

Cash Pooling – Darlehen an Konzerngesellschaften

Einlagerückgewähr – Rechtliche Zulässigkeit – Risiken

Rico A. Camponovo
Reto Schumacher
Legal

Grosse Konzerne betrauen häufig eine Tochtergesellschaft mit dem Cashmanagement für die ganze Gruppe. In guten Zeiten ist dies ein effizientes Management-Instrument und garantiert eine optimale Liquiditätssteuerung und Anlagestrategie. In finanziellen Krisen sind die Risiken jedoch erheblich; gesunde Tochtergesellschaften können plötzlich ihre gesamte Liquidität verlieren, der Fall Swissair ist ein Beispiel dafür. Dazu kommen Verantwortlichkeitsrisiken, weil die Darlehensgewährungen eventuell gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstossen.

Ausgangslage

Grosse Konzerne betrauen häufig eine Tochtergesellschaft mit dem Cashmanagement für die ganze Gruppe (Cashpool AG, beziehungsweise CP-AG). Alle anderen Gesellschaften des Konzerns werden dann angehalten, ihre Finanztransaktionen, wie zum Beispiel Kapitalbeschaffungen, Termingeschäfte, Devisengeschäfte und die Geldbeschaffung grundsätzlich nur mit der CP-AG zu tätigen. Zudem müssen sie überschüssiges Geld grundsätzlich der CP-AG zur Verfügung stellen.

Hier sollen Zulässigkeit und haftungsrechtliche Risiken für eine in ein solches Cashpool-System eingebundene hundertprozentige Konzerntochter mit Sitz in der Schweiz (CH-AG) untersucht werden, wobei steuerliche Risiken und Fragen der Sicherstellung ausreichender Liquidität sowie die verdeckte Gewinnausschüttung nicht berücksichtigt werden. Vorausgesetzt wird zudem, dass die CP-AG keine Obergesellschaft sondern eine Schwestergesellschaft der CH-AG ist. Der Fokus liegt zudem auf der Überführung überschüssiger Geldpositionen aus der CH-AG in die CP-AG.

Formen des Cash Pooling

Beim Cash Pooling werden die Soll- und Habensaldi der Bankkonten von in einem Konzern verbundenen Unternehmen zusammengeführt. Dadurch werden eine

effiziente Liquiditätsbewirtschaftung im Konzern und bessere Konditionen bei der Geldanlage und -ausleihe gewährleistet.

Grundsätzlich werden in der Praxis zwei Arten von Cash Pooling unterschieden: das Zero Balancing und das Notional Pooling.

Das Zero Balancing (physisches Cash Pooling) zeichnet sich dadurch aus, dass ein physischer Geldtransfer von den Konten der einzelnen Konzerngesellschaften in die CP-AG erfolgt. Durch die tatsächliche Übertragung des Geldes erfolgt eine Saldenkonzentration im Cash Pool. Die von den Konzerngesellschaften eingelegten Mittel können sodann von der CP-AG gemeinsam angelegt oder bei anderen Konzerngesellschaften zur Finanzierung verwendet werden (vergleiche hierzu Thomas M. Kull, Cash Pool – Crash Pool?, Festschrift Karl Spühler, S. 184 sowie Oliver Blum, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte in: AJP 6/2005, S. 705 (zit. Blum)).

Beim Notional Pooling verbleibt das Guthaben jeder Konzerngesellschaft auf dem eigenen Bankkonto der Gesellschaft, und die Soll- und Habenbestände aller Konzernkonten werden lediglich rechnerisch zusammengeführt, um auf der Nettoposition die entsprechenden Zinsen gutzuschreiben, beziehungsweise zu belasten.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Form des Zero Balancing Cash Pooling.

Up-Stream-Darlehen / Cross-Stream-Darlehen

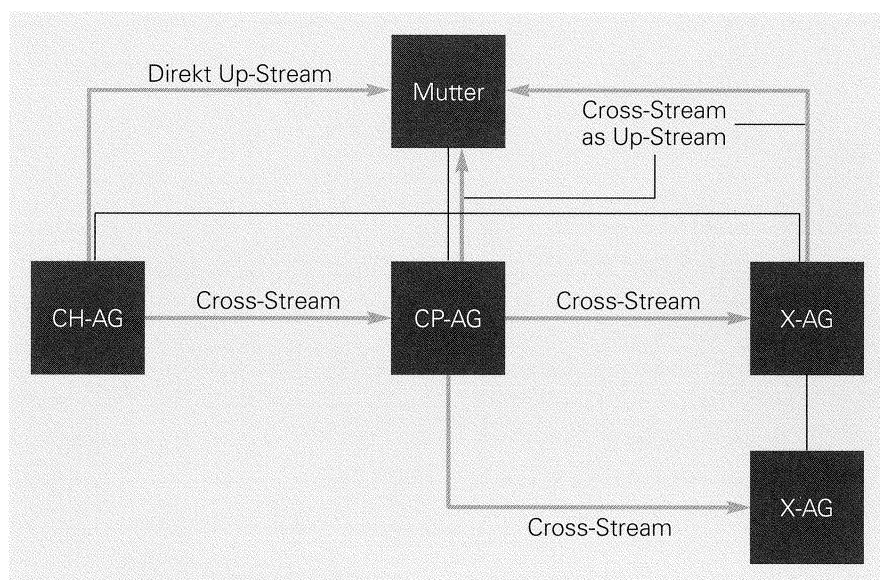
Die Überführung von Geldpositionen der CH-AG zu ihrer Muttergesellschaft wird als Up-Stream-Darlehen bezeichnet.

Die Überführung einer Geldposition auf das Cash-Pool-Konto der CP-AG führt rechtlich gesehen zu einer Darlehensposition der CH-AG als Darleiherin und der CP-AG als Borgerin, das heisst, zu einem Cross-Stream-Darlehen zwischen der CH-AG und der CP-AG. Fliessen die Gelder von der CP-AG weiter zu anderen Schwestergesellschaften der CH-AG (oder Dritten ausserhalb des Konzerns), qualifiziert das Darlehen zwischen der CH-AG und der CP-AG ebenfalls als Cross-Stream-Darlehen.

Fliessen die Gelder jedoch von CP-AG (direkt oder indirekt) weiter an die Muttergesellschaft von CH-AG, führt das Cross-Stream-Darlehen zum gleichen Ergebnis wie ein Up-Stream-Darlehen.

Problematik

Aus rechtlicher Sicht ist problematisch, dass bei Up-Stream-Darlehen direkt, und im Rahmen dieser Cross-Stream-Darlehen indirekt, Mittel der CH-AG im Cash Pool der CP-AG zugunsten anderer Gruppengesellschaften, beziehungsweise der



Muttergesellschaft, verwendet werden können. In dieser Konstellation fliessen potentielle Mittel der CH-AG zugunsten anderer Konzerngesellschaften (und damit eventuell indirekt zugunsten des Aktionärs der CH-AG) ab. Sofern deren Rückzahlung nicht sicher ist, sowie wenn das Darlehen zu einer Unterdeckung der Sperrquoten des Eigenkapitals (Aktienkapital, gesetzliche Reserven) führt, kann eine nicht zulässige Einlagerückgewähr im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR vorliegen.

Problematisch ist auch, dass die CH-AG als Darleiherin unabhängig von der Deckung aus Aktienkapital, gebundenen oder freien Reserven, riskiert, im Konkurs des Borgers für das Darlehen nicht einmal mit

einer Drittklassforderung zugelassen zu werden; es könnte angesichts der angespannten finanziellen Lage des Borgers als Kapitaleinlage umqualifiziert werden (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993 in: Aktienrecht, Kapitaleretzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 299 ff.).

Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) / Zulässigkeit von Darlehen an Konzerngesellschaften

Für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Up-, beziehungsweise Cross-Stream-Darlehen sind Lehre und Rechtsprechung zu den Darlehen an Aktionäre (Up-Stream) näher zu unter-

suchen. Über die Behandlung von Cross-Stream-Darlehen findet sich in Lehre und Rechtsprechung nämlich ausserordentlich wenig.

Darlehen an Aktionäre (Up-Stream)

Lehre

Gemäss einem Teil der Lehre sind Darlehen an Aktionäre grundsätzlich unzulässig, wenn das darin verkörperte Gut haben der Gesellschaft den gebundenen Mitteln zuzurechnen ist, und zwar unabhängig davon, ob das Darlehen zu Marktkonditionen gewährt wurde oder nicht. Als Variante wird die Zulässigkeit von Darlehen an Aktionäre immerhin nur dann abgelehnt, wenn der Aktionär an der Gesellschaft massgeblich beteiligt ist und wenn das Darlehen etwa zehn Prozent des bilanzmässigen Eigenkapitals der Gesellschaft überschreitet. Als weitere – weniger restriktive – Variante werden solche Darlehen als zulässig betrachtet, wenn sie Marktkonditionen entsprechen und auf der Passivseite der Bilanz durch freie Reserven abgedeckt sind.

Gemäss einem liberaleren Teil der Lehre sind Darlehen an Aktionäre, auch wenn sie auf die Sperrquoten Aktienkapital und gesetzliche Reserven anzurechnen sind, dann zulässig, wenn Marktkonditionen herrschen, das heisst, die Bonität des Aktionärs gut ist, mit Rückzahlung zum Zeitpunkt der Fälligkeit oder Kündbarkeit

gerechnet werden kann, die Verzinsung marktüblich ist und allenfalls Sicherheiten bestellt werden.

Schliesslich wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass der Zweckartikel in den Statuten die Gewährung von Darlehen zugunsten anderer Konzerngesellschaften ausdrücklich erlauben sollte. Aufgrund der Praxis des Bundesgerichts, welches Leistungen der Gesellschaft nur dann als nichtig erachtet, wenn sie durch den Zweck geradezu ausgeschlossen sind, ist dieser Punkt für die Zulässigkeit der Darlehensgewährung nicht vorrangig.

Rechtsprechung

Nach der bundesgerichtlichen Praxis darf sodann die Darlehensgewährung (an einen Hauptaktionär) kein Klumpenrisiko darstellen. Sie sollte im Rahmen einer vernünftigen Risikoverteilung erfolgen. In der Darlehensgewährung an Aktionäre soll sich die Gesellschaft nicht anders verhalten als gegenüber beliebigen Dritten (at arm's length-Prinzip, beziehungsweise Marktkonditionen; BGE 113 II 52 ff.).

Rechtliche Konsequenzen

Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr führt zur absoluten Nichtigkeit der entsprechenden Transaktion. Infolge der Rückzahlung entsteht ein nachträgliches Non-Versé, und die Einlagspflicht des Aktionärs lebt mit sofortiger Fälligkeit wieder auf (BGE 109 II 129). Aus

diesem Grund sollte in einem solchen Fall der Verwaltungsrat die Rückforderung umgehend in die Wege leiten. Die Verjährungsfrist und der Verjährungszeitpunkt der Rückforderung sind umstritten.

Diskussion, Lehrmeinungen und neuere Tendenzen

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Up-Stream-Darlehen gibt es, wie bereits erwähnt, unterschiedliche Lehrmeinungen. Eine Mehrheit der Autoren neigt der liberalen Meinung zu; es muss aber beachtet werden, dass diese Publikationen vor dem Fall Swissair datieren.

Es gibt jedoch keinen höchstrichterlichen Entscheid. Zudem besteht seit dem Fall Swissair eine Tendenz, Darlehen im Zusammenhang mit Cash Pooling restriktiver zu beurteilen. Es muss daher damit gerechnet werden, dass ein Gericht die Zulässigkeit eines Up-Stream-Darlehens nicht nach der liberalen, sondern nach der restriktiven Lehrmeinung beurteilt.

Voraussetzungen der restriktiven Lehrmeinung

Up-Stream-Darlehen sind aus gesellschaftsrechtlicher Sicht solange unbedenklich, als

- das maximale Risiko eines definitiven Mittelabflusses die freien Reserven der Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt übersteigt;
- der Borger rückzahlungswillig ist;

- das Darlehen zu diesen Konditionen auch mit einer unabhängigen Drittpartei hätte abgeschlossen werden können (at arm's length), das heisst:
 - ein unabhängiger Dritter hätte ein solches Darlehen ebenfalls gewährt;
 - die Gesellschaft erhält für das Darlehen eine angemessene Gegenleistung (Zins, Sicherheit);
 - die Gesellschaft überprüft die Bonität des Aktionärs, beziehungsweise der Poolteilnehmer sowohl bei der Aufsetzung des Cash Pools als auch danach laufend wie eine unabhängige Drittpartei;
 - das Darlehen bildet kein Klumpenrisiko;
 - der Zweckartikel der Gesellschaft Darlehen zugunsten anderer Konzerngesellschaften ausdrücklich vorsieht (vgl. Blum, S. 707).

Es besteht also eine betragsliche Beschränkung der Darlehen auf die freien Reserven, wobei in der Praxis ein allfälliges Agio dazu gerechnet wird, soweit es die 50 Prozent-Grenze im Sinne von Art. 671 Abs. 3 OR überschreitet.

Marktkonditionen

Kriterium ist, ob ein Dritter unter den gleichen Voraussetzungen ebenfalls ein Darlehen gewähren würde. Die Beantwortung dieser Frage ist schwierig, denn die Konditionen der Darlehensgewährung

sind mit im Markt erhältlichen Konditionen für ähnliche Transaktionen zu vergleichen. Es müssten also die Konditionen für ein ungesichertes Darlehen einer Bank an einen Schuldner mit dem gleichen Rating wie der Aktionär, beziehungsweise die CP-AG, den Konditionen für das Darlehen von CH-AG entsprechen.

Klumpenrisiko

Ob von einem unzulässigen Klumpenrisiko gesprochen werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine allgemein gültige Verhältniszahl scheint es nicht zu geben. Entscheidend dürfte vielmehr sein, ob die Höhe des Darlehens im Vergleich zu sämtlichen Aktiven der Gesellschaft (inklusive stiller Reserven) die Interessen der Gesellschaft und deren Gläubiger beeinträchtigt. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 25. Mai 1981 (E. 3b veröffentlicht in La Semaine Judiciaire (SJ) 104, 1982, S. 226 f.) ein Darlehen in der Höhe von 60 Prozent der Gesellschaftsaktiven als unzulässig erklärt, da es nicht mit den statutarischen Zielen zu vereinbaren sei und die Interessen der Gesellschaft und Dritter verletzt.

Demgegenüber erachtete das Zürcher Obergericht die Gewährung eines Darlehens in der Höhe von neun Prozent der Gesellschaftsaktiven aufgrund der beträchtlichen und rasch realisierbaren

stillen Reserven der Gesellschaft als zulässig.

Voraussetzungen der liberalen Lehrmeinung

Aufgrund der liberalen Lehrmeinung sind für Up-Stream-Darlehen dieselben Kriterien anwendbar, einzig entfällt das Kriterium des betragslichen Maximums im Umfang der freien Reserven, das heisst, das Darlehen darf betragsmässig alle Reserven und sogar das Aktienkapital umfassen und übersteigen. Anders gesagt spielt die Situation auf der Passivseite keine Rolle; die Zulässigkeit richtet sich allein an der Einhaltung der Marktkonditionen aus.

Kritik

Anzumerken ist hier, dass gemäss dieser Lehrmeinung sogar bei der Gründung einer Aktiengesellschaft die sofortige Rückzahlung des Aktienkapitals möglich ist, sofern Marktkonditionen für das Darlehen eingehalten werden. Es ist jedoch fraglich, ob sich dies mit der im ganzen Obligationenrecht ausgeprägten Kapital-schutzidee vereinbaren lässt.

Darlehen an Schwestergesellschaften (Cross-Stream-Darlehen)

Es stellt sich nun die Frage, ob die Ausführungen zu den Up-Stream-Darlehen auch für Darlehen an Schwestergesellschaften gelten. Diese Frage lässt sich nicht eindeutig beantworten, doch es gibt

Meinungen in der Literatur, wonach die Regeln der Darlehensgewährung an Aktionäre auch auf die Darlehensgewährung an Schwestergesellschaften anzuwenden sind (Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftlicher Sicht, Diss. St. Gallen 1996, S. 104; Blum (S. 706 und 712) behandelt die Up-Stream- und Cross-Stream-Sicherheiten, respektive Darlehen gleich).

Unseres Erachtens sind für die Behandlung von Darlehen an Schwestergesellschaften zwei Fälle zu unterscheiden:

- Die Mittel gelangen auf dem Umweg über die Schwestergesellschaften an die Muttergesellschaft (Fall 1).
- Die Mittel gelangen auf dem Umweg über die Schwestergesellschaften nicht an die Muttergesellschaft (Fall 2).

Fall 1: Cross-Stream-Darlehen als Up-Stream

Ein solches Darlehen an Schwestergesellschaften muss rechtlich gleich behandelt werden, wie wenn das Darlehen an den Aktionär geleistet worden wäre.

Die Mittel der CH-AG werden in diesem Falle nämlich auf dem Umweg über die Schwestergesellschaften trotzdem an die Muttergesellschaft geleistet, was zur Anwendung der (restriktiven oder liberalen) Vorschriften über die Darlehen an Aktionäre führen muss.

Fall 2: Cross-Stream-Darlehen als Cross-Stream

Hier sind die Risiken geringer einzuschätzen. Insbesondere dürfen in einem solchen Falle die Darlehenssummen die freien Reserven der Gesellschaft übersteigen, das heisst, die Kriterien der liberaleren Lehrmeinung – das Einhalten von Marktkonditionen – sind hier anwendbar.

Konsequenzen der Verletzung im Fall 1

Werden Mittel der CH-AG unter Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR an die Mutter- oder an Schwestergesellschaften (Fall 1) überwiesen und gehen diese verloren, so kann die Muttergesellschaft der CH-AG durch Wiederaufleben der Liberierungspflicht ersatzpflichtig werden. Überdies dürfte die oberste Konzerngesellschaft (als Zentrale der Willensbildung) eine Ersatzpflicht aus Verantwortlichkeit im Umfang des Verlustes treffen.

Die Revisionsstelle wird im heutigen Umfeld vorsichtig agieren und im Sinne der restriktiven Lehrmeinung im Revisionsbericht einen Hinweis auf Art. 680 Abs. 2 OR anbringen müssen.