarantie) zugunsten einer Vertragspartei einer anderen Konzerngesellschaft ausstellen lässt. Somit ist der Begriff „Sicherheit“ nachfolgend umfassend zu verstehen.

⁴ Vgl. dazu Glanzmann, Covid-19, 265 ff.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013 E. 2.

⁶ Vgl. ExpertSuisse, Cash Pooling, 5; Schenker, 233.

⁷ Vgl. zur kumulativen Schuldübernahme Arpagaus, N 1601.

Aus diesen Konstellationen ergeben sich drei verschiedene Grundstrukturen, die als Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Struktur bezeichnet werden:

- Bei einer Downstream-Struktur erbringt eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer Tochtergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Tochtergesellschaft oder als Drittsicherheit zu Gunsten des Kreditgebers, der die Tochtergesellschaft finanziert.

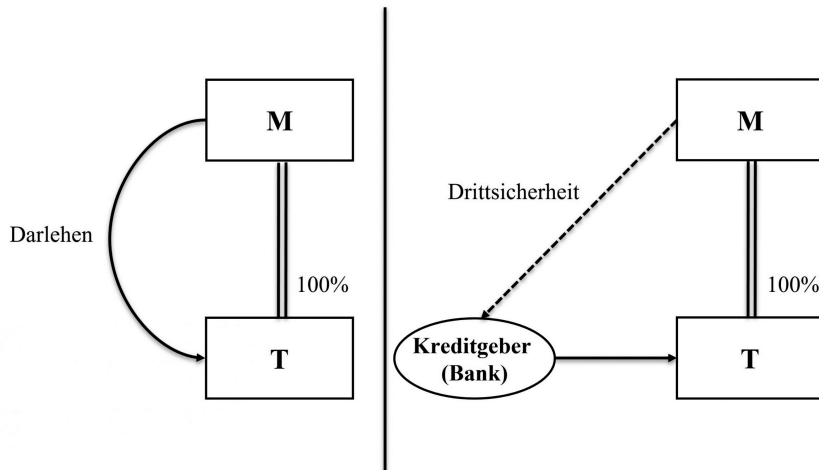


Abbildung 1: Downstream-Strukturen

- Bei einer Upstream-Struktur erbringt eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer Muttergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Muttergesellschaft oder als Drittsicherheit zu Gunsten des Kreditgebers, der die Muttergesellschaft finanziert.

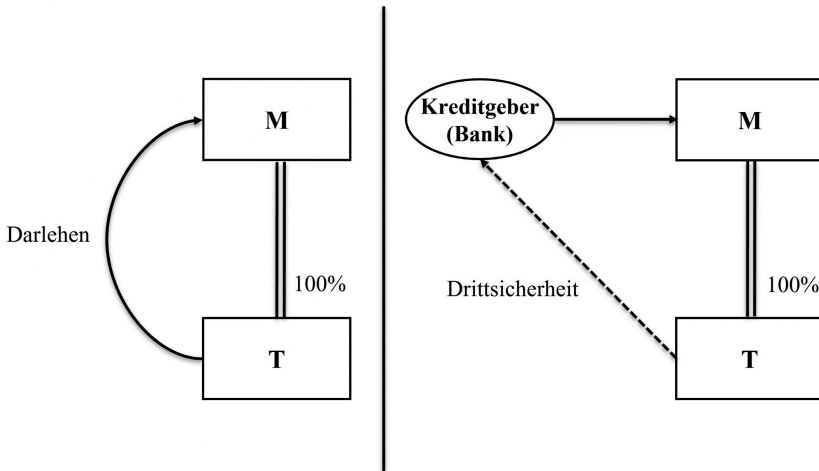


Abbildung 2: Upstream-Strukturen

- Bei einer Cross-stream-Struktur⁸ erbringt eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer Schwestergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Schwestergesellschaft (z.B. von T1 an T2) oder als Drittsicherheit zu Gunsten des Kreditgebers, der die Schwestergesellschaft (vorliegend T1) finanziert.

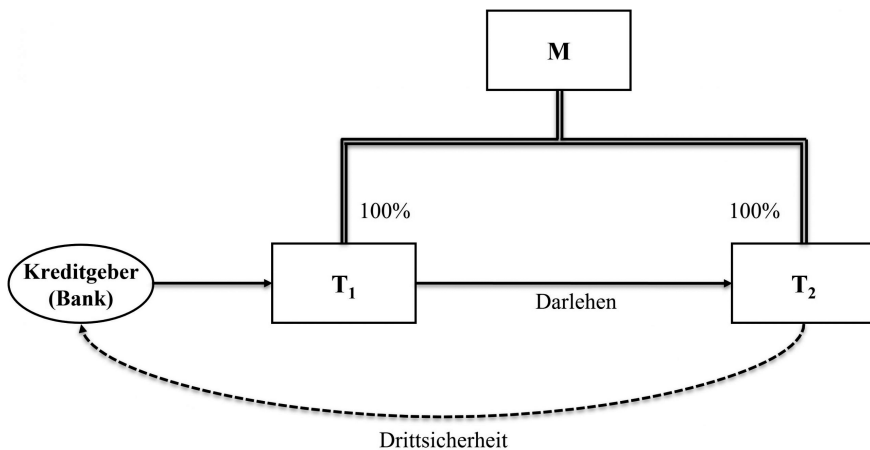


Abbildung 3: Cross-stream-Strukturen

⁸ Teilweise wird dafür auch der Ausdruck Sidestream-Struktur verwendet.

Zu beachten ist, dass eine Downstream-Leistung auch eine verdeckte Upstream- oder Cross-stream-Leistung sein kann. Dies ist der Fall, wenn eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer nicht zu 100% gehaltenen Tochtergesellschaft erbringt. Wird diese Leistung nicht zu Drittbedingungen gewährt, dann erfolgt im Umfang derer Beteiligungen eine Leistung an die anderen Gesellschafter der Tochtergesellschaft. Sofern es sich bei diesen anderen Gesellschaftern um Ober- oder Schwestergesellschaften der leistenden Gesellschaft handelt, liegt im Resultat im entsprechenden Umfang eine Upstream- oder Cross-stream-Leistung vor.

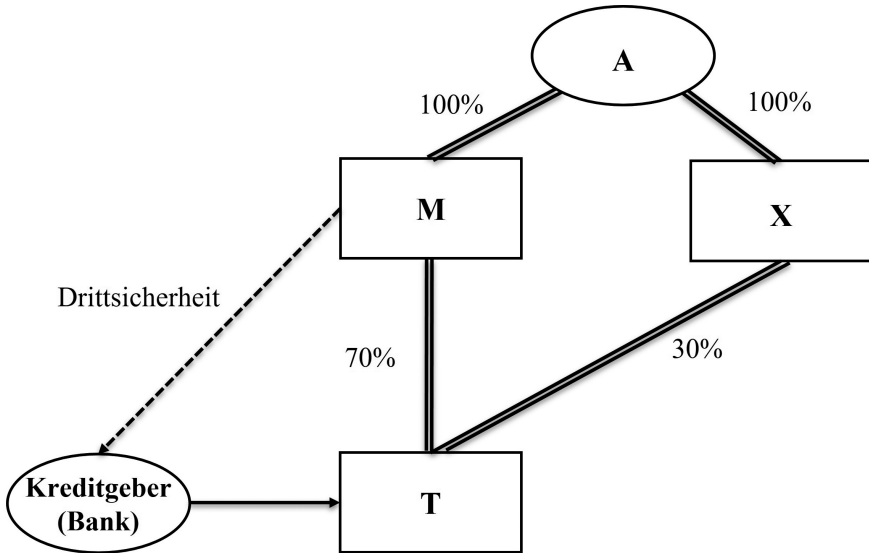


Abbildung 4: Verdeckte Upstream-Struktur

Anstatt einer anderen Gruppengesellschaft können insbesondere bei Upstream-Leistungen auch natürliche Personen Begünstigte sein. Aus Sicht der leistenden Gesellschaft ist eine solche Leistung gleich zu behandeln wie jene an eine andere Gruppengesellschaft.

2. Drittbedingungen („at arm’s length“) bei Konzern-Kreditfinanzierungen

a) Die Bedeutung von Drittbedingungen

Die rechtlichen Probleme von Konzern-Kreditfinanzierungen gründen einerseits darin, dass der Konzern im Schweizer Privat- und Insolvenzrecht in der Regel nicht als Einheit behandelt wird. Vielmehr gilt jede Konzerngesellschaft als eigenständiges Rechtssubjekt, das seinen eigenen Interessen verpflicht-

tet ist. Schon aus diesem Grund müssen Geschäfte zwischen einzelnen Konzerngesellschaften grundsätzlich zu Drittbedingungen (*at arms' length*) abgeschlossen werden. Dies gilt, obschon das Gesetz den Konzern vereinzelt als Einheit behandelt, wie etwa bei der Konsolidierungspflicht⁹ oder der Möglichkeit der Vereinheitlichung der Zuständigkeit bei Insolvenzverfahren.¹⁰

Andererseits müssen Kredit- von Eigenkapitalfinanzierungen abgegrenzt werden. Obwohl jene unbestrittenermassen auch zulässig sind, sind diese die typischen (aber eben nicht ausschliesslichen) Finanzierungsformen zwischen verbundenen Gesellschaften. Eigenkapitalfinanzierungen kommen in einem Downstream-Verhältnis als Beteiligung an einer Kapitalerhöhung oder als Einlage mittels Zuschusses in die Reserven, in einem Upstream-Verhältnis als Rückzahlung von Kapitalreserven, Dividendenausschüttung oder Kapitalherabsetzung vor. Ausser bei Kapitalerhöhungen erfolgen all diese Eigenkapitalfinanzierungen ohne direkte Gegenleistung. Aus diesem Grund stellt sich bei einer Kreditfinanzierung, bei der die Aussicht auf Rückzahlung von Beginn an zweifelhaft ist oder keine oder eine zu geringe Gegenleistung gewährt wird, die Frage, ob es sich um ein Darlehen oder um eine Eigenkapitalfinanzierung handelt.¹¹ Da Letztere, ausser dem Zuschuss in die Reserven, alle formbedürftig sind, steht damit auch die Rechtmässigkeit der Finanzierung zur Disposition. Deswegen ist bei Konzern-Kreditfinanzierungen der zentrale Aspekt, ob diese Drittbedingungen entsprechen.

Der Drittvergleich kann auch bei der Beurteilung, ob der Verwaltungsrat sorgfältig gehandelt hat, eine Rolle spielen.¹² Dabei geht es aber nicht darum, ob eine Kreditfinanzierung oder eine verdeckte Eigenkapitalfinanzierung vorliegt.

⁹ Art. 963 des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

¹⁰ Art. 4a des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1). Weitere Beispiele, bei denen das Gesetz eine Konzernbetrachtung zugrunde legt, finden sich z.B. beim Erwerb eigener Aktien im Konzern (Art. 659b und 671 Abs. 4 revOR), bei der Meldepflicht der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 697j Abs. 2 und 3 OR), bei der Unabhängigkeit der Revisionsstelle (Art. 728 Abs. 6 OR), bei den Vergütungsbestimmungen (Art. 626 Abs. 3 und 735d revOR) oder bei der erleichterten Fusion (Art. 23 des Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301).

¹¹ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541.

¹² Vgl. unten II.2.b).

b) *Relevante Sichtweise*

Bei der Beurteilung, ob ein Kredit Drittbedingungen entspricht, ist vorab zu klären, aus welcher Perspektive diese Frage zu beantworten ist: Gilt die Sichtweise des Kreditgebers (er hätte den Kredit zu den nämlichen Konditionen auch einem Dritten gewährt) oder jene des Kreditnehmers (dieser hätte den Kredit zu den nämlichen Konditionen auch von einem unabhängigen Dritten erhalten)?

Für die Abgrenzung zwischen Kredit- und Eigenkapitalfinanzierung kann nicht relevant sein, ob der Kreditgeber den nämlichen Kredit auch einem Dritten gewährt hätte.¹³ Denn damit kann keine Aussage über die Werthaltigkeit des Kredits gemacht werden, könnte der Kreditgeber doch auch gegenüber einem Dritten unsorgfältig sein und so den Drittmannstest erfüllen. Hinzu kommt, dass dieser Dritte über die gleiche Bonität verfügen müsste wie der Kreditnehmer, damit der Test aussagekräftig wird. Es wären also zwei zusätzliche Elemente einzubauen: Zum einen wäre von einem sorgfältig handelnden Kreditgeber auszugehen und zum anderen müsste der Dritte die gleiche Bonität aufweisen wie der Kreditnehmer. Wenn nun geprüft wird, ob dieser abstrakte Kreditgeber, z.B. eine Bank, einem Dritten, der die gleiche Bonität wie der Kreditnehmer aufweist, den Kredit gewähren würde, besagt der Test letztlich nichts anderes, als wenn man prüft, ob auch ein unabhängiger Dritter den Kredit dem Kreditnehmer gewährt hätte.

Aus diesem Grund ist der Drittvergleich aus der Perspektive des Kreditnehmers zu führen, d.h., es ist zu fragen, ob dieser den Kredit zu den nämlichen Konditionen auch von einem unabhängigen Dritten, insbesondere einer Bank, erhalten hätte.¹⁴ Kann diese Frage bejaht werden, dann ist der Kredit als werthaltig zu betrachten und in einer Upstream- oder Cross-stream-Struktur nicht von einer verdeckten Ausschüttung bzw. in einer Downstream-Struktur nicht von einer verdeckten Einlage auszugehen.

Der Drittvergleich aus Sicht des Kreditgebers mag immerhin bei der Beantwortung der Frage helfen, ob ein Kreditgeber sorgfältig gehandelt hat.¹⁵ Da aber bei der Prüfung der Sorgfalt grundsätzlich ein objektiver Standard anzu-

¹³ GLM. Handschin, 279; Cathomas, Marktkonformität, 212; a.M. BGE 140 III 533 E. 4.3 S. 543; BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4; ExpertSuisse, Cash Pooling, 8.

¹⁴ Glanzmann/Wolf, Cash Pooling, 4; gl.M. von Büren/Lüthi, 87; Handschin, 279.

¹⁵ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

wenden ist,¹⁶ lässt sich alleine gestützt auf den Drittvergleich nicht abschliessend beurteilen, ob etwa die Gewährung eines Darlehens sorgfältig war oder z.B. ein Klumpenrisiko¹⁷ darstellt.

c) *Wann liegen Drittbedingungen vor?*

aa) *Drittbedingungen bei Darlehen*

Das massgebende Kriterium für die Beurteilung, ob ein Darlehen Drittbedingungen entspricht, ist dessen Werthaltigkeit und damit Rückzahlungswahrscheinlichkeit. Wenn der Wille und die Fähigkeit bestehen, das erhaltende Geld zurückzubezahlen, liegt ein Darlehen und keine Eigenkapitalfinanzierung vor. Sind sich die Parteien hingegen einig, dass das Darlehen nicht zurückzuzahlen ist, so fehlt es an der Hauptpflicht des Kreditnehmers, nämlich der Rückzahlung des Darlehens.¹⁸ In diesem Fall ist das Darlehen fiktiv, d.h., es liegt materiell eine verdeckte Ausschüttung (bei einer Upstream-Struktur) bzw. Einlage (bei einer Downstream-Struktur) vor. Das Gleiche gilt, wenn von vornherein klar ist, dass das Darlehen nicht zurückbezahlt werden kann.¹⁹

Da letztlich die Rückzahlungswahrscheinlichkeit des Darlehens zu testen ist, sind die in dieser Hinsicht relevanten Aspekte dem Drittvergleich zu unterziehen. Dazu gehören in Abhängigkeit der Bonität des Kreditnehmers die Besicherung des Darlehens,²⁰ die Höhe der Darlehenssumme, die Laufzeit des Darlehens sowie dessen Kündbarkeit (Kündigungsgründe und -fristen).²¹ Dies hat im Ergebnis auch das Bundesgericht anerkannt, verneint es doch im *Swisscargo*-Entscheid die Drittbedingungen primär wegen der fehlenden Besicherung des Darlehens, womit es letztlich die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs in Frage stellt.²² Richtigerweise hat das Bundesgericht seine apodiktische Haltung zur Besicherung im *Flightlease*-Urteil relativiert und festgehalten, dass sich aus dem *Swisscargo*-Entscheid keine generelle Pflicht zur Besicherung von Darlehen ergebe.²³ Als Sicherheit muss auch eine Konzerngarantie genügen, wenn diese auch für eine Bank eine ausreichende Sicherheit wäre. Dass diese Garantie in der Insolvenz des Konzerns ebenfalls

¹⁶ Statt vieler BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26.

¹⁷ Vgl. unten III.3.b).

¹⁸ Glanzmann, Darlehensvertrag, 4.

¹⁹ Glanzmann, Darlehensvertrag, 4 f.

²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.214/2001 vom 29. Oktober 2001 E. 4.

²¹ Gl.M. ExpertSuisse, Cash Pooling, 8 f.

²² BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544 f.

²³ BGer 4A_603/2014 E. 7.2.1.3.

ausfallen kann, trifft zwar zu, verhindert aber nicht die Erfüllung des Drittvergleichs. Eine Bank wäre nämlich genau gleich von einem solchen Ausfall betroffen.²⁴

Die Werthaltigkeit einer Darlehensforderung kann sich auch daraus ergeben, dass der Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer eine verrechenbare Schuld hat. Im Betrag, in dem eine Verrechnung möglich ist, ist die Forderung für den Kreditgeber werthaltig.²⁵

Für sich allein nicht ausschlaggebend ist die Höhe des Zinssatzes und ob der Zins ausbezahlt oder kapitalisiert wird.²⁶ Insbesondere bietet die Bezahlung eines Marktzinssatzes oder des von der ESTV publizierten Zinssatzes²⁷ keinen „safe harbor“.²⁸ Ist der Zinssatz ohne ersichtlichen Grund vergleichsweise zu tief oder zu hoch, dann findet im Umfang der Zinsdifferenz eine finanzielle Leistung an die jeweils andere Partei statt. Ist das Darlehen unverzinslich, so kann dies in einem normalen Zinsumfeld ein Indiz für das Fehlen der Rückzahlungspflicht und somit für das Vorliegen eines fiktiven Darlehens sein, denn es ist – obwohl zulässig – nicht üblich, dass im kaufmännischen Verkehr ein Darlehen zinslos gewährt wird.²⁹

Bei der Beurteilung der Höhe des Zinssatzes darf und muss die Tatsache der Konzernzugehörigkeit berücksichtigt werden: Wenn eine Gesellschaft z.B. im Rahmen eines Cash-Pooling einer anderen Konzerngesellschaft ein Darlehen gewährt, erhält sie einen höheren Zins als wenn sie das Geld bei einer Bank anlegte; gleichzeitig muss der Kreditnehmer aber weniger bezahlen, als wenn er sich bei einer Bank refinanzierte.³⁰ Die Tatsache allein, dass der Zinssatz nicht jenem eines Bankkredits entspricht, besagt somit nicht, dass er einem Drittvergleich nicht standhält. Dazu bedarf es einer auch im Verhältnis zu anderen konzerninternen Konstellationen offensichtlichen Abweichung.³¹

²⁴ Glanzmann/Wolf, Konzernfinanzierungen, 132.

²⁵ Vgl. BGer 4A_603/2014 E. 7.2.1.3. Die Verrechenbarkeit ist nicht mehr gegeben, wenn eine der Forderungen nachrangig ist; vgl. dazu Glanzmann, Mezzanine-Finanzierung, 12.

²⁶ Gl.M. ExpertSuisse, Cash Pooling, 8 f.; Sethe, 441; Glanzmann/Wolf, Cash Pooling, 4; a.M. wohl Maurer/Handle, 292, die dem Zins eine wesentliche Bedeutung zumessen.

²⁷ Vgl. Eidg. Steuerverwaltung ESTV, Rundschreiben „Steuerlich anerkannte Zinssätze 2021 für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken“ vom 28. Januar 2021 sowie „Steuerlich anerkannte Zinssätze 2021 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen“ vom 29. Januar 2021.

²⁸ Glanzmann/Wolf, Konzernfinanzierungen, 132.

²⁹ Vgl. Art. 313 Abs. 2 OR.

³⁰ Glanzmann, Darlehensvertrag, 20 f.

³¹ Vgl. unten II.2.c)dd).

Gänzlich ohne Relevanz für die Werthaltigkeit ist die Form des Darlehensvertrags,³² obwohl es selbstverständlich zu einer guten Corporate Governance gehört, diesen schriftlich abzuschliessen.³³

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Upstream-Darlehen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, Ausschüttungscharakter.³⁴ Demgegenüber kann nach der hier vertretenen Meinung nicht jede geringfügige Abweichung von Drittbedingungen eine Umqualifizierung des Kreditverhältnisses in ein Eigenkapitalverhältnis bewirken.³⁵ Vielmehr ist den Parteien ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen. Deshalb darf der Drittvergleich nur dann als nicht erfüllt gelten, wenn das Darlehen in den relevanten Punkten „offensichtlich“ nicht Drittbedingungen entspricht.³⁶ Offensichtlich von Drittbedingungen abgewichen wird z.B., wenn das Darlehen nicht besichert ist, obwohl der Kreditgeber im Zeitpunkt der Darlehensgewährung weiss oder wissen müsste, dass die Bonität des Kreditnehmers so schlecht ist, dass dieser nicht fähig sein wird, die Darlehenssumme zurückzuzahlen.³⁷ In die gleiche Kategorie fällt in der Regel auch das unbesicherte Darlehen ohne vertragliche Kündigungsmöglichkeit mit einer festen Laufzeit von z.B. über zehn Jahren.³⁸

Bei Darlehen, die offensichtlich nicht Drittbedingungen entsprechen oder fiktiv sind, liegt kein Kredit-, sondern ein Eigenkapitalverhältnis vor. Deswegen dürfen diese Darlehen auch nicht mit ihrem vollen Nominalwert bilanziert werden.³⁹ Demgegenüber geht das Bundesgericht davon aus, dass ein Darlehen Ausschüttungscharakter haben könne, ohne dass es in seinem Wert be-

³² Glanzmann/Wolf, Cash Pooling, 4 f; vgl. auch analog BGE 138 II 57 E. 5.1.1 S. 63; a.M. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG130015-O vom 20. Januar 2014, E. 5.1.4.2.3, obwohl es im konkreten Fall sogar einen Rahmenvertrag gegeben hat.

³³ Allenfalls ergibt sich das Schriftlichkeitserfordernis aber aus Art. 718b OR; vgl. dazu unten III.2.

³⁴ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541 f.

³⁵ Anders offenbar BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544.

³⁶ Dies steht im Einklang mit den zukünftig verschärften Voraussetzungen einer Rückforderungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR. Zum offensichtlichen Missverhältnis s. BGE 140 III 602 E. 8.2 S. 605 f.

³⁷ Glanzmann, Darlehensvertrag, 4 f.; Analog betr. simuliertes Darlehen bei einem steuerrechtlichen Entscheid BGE 138 II 57 E. 7.4.3 S. 68 f.

³⁸ In diesem Fall gilt weder die sechswöchige Kündigungsfrist nach Art. 318 OR, noch ist z.B. eine Kündigung aus wichtigem Grund wegen Zahlungsgefährdung zulässig; vgl. BGE 100 II 345 E. 4 S. 350.

³⁹ Maurer/Handle, 293.

richtigt werden müsse.⁴⁰ Dies ist ein Widerspruch in sich, denn was Ausschüttungscharakter hat, wird nicht zurückbezahlt.⁴¹ Damit kann kein Darlehen mehr vorliegen.

bb) Relevanter Zeitpunkt

Der relevante Zeitpunkt für die Beurteilung, ob Drittbedingungen vorliegen, ist die Ausrichtung des Darlehens. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Darlehen während seiner Laufzeit notleidend werden kann. Dies darf dem Drittvergleich nicht schaden. Aus diesem Grund kann ein ursprünglich Drittbedingungen entsprechendes Darlehen nachträglich nicht ohne Weiteres Ausschüttungscharakter erhalten, sofern der Kreditgeber das Darlehen so verwaltet, wie es ein unabhängiger Dritter auch tun würde. Soweit erforderlich sind auf dem Darlehen Wertberichtigungen vorzunehmen,⁴² die zwar direkt das Eigenkapital des Kreditgebers reduzieren, aber das Darlehen deswegen nicht in eine Eigenkapitaldisposition umwandeln.

Das Bundesgericht hat diese Sichtweise bei der Beurteilung eines vermeintlich kapitalersetzenden Downstream-Darlehens ausdrücklich geteilt.⁴³ Im *Swisscargo*-Entscheid geht es hingegen davon aus, dass ein Darlehen eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung sein könne, obwohl dieses keiner Wertberichtigung bedarf und somit werthaltig ist.⁴⁴ Dieser Schluss ist inkohärent mit der Aussage, dass eine Konzerngesellschaft uneingeschränkt Darlehen zu Drittbedingungen vergeben könne.⁴⁵ Im Ergebnis führte dies nämlich dazu, dass die Vergabe von Darlehen zu Drittbedingungen nur zulässig ist, „sofern alles gut geht“: Würde das ursprünglich unproblematische Darlehen notleidend, dann läge plötzlich doch eine Eigenkapitaldisposition vor und es trä-

⁴⁰ In seinem ersten *Swisscargo*-Urteil hat das Bundesgericht ausgeführt, dass das Handelsgericht die Guthaben der *Swisscargo AG* gegenüber der *Cash-Pool-Leaderin* zutreffend als Darlehen qualifiziert habe (BGer 4A_248/2012 E. 2). Gemäss Sachverhalt im zweiten *Swisscargo*-Urteil (BGE 140 III 533) waren die entsprechenden Darlehen nicht im Wert berichtigt worden.

⁴¹ Gl.M. Brand, *Upstream-Darlehen*, N 1033 ff.

⁴² Bei der Beurteilung des Werts sind entgegen der Auffassung des Bundesgerichts (BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544 f.) auch Ereignisse nach dem Bilanzstichtag zu berücksichtigen; vgl. dazu im Allgemeinen Glanzmann, *Bilanzstichtag*, 257 ff.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 5C.226/2005 vom 2. März 2006 E. 4.

⁴⁴ Vgl. Glanzmann/Wolf, *Konzernfinanzierungen*, 134.

⁴⁵ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 542.