

Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank

Von PD Dr. Lukas Glanzmann*

Notwithstanding its common use in daily business, the financing of groups of companies is associated with several legal problems. In general, the granting of loans or securities in favour of related parties is permissible. However, delicate legal issues may arise if those transactions are not carried out at arm's length. Potential problems are, inter alia, the lack of the board's corporate power due to conflicts of interest or non-conformance with the corporate purpose,

as well as the infringement of statutory provisions on the protection of the company's equity. Moreover, under certain conditions intercompany loans can be subordinated in case of the borrower's insolvency. Taking the perspective of lending banks, this essay addresses the legal problems arising from group financings. It concludes with the proposition of measures that can be taken to mitigate the aforementioned legal issues.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Ausgestaltung von Konzern-Kreditfinanzierungen

1. **Downstream-, upstream- und cross-stream-Strukturen**
2. **Drittbedingungen («at arm's length») bei Konzern-Kreditfinanzierungen**
 - 2.1 Wann liegen Drittbedingungen vor?
 - 2.1.1 Berücksichtigung des Konzernverbunds
 - 2.1.2 Drittbedingungen bei Darlehen
 - 2.1.3 Drittbedingungen bei Drittsicherheiten
 - 2.2 Wirtschaftliche Folgen von nicht zu Drittbedingungen gewährten Leistungen
 - 2.2.1 Downstream-Leistungen
 - 2.2.2 Upstream-Leistungen
 - 2.2.3 Cross-stream-Leistungen
3. **Heilung von downstream-, upstream- und cross-stream-Strukturen**

III. Zweckkonformität und Interessenkonflikte

1. **Zweckkonformität einer Leistung**
 - 1.1 Statutarischer Zweck
 - 1.2 Bedeutung des Endzwecks
 - 1.3 Anpassen des statutarischen Zwecks
 - 1.4 Folgen fehlender Zweckkonformität
2. **Interessenkonflikte**
 - 2.1 Beschränkung der Vertretungsbefugnis
 - 2.2 Vertretungsbefugnis bei Interessenkonflikten
 - 2.3 Folgen für die Konzern-Kreditfinanzierungen
3. **Andere Beschränkungen der Vertretungsbefugnis**
 - 3.1 Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung
 - 3.2 Klumpenrisiken

IV. Kapitalschutzvorschriften

1. **Leistungen zulasten des geschützten Eigenkapitals**
 - 1.1 Welche Eigenkapitalpositionen sind betroffen?
 - 1.2 Relevante Bilanzverhältnisse in zeitlicher Hinsicht
2. **Leistungen zulasten des Grundkapitals**
 - 2.1 Verbot der Einlagerückgewähr
 - 2.2 Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen das Verbot der Einlagerückgewähr?

- 2.3 Rechtsfolgen der Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr
 - 2.3.1 Bei Darlehen
 - 2.3.2 Bei Sicherheiten

3. Leistungen zulasten der Reserven

- 3.1 Reserveschutzvorschriften
- 3.2 Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen die Reserveschutzvorschriften?
- 3.3 Rechtsfolgen einer Verletzung der Reserveschutzvorschriften
 - 3.3.1 Bei Eingriff in die geschützten Reserven
 - 3.3.2 Bei Eingriff in die freien Reserven

V. Kapitaleretzende Darlehen

VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Konzerne bieten in ihrer Finanzierung manche Vorteile: Einerseits kann bei einer Konzern-Aussenfinanzierung¹ der Konzern als Einheit auftreten und damit zu besseren Konditionen Kapital aufnehmen, als wenn sich jede Konzerngesellschaft selber finanzieren müsste. Andererseits kann bei der Konzern-Innenfinanzierung² überschüssige Liquidität jener Konzerngesellschaft zur Verfügung gestellt werden,

* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent an der Universität St. Gallen. Der Autor dankt M.A. HSG Markus Wolf für die Mitarbeit.

¹ Als Aussenfinanzierung wird die externe Finanzierung über den Kredit- und Kapitalmarkt bezeichnet; vgl. Max Boemle/Carsten Stolz, Unternehmungsfinanzierung, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, Bd. I, 14. A., Zürich 2010, 21.

² Als Innenfinanzierung wird die Aufbringung von Kapital aus der betrieblichen Leistungserstellung bezeichnet. Bei einer Konzern-Innenfinanzierung können die Mittel auch von einer anderen Konzerngesellschaft stammen und die Form von Eigen- oder Fremdkapital haben. Vgl. zum Ganzen Boemle/Stolz (Fn. 1), 21, 26.

die gerade einen Finanzierungsbedarf hat, was mitunter über ein sog. Cash-Pooling geschieht.

Konzern-Kreditfinanzierungen werden in der Praxis mit grosser Selbstverständlichkeit vorgenommen, obwohl sie mit etlichen rechtlichen Problemen verbunden sind. Diese gründen einmal darin, dass der Konzern im Schweizer Privatrecht nicht als rechtliche Einheit behandelt wird, sondern jede Konzerngesellschaft grundsätzlich ihre eigenen Interessen wahren muss.³ Zudem ist die Kreditfinanzierung nicht die typische Finanzierungsform zwischen verbundenen Gesellschaften, sondern es sind dies in einem *downstream*-Verhältnis die Kapitalbeteiligung und in einem *upstream*-Verhältnis die Ausschüttung.⁴ Zwar ist allgemein anerkannt, dass sich Konzerngesellschaften gegenseitig Darlehen gewähren dürfen, doch stellen sich heikle Abgrenzungsfragen, wenn Kreditfinanzierungen zwischen Konzerngesellschaften nicht zu Drittbedingungen vorgenommen werden.

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 kapitalersetzennder Darlehen (V.). Hierbei handelt es sich um Themen, die beim Vorliegen internationaler Sachverhalte vom auf die Gesellschaft anwendbaren Recht 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.

II. Ausgestaltung von Konzern-Kreditfinanzierungen

1. *Downstream*-, *upstream*- und *cross-stream*-Strukturen

Eine Bank kann namentlich in den folgenden beiden Konstellationen in eine Konzern-Kreditfinanzierung involviert sein:

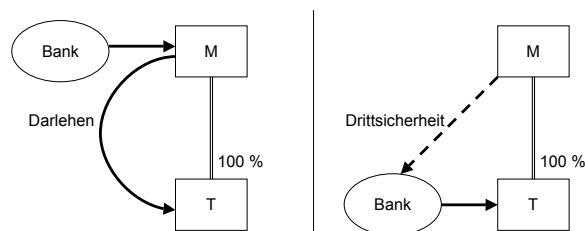
- Die Bank gewährt einer Konzerngesellschaft einen Kredit, wobei die Borgergesellschaft die er-

haltenen Mittel ganz oder teilweise an eine andere Konzerngesellschaft weiterleitet; oder

- die Bank gewährt einer Konzerngesellschaft einen Kredit, der durch eine andere Konzerngesellschaft besichert wird. Bei dieser Drittsicherheit kann es sich um eine Realsicherheit (Sicherheit an Grundstücken, Fahrnis, Wertpapieren, Bucheffekten, Forderungen oder anderen Rechten) oder um eine Personalsicherheit (Garantie, Bürgschaft oder Kreditauftrag) handeln.⁵ Der Personalsicherheit 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.⁶ Somit ist der Begriff «Sicherheit» nachfolgend umfassend zu verstehen.

Aus diesen Konstellationen ergeben sich drei verschiedene Grundstrukturen, die als *downstream*-, *upstream*- und *cross-stream*-Struktur bezeichnet werden:

- Bei einer *downstream*-Struktur erbringt die Muttergesellschaft eine Leistung zugunsten ihrer Tochtergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Tochtergesellschaft oder als Drittsicherheit zugunsten der Bank, welche die Tochtergesellschaft finanziert. Dies kann wie folgt dargestellt werden:



- Bei einer *upstream*-Struktur erbringt die Tochtergesellschaft eine Leistung zugunsten ihrer Muttergesellschaft, und zwar entweder in Form eines

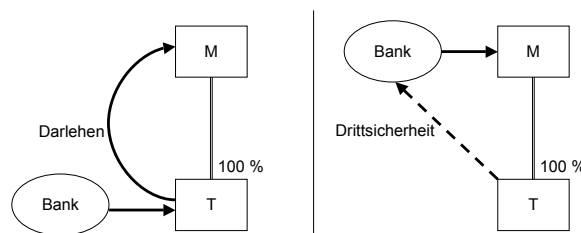
³ BGE 130 III 213 E. 2.2.2.

⁴ Zu diesen Strukturen vgl. sogleich unten.

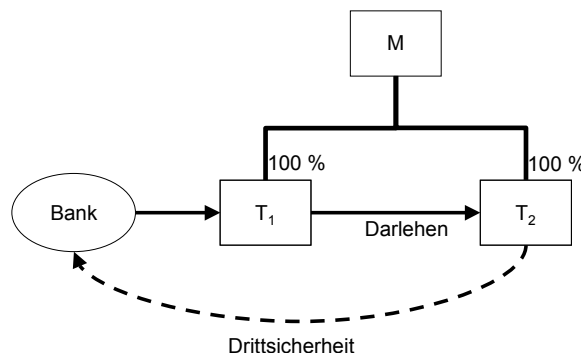
⁵ Marc Grünenfelder, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Diss. St. Gallen 2010 (= SSHW 287), 2 f.; Arnold F. Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004 (= ZStP 188), 8–10.

⁶ Vgl. zur kumulativen Schuldübernahme Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. A., Zürich 2004, N 1205.

Darlehens an die Muttergesellschaft oder als Drittsicherheit zugunsten der Bank, welche die Muttergesellschaft finanziert. Dies kann wie folgt dargestellt werden:



- Bei einer *cross-stream-Struktur*⁷ erbringt eine Tochtergesellschaft eine Leistung zugunsten ihrer Schwestergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Schwestergesellschaft (z.B. von T₁ an T₂) oder als Drittsicherheit zugunsten der Bank, welche die Schwestergesellschaft finanziert (im Falle von T₂). Dies kann wie folgt dargestellt werden:



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.

⁷ Teilweise wird dafür auch der Ausdruck *sidestream-Struktur* verwendet.

2. Drittbedingungen («at arm's length») bei Konzern-Kreditfinanzierungen

2.1 Wann liegen Drittbedingungen vor?

2.1.1 Berücksichtigung des Konzernverbunds

Wie bereits erwähnt wurde, sind die typischen Finanzierungsformen zwischen verbundenen Gesellschaften die Kapitalbeteiligung bzw. die Dividendenausschüttung. Aus diesem Grund stellen sich insbesondere dann heikle Abgrenzungsfragen zwischen Eigenkapitalfinanzierungen und Kreditfinanzierungen, wenn Darlehen oder Sicherheiten nicht zu Drittbedingungen ausgerichtet werden.

Die Analyse, ob bei einer Kreditfinanzierung zwischen verbundenen Gesellschaften Drittbedingungen vorliegen, ist grundsätzlich aufgrund einer gesamtgesellschaftlichen Betrachtung im Einzelfall vorzunehmen. Dabei stellt sich oft die Frage, inwieweit Vorteile, die aus dem Konzernverbund stammen, in die Beurteilung einfließen dürfen. Teile der Lehre und der Rechtsprechung gehen richtigerweise davon aus, dass auch die Tatsache der Konzernzugehörigkeit und etwaige damit verbundene (indirekte) Vorteile in die Beurteilung einfließen dürfen.⁸ Leider lassen sich aber derartige Vorteile nur schwer messen, weshalb ein erhebliches Risiko besteht, dass ein Gericht die fraglichen Leistungen im Nachhinein als nicht Drittbedingungen entsprechend betrachten könnte. Hinzu kommt, dass insbesondere das Bundesgericht in verschiedenen Urteilen bei der Beurteilung der Drittbedingungen die Konzernzugehörigkeit nicht beachtet hat.⁹

⁸ ZR 98 (1999) Nr. 52, Urteil B.1, 239 ff., E. 4.3.1; Jean Nicolas Druey, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980, II, 273–387, 313; Roland von Büren/Bendicht Lüthi, Sicherung von Krediten Dritter im Konzern, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Bern 2008, 55–107, 72–74.

⁹ Vgl. dazu den sehr strengen Entscheid BGer 4C.214/2001 vom 29. Oktober 2001, E. 4, wonach es in einer Sanierungssituation pflichtwidrig sein kann, eine langfristig kreditierte Kaufpreisforderung an eine andere Konzerngesellschaft nicht sicherzustellen, oder auch BGE 130 III 213 E. 2.2.2, wonach das Organ einer Gesellschaft von Gesetzes wegen verpflichtet ist, allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren; im Ergebnis ähnlich BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 2.2.

2.1.2 Drittbedingungen bei Darlehen

Die Beurteilung, ob ein Darlehen Drittbedingungen entspricht, ist, wie erwähnt, aufgrund der konkreten Umstände vorzunehmen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Darlehenssumme und deren Rückzahlbarkeit einerseits und dem Darlehenszins andererseits.

Zu den relevanten Aspekten, ob die Ausrichtung der Darlehenssumme und deren Rückzahlbarkeit Drittbedingungen entsprechen, gehören die Bonität des Borgers, die Besicherung des Darlehens,¹⁰ die Höhe der Darlehenssumme, die Laufzeit des Darlehens sowie dessen Kündbarkeit (Kündigungsgründe und -fristen). Sind sich die Parteien von Anfang an einig, dass die Darlehenssumme nicht zurückzuzahlen ist, so fehlt es an der Hauptpflicht des Borgers, nämlich der Rückzahlung des Darlehens.¹¹ In diesen Fällen ist das Darlehen fiktiv, d.h., es liegt gar kein Darlehen, sondern – bei *upstream*-Verhältnissen – eine verdeckte Ausschüttung bzw. – bei *downstream*-Verhältnissen – eine Einlage vor.

Ebenfalls ein fiktives Darlehen liegt vor, wenn die Hingabe und Rückzahlbarkeit der Darlehenssumme «offensichtlich» nicht Drittbedingungen entspricht. Eine offensichtliche Abweichung ist hier vorauszusetzen, weil nicht jede geringfügige Abweichung von Drittbedingungen als Ausschüttung bzw. Einlage anzusehen ist. Vielmehr ist dem Verwaltungsrat ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen.¹² Eine offensichtliche Abweichung von Drittbedingungen liegt z.B. vor, wenn das Darlehen nicht besichert ist, obwohl der Darleiher weiss oder wissen müsste, dass die Bonität des Borgers so schlecht ist, dass dieser nicht fähig sein wird, die Darlehenssumme zurückzuzahlen.¹³ In die gleiche Kategorie fällt auch das unbesicherte Darlehen ohne vertragliche Kündigungsmöglichkeit mit einer festen Laufzeit über viele Jahre.¹⁴ Alle diese Fälle werden im Folgenden

ebenfalls unter den Begriff des fiktiven Darlehens subsumiert.

Bei der Beurteilung der *Höhe des Zinses* 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 die Borgergesellschaft aber weniger bezahlen, als wenn sie sich bei einer Bank refinanzierte.¹⁵ Die Tatsache allein, dass der Zinssatz nicht jenem eines Bankkredits entspricht, besagt somit nicht, dass er einem Drittvergleich nicht standhält.¹⁶ Dazu bedarf es einer auch im Verhältnis zu anderen konzerninternen Konstellationen offensichtlichen Abweichung. Ist der Zins zu tief, dann findet im Umfang der Zinnersparnis eine finanzielle Leistung an den Borger statt. Falls der Zinssatz überhöht ist, dann erfolgt die Leistung in die umgekehrte Richtung, also vom Borger an den Darleiher. 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 nicht üblich, dass im kaufmännischen Verkehr ein Darlehen zinslos gewährt wird.¹⁷

2.1.3 Drittbedingungen bei Drittsicherheiten

Bei der Beurteilung, ob eine Drittsicherheit einem Drittvergleich standhält, ist zwischen dem Valuta-, Sicherungs- und Deckungsverhältnis zu unterscheiden. Als Valutaverhältnis wird üblicherweise das Verhältnis zwischen der kreditgebenden Bank und der Borgergesellschaft, also das eigentliche Kreditverhältnis bezeichnet. Das Sicherungsverhältnis ist die Beziehung zwischen der Bank und dem Sicherheitengeber

¹⁰ Vgl. BGer 4C.214/2001 vom 29. Oktober 2001, E. 4.

¹¹ Lukas Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen 1996, 4.

¹² Dies ist auch in Einklang mit den Voraussetzungen einer Rückforderungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR.

¹³ Glanzmann (Fn. 11), 4 f.

¹⁴ 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.

¹⁵ Glanzmann (Fn. 11), 20 f.

¹⁶ Ebenfalls nicht relevant für diese Beurteilung sind die jährlich von der EStV publizierten Zinssätze für Darlehen zwischen verbundenen Personen; für 2010: Rundschreiben 2-072-DV-2010-d vom 28. Januar 2010, Zinssätze 2010 für die Berechnung der geldwerten Leistungen sowie Rundschreiben 2-076-DV-2010-d vom 7. Mai 2010, Steuerlich anerkannte Zinssätze 2010 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen. A.M. Grünenfelder (Fn. 5), 115.

¹⁷ Vgl. Art. 313 Abs. 2 OR.

und das Deckungsverhältnis ist jenes zwischen der Borgergesellschaft und dem Sicherheitengeber.¹⁸

Bei der Besicherung der Forderungen einer Bank werden das Valuta- und das Sicherungsverhältnis vermutungsweise immer Drittbedingungen entsprechen, da diese mit der Bank abgeschlossen werden, die nicht zum Konzern gehört. Nicht zwingend ist dies beim Deckungsverhältnis, also im Verhältnis zwischen der Borgergesellschaft und dem Sicherheitengeber.

Das Deckungsverhältnis umfasst insbesondere das Auftragsverhältnis zur Bestellung der Drittsicherheit, die Entschädigung für die Drittsicherheit sowie – soweit nicht eine gesetzliche Subrogation stattfindet¹⁹ – den Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers gegenüber der Borgergesellschaft im Falle der Verwertung der Drittsicherheit.²⁰ Bei der Prüfung, ob das Deckungsverhältnis einem Drittvergleich standhält, ist einmal zu beachten, dass der Sicherheitengeber den Auftrag zur Bestellung einer Sicherheit in den meisten Fällen nur deshalb annehmen wird, weil die Borgergesellschaft dem gleichen Konzern angehört. Doch dies allein ist noch kein Grund, dass das Deckungsverhältnis dem Drittvergleich nicht standhält, denn auch hier darf die Tatsache der Konzernzugehörigkeit in die Beurteilung einfließen.²¹

Im Übrigen ist die Frage, ob das Deckungsverhältnis Drittbedingungen entspricht, unter den gleichen Aspekten zu prüfen wie ein Darlehensverhältnis, ausser dass dieses während der Laufzeit der Sicherheit selbstverständlich nie kündbar ist. Die Sicherheitenstruktur hält aber einem Drittvergleich sicher dann nicht stand, wenn von Anfang an klar ist, dass die Bank die Drittsicherheit verwerten wird und zudem der Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers gegenüber der Borgergesellschaft nicht werthaltig ist, weil diese ihrer Zahlungspflicht nicht wird nachkommen können. In diesem Fall liegt im Ergebnis eine Leistung des Sicherheitengebers an die

Borgergesellschaft vor. Dieser Fall entspricht wirtschaftlich einem fiktiven Darlehen.²²

Bei der Prüfung der Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs ist zu beachten, dass im gewöhnlichen Bankgeschäft z.B. die Ausstellung einer Garantie durchaus an die Bedingung geknüpft sein kann, dass die Garantiesumme mit Bargeld hinterlegt wird. Deshalb muss in bestimmten Fällen auch bei einer gruppeninternen Sicherheit verlangt werden, dass der Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers besichert wird, damit die Sicherheit als zu Drittbedingungen abgeschlossen gilt.

Speziell ist der Fall, wenn der Sicherheitengeber gegenüber dem Borger eine Schuld hat. Der Sicherheitengeber kann dann im Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit den Rückforderungsanspruch mit seiner eigenen Schuld verrechnen, weshalb der Rückforderungsanspruch in der entsprechenden Höhe als werthaltig zu betrachten ist. Dies trifft allerdings nur unter der Voraussetzung zu, dass die beiden Forderungen verrechenbar sind.²³ Doch selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, könnte in gewissen Situationen immer noch die Auffassung vertreten werden, dass es bei der Gewährung der Sicherheit und der damit verbundenen Begründung des Rückforderungsanspruchs gegenüber dem Borger um eine Handlung geht, die im Konkurs des Sicherheitengebers anfechtbar ist; im Endeffekt wird nämlich der Borger gegenüber den anderen Gläubigern des Sicherheitengebers bevorzugt, weil faktisch ein *Debt/Asset-Swap* vorliegt.²⁴ Dies gilt vor allem dann, wenn die Verbindlichkeit des Sicherheitengebers vorbestehend ist; wird diese hingegen im Zusammenhang mit der Gewährung der Sicherheit begründet, so kann sie nur angefochten werden, wenn auch eine direkte Besicherung anfechtbar wäre.²⁵

Ob die Entschädigung für die Sicherheit, also z.B. eine Garantiekommision, einem Drittvergleich

¹⁸ Peter Gauch/Walter Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. A., Zürich 2008, N 3924.

¹⁹ Vgl. z.B. Art. 507 OR für die Bürgschaft.

²⁰ Dieter Zobl, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Personalsicherheiten, Bern 1997, 23–53, 48–50.

²¹ Vgl. vorne II.2.1.1.

²² Vgl. dazu vorne II.2.1.2.

²³ Die Verrechenbarkeit ist insbesondere nicht mehr gegeben, wenn eine der Forderungen nachrangig ist; vgl. dazu Lukas Glanzmann, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung? Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, GesKR 2007, 6–23, 16 f.

²⁴ Art. 288 SchKG aber u.U. auch Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; vgl. dazu Lukas Glanzmann, Sanierungsdarlehen, ZBJV 2010, 261–294, 271 f.

²⁵ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 24), 283–286.

standhält, ist unter den gleichen Aspekten zu beurteilen wie beim Darlehenszins.²⁶

2.2 Wirtschaftliche Folgen von nicht zu Drittbedingungen gewährten Leistungen

2.2.1 Downstream-Leistungen

Sofern eine *downstream*-Leistung zugunsten der Tochtergesellschaft nicht zu Drittbedingungen ausgerichtet wird, führt sie zu einer Bereicherung der Tochtergesellschaft. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein *downstream*-Darlehen nicht verzinslich oder fiktiv ist.²⁷ Den gleichen wirtschaftlichen Effekt hat die Einräumung einer Drittsicherheit, für welche die Tochtergesellschaft keine Entschädigung bezahlen muss oder die sonst einem fiktiven Darlehen entspricht.²⁸

Die gleiche *downstream*-Leistung führt aber nicht in jedem Fall zu einer Entreicherung bei der Muttergesellschaft. Diesbezüglich ist zu differenzieren:

- Wenn die Tochtergesellschaft zu 100% gehalten wird und an deren Überlebensfähigkeit keine Zweifel bestehen, widerspiegelt sich der Wert der *downstream*-Leistung in einem entsprechenden Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft.²⁹ Bei einer rein bilanzmässigen Betrachtung führt eine solche *downstream*-Leistung bei der Muttergesellschaft nicht zu einer Entreicherung. Wird die Leistung in Form eines Darlehens erbracht, dann kann es hingegen liquiditätsmässig sehr wohl einen Unterschied machen, ob das Geld bei der Muttergesellschaft oder bei der Tochtergesellschaft ist.
- Anders liegt der Fall, wenn nicht mehr ernsthaft mit einer Gesundung der finanziell angeschlagenen Tochtergesellschaft gerechnet werden darf und ihr Konkurs auch durch eine *downstream*-Leistung nicht mehr abzuwenden ist. Dann werden primär die Gläubiger der Tochtergesell-

schaft begünstigt, ohne dass sich der Wert der *downstream*-Leistung in einem Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft widerspiegeln würde.³⁰ Bei einer rein substanzmässigen Betrachtung erfolgt im Umfang der *downstream*-Leistung eine Entreicherung der Muttergesellschaft.

- Wenn die Tochtergesellschaft zu weniger als 100% von der Muttergesellschaft gehalten wird, dann wird der Mehrwert der Beteiligung im entsprechenden Umfang verwässert; im Differenzbetrag werden die anderen Gesellschafter der Tochtergesellschaft begünstigt. Falls es sich bei den anderen Gesellschaftern um nahestehende Personen der Muttergesellschaft handelt, liegt im entsprechenden Betrag wiederum eine *upstream*-, *cross-stream*-, oder *downstream*-Leistung vor.

2.2.2 Upstream-Leistungen

Eine *upstream*-Leistung, die nicht Drittbedingungen entspricht, führt zu einer Entreicherung der leistenden Gesellschaft, weil die Leistung die Sphäre der Tochtergesellschaft verlässt. Anders als bei einer *downstream*-Leistung steht einer solchen *upstream*-Leistung nie ein direkter Gegenwert bei der leistenden Gesellschaft, also bei der Tochtergesellschaft gegenüber. Hingegen ist es möglich, dass der Tochtergesellschaft aufgrund einer *upstream*-Leistung andere Vorteile zukommen, weil sie z.B. an der Konzernfinanzierung teilnehmen kann.³¹

Bei der die *upstream*-Leistung empfangenden Muttergesellschaft führt die Leistung bei einer substanzmässigen Betrachtung nicht zu einer Bereicherung, weil sich der Beteiligungswert an der Tochtergesellschaft im gleichen Betrag reduziert. Wird eine *upstream*-Leistung an eine Muttergesellschaft ausgerichtet, die nicht 100% der Anteile an der Tochtergesellschaft hält, dann führt dies zu einer Bereicherung der Muttergesellschaft; daneben liegt aber noch eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter der Tochtergesellschaft vor.

2.2.3 Cross-stream-Leistungen

Cross-stream-Leistungen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, führen zu einer Bereicherung

²⁶ Vgl. vorne II.2.1.2.

²⁷ Vgl. vorne II.2.1.2.

²⁸ Vgl. vorne II.2.1.3.

²⁹ ZR 98 (1999) Nr. 52, Urteil B.1, 239 ff., E. 4.4.3. Gl.M. Peter V. Kunz, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, 45–102, 86. A.M. Franco Lorandi, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 2005, 1299–1311, 1302, der die *downstream*-Leistung in Form einer Sicherheit als gegenleistungslos betrachtet.

³⁰ ZR 98 (1999) Nr. 52, Urteil B.1, 239 ff., E. 4.4.3; BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 2.2.

³¹ Vgl. vorne II.2.1.1.

der empfangenden Gesellschaft und zu einer Entreichung der leistenden Gesellschaft. Bei Schwes-tergesellschaften, die nicht symmetrisch von den gleichen Gesellschaftern gehalten werden, führen solche *cross-stream*-Leistungen zudem zu einer Ungleichbehandlung der Gesellschafter, weil eine *cross-stream*-Leistung auch als eine *upstream*-Leistung an die Muttergesellschaft mit einer anschliessenden *downstream*-Leistung an die empfangende Schwes-tergesellschaft verstanden werden kann. Aufgrund dieser sog. Dreieckstheorie werden *cross-stream*-Leistungen aus handelsrechtlicher Sicht grundsätzlich gleich behandelt wie *upstream*-Leistungen.³²

3. Heilung von *downstream*-, *upstream*- und *cross-stream*-Strukturen

Konzern-Kreditfinanzierungen führen häufig zu unerwünschten Strukturen, sei dies aus rechtlicher Sicht³³ oder aus wirtschaftlichen Überlegungen.³⁴ Deshalb kann es in gewissen Situationen erwünscht sein, *downstream*-, *upstream*- und *cross-stream*-Strukturen zu beseitigen.

Eine Möglichkeit, unerwünschte Finanzierungsstrukturen zu beseitigen, ist, die verschiedenen an einer Kreditfinanzierung beteiligten Konzerngesellschaften zu fusionieren. In diesem Fall steht der kreditgebenden Bank nur noch eine Konzerngesellschaft als Borgerin gegenüber, die unter Umständen gleichzeitig auch noch die Sicherheiten bestellt.

Die *upstream*-Struktur einer Sicherheit kann in eine direkte Besicherung überführt werden, wenn die Borgergesellschaft gegenüber dem Sicherheitengeber eine Forderung hat und diese Forderung sicherungshalber an die Bank abgetreten wird. Im Verwertungs-

fall kann die Bank aus der abgetretenen Forderung gegen den Sicherheitengeber vorgehen, wobei die Sicherheit eine eigene Verbindlichkeit dieser Gesellschaft besichert. Allerdings trifft dies nur im Betrag der abgetretenen Forderung zu, d.h. bezüglich eines den Forderungsbetrag übersteigenden Kreditbetrags bestünde immer noch eine *upstream*-Struktur. Zudem dürfte die Sicherheit nicht nur den Kredit der Bank, sondern sie müsste auch sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der Bank gegenüber dem Sicherheitengeber besichern.

Eine *upstream*-Sicherheit bzw. eine strukturelle Subordination kann auch durch einen sog. *debt-push-down* geheilt werden. In diesem Fall übernimmt der Sicherheitengeber von der Borgergesellschaft die Verbindlichkeiten gegenüber der besicherten Bank, wodurch wiederum eine direkte Besicherung entsteht. Die Übernahme der Verbindlichkeiten kann dadurch erfolgen, dass die Borgergesellschaft eine Forderung gegenüber dem Sicherheitengeber begründet, wobei der Sicherheitengeber seine diesbezügliche Schuldspflicht durch Übernahme der Verbindlichkeiten gegenüber der Bank erfüllt. Die Forderung kann z.B. durch eine Dividendenausschüttung oder durch ein Kaufgeschäft begründet werden; bei Letzterem verkauft die Borgergesellschaft z.B. eine andere Gesellschaft dem Sicherheitengeber, womit die Borgergesellschaft gegenüber dem Sicherheitengeber eine Kaufpreisforderung begründet.

III. Zweckkonformität und Interessenkonflikte

1. Zweckkonformität einer Leistung

1.1 Statutarischer Zweck

Eine Aktiengesellschaft bzw. eine GmbH kann durch ihre Organe nur bezüglich jener Handlungen gültig vertreten werden, die im Bereich des Gesellschaftszwecks liegen.³⁵ Für die Beantwortung der Frage, ob eine Gesellschaft zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft gültig eine finanzielle Leistung erbringen kann, ist daher zuerst einmal zu prüfen, ob diese Leistung vom Zweck der Gesellschaft gedeckt ist.

³² Vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 11 N 449r; Markus Neuhaus/Rolf Watter, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 173–217, 212 f.

³³ Vgl. insbesondere die Probleme bei *upstream*- und *cross-stream*-Strukturen, hinten IV.

³⁴ Dazu gehört z.B. das Problem der strukturellen Subordination; vgl. dazu Patrick Hünerwadel/Marcel Tranchet, Akquisitionsfinanzierungen, Finanzierung als Erfolgsfaktor bei Akquisitionen, in: Matthias Oertle et al. (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber Amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 362–379, 372.

³⁵ Art. 718a Abs. 1 OR für die AG bzw. Art. 814 Abs. 4 OR für die GmbH.

Das Bundesgericht vertritt bei der Beurteilung der Zweckkonformität einer Handlung zu Recht eine sehr liberale Haltung: Nach seiner konstanten Rechtsprechung ist eine Handlung zweckkonform, sofern sie durch den Zweck nicht geradezu ausgeschlossen wird.³⁶ Für diese Beurteilung massgebend ist der in den Statuten³⁷ verankerte Zweck.³⁸

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine finanzielle Leistung zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft auch dann durch den statutarischen Zweck gedeckt, wenn die Statuten das Erbringen solcher Leistungen nicht ausdrücklich vorsehen. Dies gilt sowohl für das Ausrichten von Darlehen als auch für das Bestellen von Drittsicherheiten. Dass eine entsprechende Leistung durch den statutarischen Zweck nicht gedeckt ist, weil er sie geradezu ausschliesst, kommt in der Praxis kaum vor.

1.2 Bedeutung des Endzwecks

Jede Gesellschaft hat neben dem statutarischen Zweck auch noch einen sog. Endzweck. Dieser ist meistens die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft, d.h. das Erzielen und Ausschütten von Gewinnen.³⁹ Darauf kann die Gesellschaft nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verzichten.⁴⁰

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Gewinnstrebigkeit nicht schon dann als aufgegeben, wenn eine Gesellschaft vorübergehend auf die Erzielung von Gewinn verzichtet. Für die Aufrechterhaltung der Gewinnstrebigkeit genügt es, wenn die Gesellschaft langfristig eine gewinnbringende Tätigkeit verfolgt, selbst wenn sie vorübergehend keinen Gewinn erwirtschaftet.⁴¹ Dies bedeutet, dass die Ge-

winnstrebigkeit nur dann als aufgegeben gilt, wenn die Gesellschaft dauerhaft oder zumindest langfristig auf die Verfolgung einer gewinnbringenden Tätigkeit verzichtet.

Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass bei der Beurteilung der Zweckkonformität einer Leistung der Endzweck ebenfalls zu berücksichtigen sei.⁴² Danach ist somit nicht nur abstrakt zu prüfen, ob die Leistung an sich vom statutarischen Zweck gedeckt ist («abstrakter Test»), sondern zusätzlich, ob das konkrete Geschäft mit dem Endzweck übereinstimmt («konkreter Test»).

Der konkrete Test ist abzulehnen, weil er der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr abträglich ist: Da von der Erfüllung des Tests die Vertretungsmacht der Organe abhängt,⁴³ müsste der Vertragspartner die Konsequenzen einer Nichterfüllung vollumfänglich tragen, ohne dass er zur Beurteilung, ob der Test erfüllt wird, in der Lage wäre oder sich auf seinen guten Glauben berufen könnte. Deshalb gehen das Bundesgericht und die wohl h.L. zu Recht davon aus, dass die Beurteilung der Zweckkonformität nur abstrakt vorzunehmen ist.⁴⁴

Sollte entgegen der hier vertretenen Meinung der konkrete Test massgebend sein, so dürfte dieser immer erfüllt werden, wenn die finanzielle Leistung zu Drittbedingungen gewährt wird. Doch selbst wenn eine Leistung nicht zu Drittbedingungen erfolgt, dürfte sie wegen der geringen Anforderungen an die Aufrechterhaltung der Gewinnstrebigkeit und damit die Verfolgung des Endzwecks in den meisten Fällen noch als zweckkonform gelten, sofern die leistende Gesellschaft durch die entsprechende Handlung ihre Gewinnstrebigkeit nicht dauerhaft oder zumindest nicht langfristig aufgibt. Dieser Fall dürfte kaum je eintreten, und zwar weder bei *downstream*- noch bei *upstream*- oder *cross-stream*-Leistungen.⁴⁵

³⁶ BGE 116 II 320 E. 3a, BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 2.1; *Dieter Zobl*, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, 289–315, 292.

³⁷ Vgl. dazu Art. 626 Ziff. 2 OR für die AG und Art. 776 Ziff. 2 OR für die GmbH.

³⁸ *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 8 N 53; *Rolf Watter*, Kommentar zu Art. 663b^{bis}–c, 716–722, 726–729c, 731b, 752, 753, 809–815, 817–819, 897–902, 905–908, 1156 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, Art. 718a OR N 2.

³⁹ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 38), § 8 N 46.

⁴⁰ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR für die AG und Art. 808c für die GmbH. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 38), § 8 N 46.

⁴¹ BGE 100 II 384 E. 4.

⁴² So etwa *Dieter Aebi*, Interzession, Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001 (= SSHW 206), 65 f.; *Neuhaus/Watter* (Fn. 32), 190 Fn. 82; *Heinz Schärer*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe, Diss. Freiburg 1981, 126.

⁴³ S. hinten III.1.4.

⁴⁴ Vgl. BGE 111 II 284 E. 3; BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 2.2.1; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 38), § 21 N 5; *Zobl* (Fn. 36), 292 f.

⁴⁵ *Gl.M. Grünfelder* (Fn. 5), 32.

1.3 Anpassen des statutarischen Zwecks

Aufgrund der vorherigen Ausführungen ist es nicht notwendig, den statutarischen Zweck dahingehend anzupassen, dass dieser finanzielle Leistungen zugunsten anderer Konzerngesellschaften – ob entgeltlich oder unentgeltlich – ausdrücklich zulässt. Es genügt, dass die Statuten solche Leistungen nicht geradezu ausschliessen.⁴⁶ Dennoch ist es in der Praxis nicht unüblich, den statutarischen Zweck der Gesellschaft, die eine finanzielle Leistung erbringt, anzupassen. Damit sollen vor allem – obwohl nicht notwendig – die mit einem konkreten Test einhergehenden Unwägbarkeiten vermieden werden. Eine entsprechende Statutenbestimmung könnte z.B. wie folgt lauten:

«Die Gesellschaft kann an Konzernfinanzierungen teilnehmen, insbesondere indem sie ihren direkten oder indirekten Gesellschaftern oder anderen Konzerngesellschaften Kredite gewährt oder für deren Verbindlichkeiten gegenüber Dritten Sicherheiten aller Art gewährt, auch wenn diese Kredite oder Sicherheiten im ausschliesslichen Interesse ihrer direkten oder indirekten Gesellschafter oder anderen Konzerngesellschaften liegen und unentgeltlich gewährt werden.»

Mit dem Teilsatz «...auch wenn diese Kredite oder Sicherheiten [...] unentgeltlich gewährt werden» wird die Erbringung der finanziellen Leistung mit dem Endzweck in Übereinstimmung gebracht. Weil damit eine sog. partielle Aufgabe der Gewinnstrebigkeit verbunden ist, bedarf die Statutenänderung der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.⁴⁷

1.4 Folgen fehlender Zweckkonformität

Liegt eine Handlung ausserhalb des Gesellschaftszwecks, dann mangelt es den Organen an Vertretungsmacht. Eine entsprechende Rechtshandlung ist für die vertretene Gesellschaft einseitig unverbindlich, wobei sich die Gegenpartei nicht auf Gutgläubensschutz berufen kann.⁴⁸ Für die Gegenpartei

ist der Vertrag hingegen grundsätzlich bindend.⁴⁹ Immerhin hat sie aber die Möglichkeit, von der Gesellschaft innerhalb einer angemessenen Frist eine Erklärung zu verlangen, ob diese das Geschäft genehmigt; mit der Genehmigung wird das Geschäft für die vertretene Gesellschaft verbindlich.⁵⁰

Die Gesellschaft kann das Geschäft genehmigen, indem sie den Gesellschaftszweck entsprechend anpasst. Dies erfordert eine Änderung der Statuten,⁵¹ wozu ein qualifiziertes Quorum notwendig ist.⁵² Einer formellen Anpassung des Gesellschaftszwecks gleichgestellt ist ein Beschluss der General- bzw. Gesellschafterversammlung, der mit dem gleichen qualifizierten Quorum gefasst wird.⁵³ Die Erfüllung eines nicht zweckkonformen Vertrags führt hingegen bei einer Überschreitung des Gesellschaftszwecks nicht zu einer Genehmigung des Geschäfts.⁵⁴

Falls die vertretene Gesellschaft den Vertrag nicht binnen der von der Gegenpartei angesetzten Frist genehmigt, ist auch die Letztere nicht mehr an den Vertrag gebunden.⁵⁵ In diesem Fall ist das Geschäft endgültig unwirksam,⁵⁶ wobei bereits empfangene Leistungen zurückzugeben sind. Im Einzelnen bedeutet dies Folgendes: Ist das Darlehen noch nicht ausbezahlt, dann ist der Darleiher nicht verpflichtet, die Darlehenssumme an den Borger auszurichten. Wurde die Darlehenssumme bereits ausbezahlt, dann ist der Borger verpflichtet, diese aufgrund der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuzahlen.⁵⁷ Liegt ein Sicherheitenvertrag ausserhalb des Gesellschaftszwecks des Sicherheitengebers, dann darf die besicherte Bank die Sicherheit nicht verwerten. Dies bedeutet, dass z.B. eine Garantie nicht durchgesetzt werden kann oder bezüglich

⁴⁶ Vgl. vorne III.1.1.

⁴⁷ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 808c OR. Gl.M. Aebi (Fn. 42), 73 f.; Grönenfelder (Fn. 5), 37; Neuhaus/Watter (Fn. 32), 192. A.M. Rusch (Fn. 5), 25 f.; Roland von Büren, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, 2. A., Basel 2005, 86.

⁴⁸ Zobl (Fn. 36), 296 f.

⁴⁹ Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, N 43.04.

⁵⁰ Art. 38 Abs. 1 OR; Zobl (Fn. 36), 296 f.; wohl auch Oliver Banz, Sicherheiten zugunsten von Aktionären (sog. Upstream Securities), in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 193–205, 197.

⁵¹ Art. 626 Ziff. 2 und Art. 776 Ziff. 2 OR.

⁵² Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 808b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁵³ Watter (Fn. 38), OR 718a N 2.

⁵⁴ Anders bei der Stellvertretung ohne Ermächtigung gemäss Art. 38 OR; vgl. BGE 43 II 293 E. 3; Schwenzer (Fn. 49), N 43.03.

⁵⁵ Art. 38 Abs. 2 OR.

⁵⁶ Schwenzer (Fn. 49), N 43.05.

⁵⁷ Art. 39 Abs. 3 OR.

eines an die Bank übertragenen Pfandgegenstands ein Vindikationsanspruch⁵⁸ besteht.⁵⁹ Wurde die Sicherheit bereits verwertet, dann hat der Sicherheitengeber einen Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.⁶⁰

2. Interessenkonflikte

2.1 Beschränkung der Vertretungsbefugnis

Die Vertretungsfähigkeit der Organe kann nicht nur bei fehlender Vertretungsmacht, sondern auch bei mangelnder Vertretungsbefugnis beschränkt sein. Die Vertretungsbefugnis kann sowohl beim Vorliegen eines Interessenkonflikts⁶¹ als auch durch entsprechende Verwaltungsratsbeschlüsse, Statutenbestimmungen oder Reglemente⁶² beschränkt werden.

Anders als eine fehlende Vertretungsmacht kann eine fehlende Vertretungsbefugnis dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.⁶³ Gegenüber diesem ist die vertretene Gesellschaft an den Vertrag gebunden, auch wenn die Organe keine Befugnis hatten, die Gesellschaft zu vertreten. Bei Bösgläubigkeit des Dritten treten hingegen bezüglich der die Vertretungsbefugnis missachtenden Handlungen die gleichen Rechtsfolgen ein wie bei einer Überschreitung der Vertretungsmacht.⁶⁴

Ob sich ein Dritter auf seinen guten Glauben berufen kann, ist im konkreten Fall zu prüfen.⁶⁵ Dabei ist zu unterscheiden: Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis aufgrund einer im Handelsregister eingetragenen Bestimmung über die ausschliessliche Vertretung der Haupt- oder einer Zweigniederlassung oder über die gemeinsame Vertretung der Gesellschaft ist gegenüber Dritten immer wirksam.⁶⁶ Eine Beschränkung aufgrund einer Tatsache, deren

Eintragung im Handelsregister zwar vorgeschrieben ist, die aber nicht eingetragen ist, kann einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Gesellschaft beweist, dass sie dem Dritten bekannt war.⁶⁷ Bei anderen Beschränkungen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, richtet sich der gute Glaube nach Art. 3 ZGB,⁶⁸ d.h., er wird vermutet.⁶⁹ Dabei ist nur jener nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen, der bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte.⁷⁰ Von einer Bank muss dann eine erhöhte Aufmerksamkeit verlangt werden, wenn das fragliche Geschäft über die übliche Geschäftsführung mit dem betroffenen Kunden hinausgeht.⁷¹

2.2 Vertretungsbefugnis bei Interessenkonflikten

Einem Organ kann die Vertretungsbefugnis fehlen, wenn es ein Geschäft, mit dem ein Interessenkonflikt verbunden ist, abschliesst.⁷² Ein typischer Fall eines solchen Geschäfts ist das Insichgeschäft. Dieses liegt vor, wenn ein Organ mit sich selber («Selbstkontrahieren») oder zwischen zwei Gesellschaften, die es beide vertritt («Doppelvertretung»), einen Vertrag abschliesst.⁷³

Namentlich wenn eine Gesellschaft einer anderen Konzerngesellschaft ein Darlehen gewährt, werden die beiden Gesellschaften häufig von den gleichen Organen vertreten. In diesem Fall liegt ein Insichgeschäft vor. Doch selbst wenn die beiden Gesellschaften nicht von den gleichen Organen vertreten werden, erbringt eine Gesellschaft insbesondere eine *upstream-* oder *cross-stream-*Leistung meistens nur deshalb, weil sie von einer anderen Gruppengesellschaft (meistens der Konzernmutter) eine entsprechende Weisung erhalten hat. In diesem Fall befinden sich die Organe der leistenden Gesellschaft regelmässig in einem Interessenkonflikt: Sie müssen einerseits die Weisungen der Konzernobergesellschaft

⁵⁸ Art. 641 ZGB.

⁵⁹ Vgl. *Schwenzer* (Fn. 49), N 43.06; *Dieter Zobl*, Sicherungsgeschäfte der AG im Interesse des Aktionärs, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 183–196, 191.

⁶⁰ Art. 39 Abs. 3 OR.

⁶¹ Vgl. hinten III.2.2.

⁶² Üblich sind z.B. Bestimmungen, dass nur eine Kollektivvertretungsbefugnis besteht. Vgl. auch hinten III.3.1.

⁶³ Vgl. Art. 718a Abs. 2 OR; *Zobl* (Fn. 36), 297.

⁶⁴ *Watter* (Fn. 38), OR 718a N 8; *Zobl* (Fn. 36), 297. Vgl. vorne III.1.4.

⁶⁵ BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.2.

⁶⁶ Art. 718a Abs. 2 und Art. 933 Abs. 1 OR.

⁶⁷ Art. 933 Abs. 2 OR.

⁶⁸ *Zobl* (Fn. 36), 298 m.w.Hw.

⁶⁹ Art. 3 Abs. 1 ZGB. Vgl. zu den im Handelsregister eingetragenen Beschränkungen hinten III.3.1.

⁷⁰ Art. 3 Abs. 2 ZGB.

⁷¹ BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.3; *ius.focus* 5/2010, 10.

⁷² *Zobl* (Fn. 36), 305 ff.

⁷³ *Böckli* (Fn. 32), § 13 N 602 f.; *Jean Nicolas Druey/Lukas Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, § 13 N 30; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 38), § 30 N 121–128.

beachten (sei dies aus rein faktischen Zwängen oder weil sie z.B. bei dieser angestellt sind) und andererseits als Organe der leistenden Gesellschaft gleichzeitig in deren Interesse handeln. Damit ist die Interessenlage dieselbe wie bei einem Insichgeschäft. In beiden Fällen steht dem Organ der leistenden Gesellschaft möglicherweise nicht die leistende Gesellschaft, sondern eine andere Konzerngesellschaft am nächsten.

Das Bundesgericht behandelt den Fall des Interessenkonflikts grundsätzlich gleich wie das Insichgeschäft.⁷⁴ Letzteres ist gemäss konstanter Rechtsprechung wegen der Gefahr von Interessenkollisionen grundsätzlich unzulässig.⁷⁵ Rechtswirksam sind diese Geschäfte nur, wenn die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder die Gesellschaft den Vertreter zum Geschäftsabschluss ermächtigt hat.⁷⁶ Die Ermächtigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.⁷⁷ Eine stillschweigende Ermächtigung ist insbesondere bei einer konzernmässigen Verflechtung der beteiligten Gesellschaften zu vermuten.⁷⁸ Ferner ist auch eine nachträgliche Genehmigung möglich. Diese kann entweder durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder⁷⁹ oder durch die Gesellschafter vorgenommen werden. Eine Genehmigung durch die Gesellschafter kann mittels eines anfechtbaren Beschlusses oder durch Zustimmung aller Gesellschafter erteilt werden.⁸⁰ Zudem ist sie immer dann zu

vermuten, wenn die Handlungen des Vertreters dem Alleingesellschafter zugerechnet werden können; die Frage, ob eine Handlung im Gesellschaftsinteresse liegt, muss nämlich gemäss Bundesgericht allein aus Sicht des Gesellschafters, nicht jedoch aus Sicht der Gläubiger beantwortet werden.⁸¹ Die Interessen der Gläubiger sind unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsinteresses nicht relevant, weil ihnen mit der paulianischen Anfechtungsklage und der Verantwortlichkeitsklage andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.⁸²

2.3 Folgen für Konzern-Kreditfinanzierungen

Bei einer typischen Gruppenfinanzierung, d.h. wenn sämtliche in eine Finanzierung einbezogenen Gesellschaften zu 100% miteinander verbunden sind und es keine Minderheitsgesellschafter gibt, sind aufgrund der dargestellten Bundesgerichtspraxis die Voraussetzungen für eine stillschweigende Ermächtigung zu bzw. Genehmigung von Handlungen unter Interessenkollisionen regelmässig gegeben. Vereinbarungen, die von Organen in einem Interessenkonflikt abgeschlossen wurden, sind deshalb ohne Weiteres gültig.⁸³

Bestehen bei der leistenden Gesellschaft Minderheitsgesellschafter, dann ist zu differenzieren, ob es sich um eine *downstream*-Leistung oder um eine *upstream*- bzw. *cross-stream*-Leistung handelt:

- *Downstream*-Leistungen sind regelmässig gültig, selbst wenn sie nicht Drittbedingungen entsprechen. Solche Leistungen führen nämlich strukturbedingt nur dann zu einer Benachteiligung der leistenden Gesellschaft, wenn die *begünstigte* Gesellschaft kaum mehr überlebensfähig ist oder nicht zu 100% gehalten wird.⁸⁴ Doch selbst in diesen Fällen ist eine entsprechende Leistung uneingeschränkt zulässig: Es steht ausser Zweifel, dass eine Gesellschaft sich jederzeit mittels Eigenkapital an einer Tochtergesellschaft beteiligen kann, ohne diese Beteiligung von ihren

⁷⁴ BGE 126 III 361 E. 3a.

⁷⁵ BGE 126 III 361 E. 3a; 127 III 332 E. 2a. Diese Rechtsprechung muss auch nach Einführung von Art. 718b OR (wonach Verträge schriftlich abgeschlossen werden müssen, wenn die Gesellschaft durch diejenige Person vertreten wird, mit der sie den Vertrag abschliesst) weiterhin Gültigkeit haben: Lukas Glanzmann, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 2007, 69–85, 78 f. Gl.M. Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, Kommentar zu Art. 716–717, 718b, 809–813, 897 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, OR 718b N 9; Martin Waldburger, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 1), Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung, GesKR 2007, 411–419, 419.

⁷⁶ BGE 126 III 361 E. 3a; 127 III 332 E. 2a.

⁷⁷ BGE 93 II 461 E. 6a.

⁷⁸ ZR 77 (1978) Nr. 44, 126, 128. Eine stillschweigende Ermächtigung wird auch vermutet, wenn keine Benachteiligungsgefahr besteht (BGE 93 II 461 E. 6a).

⁷⁹ VR-Mitglieder können nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung Insichgeschäfte eines anderen Verwaltungsratsmitgliedes genehmigen: BGE 127 III 332 E. 2b.

⁸⁰ BGE 126 III 361 E. 5a.

⁸¹ BGE 126 III 361 E. 5a.

⁸² BGE 126 III 361 E. 5a; Lukas Glanzmann, Kommentar zu Art. 718–722 OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2009, OR 718b N 2.

⁸³ Gl.M. Grünenfelder (Fn. 5), 49 f.

⁸⁴ Vgl. vorne II.2.2.1.

Gesellschaftern genehmigen zu lassen.⁸⁵ Damit muss es auch zulässig sein, dass eine Gesellschaft eine nicht Drittbedingungen entsprechende finanzielle Leistung zugunsten einer Tochtergesellschaft erbringt, denn diese kann für die leistende Gesellschaft nicht nachteiliger sein als eine Kapitalbeteiligung. Somit ist es weder nötig noch üblich, dass z.B. eine Publikumsgesellschaft einen Generalversammlungsbeschluss einholt, um eine Garantie zugunsten einer Tochtergesellschaft zu genehmigen. Entsprechende Geschäfte sind uneingeschränkt gültig und allein unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit der Organe und allenfalls der paulianischen Anfechtung zu beurteilen.⁸⁶

- Anders ist die Situation bei *upstream*- und *cross-stream*-Leistungen. Werden solche Leistungen in einem Interessenkonflikt erbracht, so ist die Vertretungsbefugnis nur dann gegeben, wenn diese Drittbedingungen entsprechen. *Upstream*- und *cross-stream*-Leistungen, die nicht Drittbedingungen entsprechen,⁸⁷ können hingegen für die leistende Gesellschaft nachteilig sein, weshalb die Organe keine diesbezügliche Vertretungsbefugnis haben.⁸⁸ In diesem Fall ist jedoch eine Heilung des Interessenkonfliktes möglich. Nach Ansicht des Bundesgerichts kann die Generalversammlung eine Ermächtigung bzw. Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses erteilen oder es kann die Zustimmung aller Aktionäre eingeholt werden.⁸⁹ Wird keine solche Ermächtigung oder Genehmigung beigebracht, dann sind *upstream*- und *cross-stream*-Leistungen für die leistende Gesellschaft immer dann unverbindlich, wenn der Dritte den Interessenkonflikt kannte oder hätte kennen sollen.⁹⁰ Falls die Dritte eine Bank ist, muss wohl in den meisten Fällen davon aus-

gegangen werden, dass diese einen bestehenden Interessenkonflikt bei einer Gruppenfinanzierung erkannte oder zumindest bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen.⁹¹

3. Andere Beschränkungen der Vertretungsbefugnis

3.1 Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung

Ein spezieller Fall der Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Organe ist der Genehmigungsvorbehalt nach Art. 811 Abs. 1 Ziff. 2 OR. Danach können die Statuten einer GmbH vorsehen, dass bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. Eine entsprechende Statutenbestimmung wäre bei einer Aktiengesellschaft heute noch ungültig.⁹² Allerdings wird die Einführung einer solchen Regelung im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision diskutiert.⁹³

Nach richtiger Auffassung beschränkt ein Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung nur die Vertretungsbefugnis, nicht aber die Vertretungsmacht der Organe.⁹⁴ Damit kann sich eine Vertragsgegenpartei auf ihren guten Glauben berufen, wenn die fragliche Regelung nicht im Handelsregister publiziert ist⁹⁵ und sie von der entsprechenden Statutenbestimmung auch sonst weder Kenntnis hatte noch haben musste.⁹⁶ Ob eine kreditgebende

⁸⁵ Vgl. allerdings die Einschränkung aufgrund eines Genehmigungsvorbehalts der Gesellschafterversammlung; hinten III.3.1.

⁸⁶ Vgl. dazu z.B. BGE 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 2.2.

⁸⁷ Dies gilt auch schon dann, wenn die Leistung noch nicht einem fiktiven Darlehen entspricht; vgl. dazu vorne II.2.1.2 und II.2.1.3.

⁸⁸ A.M. *Grünenfelder* (Fn. 5), 52 f., der bei einer konzernmässigen Einbindung der Gesellschaft eine stillschweigende Genehmigung annimmt, selbst wenn Minderheitsaktionäre vorhanden sind.

⁸⁹ BGE 126 III 361 E. 5a; *Neuhaus/Watter* (Fn. 32), 192 f.

⁹⁰ BGE 126 III 361 E. 3a; BGE 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.1.

⁹¹ *Grünenfelder* (Fn. 5), 46. Zum guten Glauben s. *Watter* (Fn. 38), OR 718a N 11–14.

⁹² *Böckli* (Fn. 32), § 13 N 293.

⁹³ Art. 716b E-OR. Der Ständerat hat diese Bestimmung in seiner Beratung wieder gestrichen (AB 2009 S 701). Vgl. die Kritik dazu bei *Lukas Glanzmann*, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV*, Bern 2009, 211–258, 248–251.

⁹⁴ *Watter/Roth Pellanda* (Fn. 75), OR 811 N 10; *Peter Böckli*, Das neue schweizerische GmbH-Recht, Was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.), *Das neue schweizerische GmbH-Recht*, Zürich 2006, 3–42, 33 f.

⁹⁵ Der Genehmigungsvorbehalt kann als «zusätzliche Tatsache» gemäss Art. 30 HRegV im Handelsregister publiziert werden. Restriktiver zur Eintragungsfähigkeit zusätzlicher Tatsachen gemäss Art. 30 HRegV: *Florian Zihler*, Eintragung zusätzlicher Tatsachen ins Handelsregister gemäss Art. 30 HRegV, *GesKR* 2010, 139–150, *passim*.

⁹⁶ Weil der Genehmigungsvorbehalt nicht im Handelsregister eingetragen werden muss, richtet sich die Gutgläubigkeit nicht nach Art. 933 Abs. 2 OR; vgl. vorne bei Fn. 68.

Bank gutgläubig ist, muss im konkreten Fall beurteilt werden.⁹⁷ Oft wird sie sich wohl nicht auf den Gutglaubensschutz berufen können, weil sie im Besitz der Statuten war und deshalb deren Inhalt auch kennen musste. Mitunter wird sogar die Auffassung vertreten, dass eine Bank die Pflicht hat, sich über den Inhalt dieser Dokumente zu informieren.⁹⁸ Weil sich eine solche Pflicht aber weder aus dem Gesetz noch aus der VSB⁹⁹ ergibt, ist diese Auffassung abzulehnen.¹⁰⁰

3.2 Klumpenrisiken

Schliesslich wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Vertretungsbefugnis auch beschränkt sei, wenn die Leistung zu einem Klumpenrisiko führt. Ein Klumpenrisiko liegt vor, wenn bei der Anlage des Gesellschaftsvermögens eine mangelhafte Risikoverteilung vorgenommen wird.¹⁰¹ Das Eingehen eines Klumpenrisikos kann gegen die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats bei der Vermögensanlage verstossen.¹⁰² Weil die betreffende Lehre davon ausgeht, dass jede pflichtwidrige Handlung eines Organs ausserhalb der Vertretungsbefugnis liegt,¹⁰³ wäre die finanzielle Leistung nur dann gültig erbracht, wenn der Dritte gutgläubig war. Meines Erachtens ist diese Auffassung abzulehnen, weil sie zu einer ungerechtfertigten Einschränkung der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr führt; die adäquate Rechtsfolge für eine unsorgfältige Handlung ist die Verantwortlichkeit des entsprechenden Organs.¹⁰⁴ Aus diesem Grund müssen finanzielle Leistungen uneingeschränkt gültig sein, auch wenn sie zu einem Klumpenrisiko führen.¹⁰⁵

⁹⁷ Vgl. vorne III.2.1.

⁹⁸ *Andrea Galliker/Hans Caspar von der Crone*, Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW 2008, 602–613, 609.

⁹⁹ Vereinbarung über die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08), verfügbar unter <www.swissbanking.org>.

¹⁰⁰ Gl.M. *Neuhaus/Watter* (Fn. 32), 198; *Watter* (Fn. 38), OR 718a N 11; *Zobl* (Fn. 36), 299; vgl. auch vorne bei Fn. 71.

¹⁰¹ BGE 113 II 52 E. 3b.

¹⁰² *Glanzmann* (Fn. 11), 171.

¹⁰³ *Watter/Roth Pellanda* (Fn. 75), OR 718a N 5; *Zobl* (Fn. 36), 295 f.

¹⁰⁴ Gl.M. *Oliver Blum*, Cash Pooling, Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 705–715, 714.

¹⁰⁵ Gl.M. *Blum* (Fn. 104), 714; *Peter Böckli*, Aktienrechtliche Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: *Peter Böckli et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Basel 1983, 527–545, 544.

IV. Kapitalschutzvorschriften

1. Leistungen zulasten des geschützten Eigenkapitals

1.1 Welche Eigenkapitalpositionen sind betroffen?

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine *upstream*-Leistung typischerweise in der Form einer formellen Ausschüttung erfolgt, sei es als Dividende oder als Kapitalherabsetzung.¹⁰⁶ Solche Ausschüttungen sind nur zulässig, wenn die Kapitalschutzvorschriften beachtet werden, d.h. die leistende Gesellschaft entweder über genügend freies Eigenkapital verfügt oder ein Kapitalherabsetzungsverfahren durchgeführt wird.¹⁰⁷ Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen *upstream*-Leistungen zulässig sind, die nicht als formelle Ausschüttungen vorgenommen werden. Um diese Frage zu beantworten, ist vorab zu klären, ob eine Leistung der Gesellschaft überhaupt zulasten des geschützten Kapitals erbracht wird. Der Test, ob eine finanzielle Leistung zulasten des Aktienkapitals oder der Reserven erbracht wird, kann mittels folgender Darstellung gemacht werden:

	A	Bilanz	P	
(Verlustvortrag)				
	1			freie
	2			geschützte
				allgemeine Reserve
Finanz. Leistung	3			Aufwertungsreserve
	4			Reserve für eigene Aktien
	5			Aktienkapital
übrige Aktiven				Fremdkapital

Vorab ist ein etwaiger Verlustvortrag mit den Reserven zu verrechnen, weil im entsprechenden Betrag zu viel Eigenkapital ausgewiesen wird. Danach kann getestet werden, wie eine finanzielle Leistung in die einzelnen Eigenkapitalpositionen eingreift.¹⁰⁸ Bezo-

¹⁰⁶ Vgl. vorne I.

¹⁰⁷ Art. 675 Abs. 2 und Art. 732–735 OR sowie statt vieler *Druey/Glanzmann* (Fn. 73), § 8 N 33–38 und 52.

¹⁰⁸ Vgl. auch *Grünenfelder* (Fn. 5), 55 ff.

gen auf die obige Darstellung bedeutet dies Folgendes:

- Wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) gewährt, dann geht sie zulasten der freien Reserven;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) und (2) gewährt, dann geht sie zulasten der ganzen allgemeinen Reserve;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) bis (3) gewährt, dann geht sie zulasten der allgemeinen Reserve und der Aufwertungsreserve;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) bis (4) gewährt, dann geht sie zulasten der allgemeinen Reserve, der Aufwertungsreserve und der Reserve für eigene Aktien;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) bis (5) gewährt, dann geht sie zulasten der allgemeinen Reserve, der Aufwertungsreserve, der Reserve für eigene Aktien und des Aktienkapitals;
- wird die finanzielle Leistung in einem (1) bis (5) übersteigenden Umfang gewährt, dann geht sie nicht nur zulasten des Eigenkapitals, sondern auch des Fremdkapitals.

1.2 Relevante Bilanzverhältnisse in zeitlicher Hinsicht

Die nachstehenden Ausführungen werden zeigen, dass die rechtliche Beurteilung einer *upstream*- oder *cross-stream*-Leistung davon abhängt, in welche Eigenkapitalposition die fragliche Leistung eingreift. Deshalb ist es notwendig, zuerst die Frage zu beantworten, welches in zeitlicher Hinsicht die relevante Bilanz ist.

Bei der Darlehensgewährung geht die herrschende Lehre davon aus, dass die Verhältnisse im Zeitpunkt der Ausrichtung des Darlehens massgebend sein müssen.¹⁰⁹ Keine einheitliche Meinung besteht hingegen bei der Gewährung von Sicherheiten. Während ein Teil der Lehre die Auffassung vertritt, dass die Bilanzverhältnisse im Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit massgebend sein müssen,¹¹⁰ ist nach einer anderen Meinung der Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheit massgebend.¹¹¹ Nach der hier

vertretenen Auffassung ist diese letztere Meinung überzeugend. Dies primär aus dem Grund, dass eine einmal gültig gewährte Sicherheit nicht nachträglich mangelhaft werden kann. Wie noch zu zeigen sein wird, wird bei einer *upstream*- oder *cross-stream*-Sicherheit, die in Verletzung der Kapitalschutzvorschriften gewährt wird, die Vertretungsbefugnis der Organe überschritten.¹¹² Wenn im Zeitpunkt der Sicherheitengewährung die Vertretungsbefugnis gegeben ist, dann wird die Sicherheit grundsätzlich rechtsgültig bestellt und ist nicht mehr nachträglich in Frage zu stellen. Kommt es im Zeitraum zwischen der Gewährung und der Verwertung der Sicherheit zu einer Verbesserung der Bilanzverhältnisse, so ist für die Beurteilung einer Verletzung der Kapitalschutzvorschriften auf den Zeitpunkt der Sicherheitenverwertung abzustellen, und es kann eine mangelnde Vertretungsbefugnis geheilt werden.

2. Leistungen zulasten des Grundkapitals

2.1 Verbot der Einlagerückgewähr

Das Aktien- und das Partizipationskapital sind aufgrund des Verbots der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) absolut geschützt und dürfen nicht an die Aktionäre zurückerstattet werden, ausser im Verfahren der Kapitalherabsetzung.¹¹³ Dieselbe Vorschrift kommt auch bei der GmbH bezüglich des Stammkapitals zur Anwendung (Art. 793 Abs. 2 OR). Die entscheidende Frage ist, wann eine finanzielle Leistung zugunsten einer nahestehenden Person das Verbot der Einlagerückgewähr verletzt.

2.2 Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen das Verbot der Einlagerückgewähr?

Upstream- oder *cross-stream*-Darlehen, die zulasten des Grundkapitals ausgerichtet werden, verletzen das Verbot der Einlagerückgewähr immer dann, wenn sie fiktiv sind.¹¹⁴ Ist das Darlehen hingegen nicht fik-

¹⁰⁹ Blum (Fn. 104), 713; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 40 N 348.

¹¹⁰ Rusch (Fn. 5), 143 f.; wohl auch von Büren/Lüthi (Fn. 8), 87.

¹¹¹ Grünenfelder (Fn. 5), 139–147.

¹¹² Vgl. hinten IV.2.3.2. Nach der hier vertretenen Meinung ist diese Frage aber ohnehin nur relevant, wenn ein fiktives Darlehen oder eine Sicherheit, die einem fiktiven Darlehen entspricht, vorliegt; andere finanzielle Leistungen sind grundsätzlich rechtsgültig.

¹¹³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 50 N 107–111; Glanzmann (Fn. 11), 71.

¹¹⁴ Rudolf Tschäni, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 195.

tiv, dann ist die Ausrichtung des Darlehens nach herrschender Lehre zulässig, selbst wenn es nicht durch freies Eigenkapital der Gesellschaft gedeckt ist.¹¹⁵ Das muss auch gelten, wenn das Darlehen zwar nicht Drittbedingungen entspricht, aber auch nicht fiktiv ist, weil die Abweichung nicht offensichtlich ist.¹¹⁶ Zu beachten ist, dass ein Teil der Lehre die Auffassung vertritt, dass selbst die Gewährung eines Darlehens, das Drittbedingungen entspricht, unzulässig sei, wenn es zulasten des Aktienkapitals gewährt wird, weil in diesem Fall eine Entliberierung vorliege.¹¹⁷

Wenn bei einem Darlehen nur der Zins nicht Drittbedingungen entspricht, so erfolgt die verpönte finanzielle Leistung nur im Umfang der Zinsdifferenz. Während bei einem *downstream*-Darlehen ein offensichtlich überhöhter Zins ohne Weiteres das Verbot der Einlagerückgewähr verletzt, ist fraglich, ob dies bei einem *upstream*- oder *cross-stream*-Darlehen mit einem offensichtlich zu tiefen Zins ebenfalls der Fall ist. Diese Frage ist zu verneinen, weil die Gesellschaft nicht eine eigentliche Leistung erbringt, sondern vielmehr auf eine solche verzichtet; dies im Gegensatz zur Borger-Gesellschaft, die einen überhöhten Zins bezahlt.

Wird die finanzielle Leistung nicht als Darlehen, sondern als Sicherheit ausgerichtet, dann gelten grundsätzlich die gleichen Überlegungen wie bei einem Darlehen. Wie bereits erwähnt, ist für die Beurteilung, ob das Verbot der Einlagerückgewähr verletzt wird, das Deckungsverhältnis massgebend.¹¹⁸

2.3 Rechtsfolgen der Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr

2.3.1 Bei Darlehen

Die Rechtsfolge einer Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr ist nach herrschender Lehre die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Geschäfts.¹¹⁹ Bei

einem fiktiven Darlehen hat der Borger die Darlehenssumme zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch der Darleihergesellschaft ist nach Lehre und Praxis nicht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, sondern es lebt ihr Liberierungsanspruch wieder auf.¹²⁰ Somit ist nicht erforderlich, dass der Borger je bereichert war.¹²¹ Zudem kommt weder die kurze einjährige Verjährungsfrist nach Art. 67 Abs. 1 OR zur Anwendung¹²² noch kann der Borger seine Liberierungsschuld im Konkurs der Darleihergesellschaft verrechnen (Art. 213 Abs. 4 SchKG).

Eine verbotene Einlagerückgewähr kann nicht nur strukturell geheilt werden,¹²³ sondern auch dadurch, dass die Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung beschliesst.¹²⁴ Der Aktionär wird dabei im Umfang des herabgesetzten Betrags von seiner Liberierungspflicht befreit. Schliesslich kann eine verbotene Einlagerückgewähr auch durch eine nachträgliche Herabsetzung der Liberierungsquote beseitigt werden.¹²⁵ Diese führt allerdings nicht zu einer Befreiung von der Liberierungspflicht.

Wenn das Verbot der Einlagerückgewähr nur durch den Darlehenszins verletzt wird, dann führt dies nicht zur Nichtigkeit des gesamten Darlehens. Beim Darlehenszins handelt es sich nämlich nicht um eine der *essentialia*,¹²⁶ weshalb dies auf die Gültigkeit des Darlehens selber auch keine Auswirkung haben darf.¹²⁷ Nichtsdestotrotz besteht im Umfang der Zinsdifferenz ein Liberierungsanspruch.

Eine kreditgebende Bank kann in ein *upstream*-Darlehen involviert sein, wenn sie der Darleiherge-

(Fn. 115), OR 680 N 25; Böckli (Fn. 32), § 1 N 178.

¹²⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 50 N 108; Kurer (Fn. 115), OR 680 N 25. Unklar ist, ob auch eine Liberierungspflicht entsteht, wenn nicht die Muttergesellschaft, sondern z.B. eine Schwester- oder Grossmutter-Gesellschaft Borgerin ist (bejahend Glanzmann [Fn. 11], 106. Vgl. auch BGE 109 II 128 E. 2).

¹²¹ Vgl. dazu vorne II.2.2.

¹²² Glanzmann (Fn. 11), 77.

¹²³ Vgl. dazu vorne II.3.

¹²⁴ Vgl. Böckli (Fn. 32), § 1 N 322; Glanzmann (Fn. 11), 49; Christoph K. Widmer, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 184), 201.

¹²⁵ Während BGE 65 I 147, 149 dieses Verfahren noch als ungültig erachtete, wird es gemäss Botschaft zur grossen Aktienrechtsrevision heute in der Praxis zugelassen und soll im neuen Art. 634d E-OR ausdrücklich geregelt werden (BBl 2007 1589–1750, 1642 f.).

¹²⁶ Vgl. Art. 313 OR; BGE 80 II 327 E. 4a; BGer 5A_758/2008 vom 24. Februar 2010, E. 5.

¹²⁷ Gl.M. Grünenfelder (Fn. 5), 99.

¹¹⁵ Peter Kurer, Kommentar zu Art. 675–682, 800, 904 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, OR 680 N 22; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 40 N 348.

¹¹⁶ Vgl. dazu vorne II.2.1.2. Eine solche Leistung kann aber immer noch zur Verantwortlichkeit der Leitungsorgane wegen unsorgfältiger Geschäftsführung führen.

¹¹⁷ Peter Böckli, Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang, ST 2/1980, 4–9, 6.

¹¹⁸ Vgl. vorne II.2.1.3.

¹¹⁹ Von Büren/Lüthi (Fn. 8), 91; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 50 N 108; Glanzmann (Fn. 11), 77; Kurer

sellschaft im Hinblick auf das eine Einlagerückgewähr begründende Darlehen einen Kredit gewährt.¹²⁸ Diesbezüglich besteht das Risiko, dass der Bankkredit als ein Geschäft mit rechtswidrigem oder unsittlichem Inhalt betrachtet und die Rückforderbarkeit der Darlehenssumme aufgrund von Art. 66 OR verweigert wird.¹²⁹ Diese Auffassung ist abzulehnen und wird auch vom Bundesgericht nicht mehr vertreten.¹³⁰ Dieses hat nämlich in einem jüngeren Entscheid seine Praxis zu Art. 66 OR dahingehend berichtigt, dass nur noch der eigentliche Gaunerlohn unter das Rückforderungsverbot von Art. 66 OR fällt.¹³¹ Demnach hat ein verpöntes *upstream*- oder *cross-stream*-Darlehen keine negativen Auswirkungen auf einen der Darlehensgesellschaft gewährten Bankkredit.

2.3.2 Bei Sicherheiten

Bei der Gewährung von Sicherheiten in Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr stellt sich ebenfalls die Frage, ob eine entsprechende Sicherheit nichtig sein soll. In der Lehre wird mitunter die Auffassung vertreten, dass die Gewährung solcher Sicherheiten für die Gesellschaft unverbindlich sei.¹³² Anders als bei einem Darlehen ist aber nicht der Aktionär selbst Gegenpartei des fraglichen Geschäfts, sondern ein unabhängiger Dritter. Richtigerweise wird deshalb von der Nichtigkeit nur das Deckungsverhältnis beschlagen, nicht aber das Sicherungsverhältnis. Ein Rechtsmangel im Deckungsverhältnis darf aber nicht unbeschadet auf das Sicherungsverhältnis durchschlagen, weil sonst der Sicherungszweck geradezu vereitelt würde.¹³³

Immerhin ist aber davon auszugehen, dass ein nichtiges Deckungsverhältnis die Vertretungsbefugnis bezüglich des Sicherungsverhältnisses beschränkt.¹³⁴ Damit ist das Sicherungsverhältnis für den Sicherheitengeber rechtlich nur bindend, wenn der Besicherte gutgläubig war.¹³⁵ Selbst wenn eine

upstream-Sicherheit, die das Verbot der Einlagerückgewähr verletzt, gegenüber dem gutgläubigen Dritten wirksam sein sollte, wird eine Bank bei der Finanzierung einer Unternehmensgruppe aufgrund branchenüblicher *due-diligence*-Prüfungen in der Regel über zu viele Informationen verfügen, um noch gutgläubig zu sein.¹³⁶ Falls die besicherte Bank nicht gutgläubig ist, treten die Rechtsfolgen einer mangelnden Vertretungsbefugnis ein.¹³⁷ Der Rückforderungsanspruch gegenüber der Bank stützt sich somit auf ungerechtfertigte Bereicherung bzw. Vindikation und ist nicht ein Liberierungsanspruch. Hingegen ist der Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers gegenüber der Borgergesellschaft aus dem Deckungsverhältnis ein Liberierungsanspruch, weil diesbezüglich die Nichtigkeitsfolge der Einlagerückgewähr greift.¹³⁸ Auch in diesem Fall kann die verbotene Einlagerückgewähr entweder strukturell oder durch eine Kapitalherabsetzung geheilt werden.¹³⁹

Weil ein Mangel im Deckungsverhältnis bezüglich des Sicherungsverhältnisses nur die Vertretungsbefugnis beschränkt, muss eine einmal rechtsgültig bestellte Sicherheit Bestand haben, selbst wenn sie nachträglich zu einer *upstream*-Sicherheit wird. Es kann also der besicherten Bank nicht schaden, wenn z.B. ein Garant durch eine Umstrukturierung plötzlich zu einer Tochter der Borgergesellschaft wird oder ein Pfandgegenstand auf eine solche übertragen wird.

3. Leistungen zulasten der Reserven

3.1 Reserveschutzvorschriften

Nach den aktienrechtlichen Vorschriften über den Schutz der Reserven ist die allgemeine Reserve in der Höhe von 50% des nominellen Aktien- und Partizipationskapitals geschützt (Art. 671 Abs. 3 OR). Bei Holdinggesellschaften beträgt der Schutz der allgemeinen Reserve 20% des einbezahlten Kapitals (Art. 671 Abs. 4 OR). Die Reserve für eigene

¹²⁸ Vgl. dazu die Beschreibung vorne II.1.

¹²⁹ Vgl. dazu BGE 102 II 401 E. 4.

¹³⁰ Vgl. auch die Kritik dazu bei Glanzmann (Fn. 11), 91.

¹³¹ BGE 134 III 438 E. 3. Vgl. auch Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 31 N 40.

¹³² Banz (Fn. 50), 199.

¹³³ Gl.M. Grünenfelder (Fn. 5), 105 f., m.w.Hw.; A.M. Aebi (Fn. 42), 166 f.

¹³⁴ Grünenfelder (Fn. 5), 19; Banz (Fn. 50), 199; Zobl (Fn. 59), 190 f. Vgl. vorne III.2.1.

¹³⁵ Vgl. vorne III.2.1.

¹³⁶ Zobl (Fn. 59), 193; Grünenfelder (Fn. 5), 106. Beachte auch, dass z.B. Galliker/von der Crone (Fn. 98), 609 die Auffassung vertreten, Banken hätten eine besondere Pflicht, sich über die finanziellen Verhältnisse des Schuldners zu informieren (mit einem Verweis auf BGE 99 III 89 E. 4b/bb, der dies aber m.E. nicht sagt); vgl. vorne III.2.1. Vgl. vorne III.2.1.

¹³⁷ Zobl (Fn. 59), 193; vgl. auch BGE 109 II 128 E. 2.

¹³⁸ Vgl. vorne bei Fn. 123 f.

Aktien (Art. 671a OR) und die Aufwertungsreserve (Art. 671b OR) sind je in der Höhe ihres gesamten Betrages geschützt.¹⁴⁰ Dieselben Vorschriften gelten auch für die GmbH (Art. 801 OR). Reserven, welche die soeben beschriebenen Grenzen überschreiten, stehen grundsätzlich zur freien Verfügung der Gesellschaft und können zum Beispiel als Dividenden den Aktionären ausgeschüttet werden.¹⁴¹ Für die Beurteilung, ob eine Gesellschaft über freie Reserven verfügt, ist einzig der geprüfte OR-Einzelabschluss massgebend.¹⁴² Nicht in die Berechnung einzubeziehen sind m.E. die stillen Reserven, solange sie still sind.¹⁴³

Umstritten ist die Frage, wie weit ein etwaiges Agio geschützt ist. Soweit ein Agio nicht zur Deckung von Ausgabekosten, für Abschreibungen oder für Wohlfahrtszwecke verwendet wird, ist es von Gesetzes wegen der allgemeinen Reserve zuzuweisen (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass das Agio dem Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR unterliegt und demnach wie das Aktienkapital voll geschützt ist.¹⁴⁴ Mit der Mehrheit der Lehre ist unter geltendem Recht aber davon auszugehen, dass das Agio wie eine gewöhnliche allgemeine Reserve zu behandeln ist und keinen besonderen Schutz geniesst.¹⁴⁵

Der Schutz der Reserven ist nicht absolut. Dennoch können die Reserven nur für ganz bestimmte Zwecke und in einem speziellen Verfahren verwendet werden. So darf die allgemeine Reserve in ihrem geschützten Bereich z.B. für die Deckung von Verlusten verwendet werden (Art. 671 Abs. 3 OR). Die Reserve für eigene Aktien kann nur bei Veräusserung oder Vernichtung von Aktien aufgehoben werden (Art. 671a OR) und die Aufwertungsreserve kann nur durch Umwandlung in Aktienkapital sowie durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden (Art. 671b OR). Demgegenüber können die freien Reserven an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Allerdings bedarf es dazu eines Beschlusses der Generalversammlung, den diese auf Antrag des Verwaltungsrats und gestützt auf eine geprüfte Bilanz fassen muss (Art. 731 Abs. 1 OR). Eine Prüfung der Bilanz ist nicht notwendig, wenn die Gesellschaft keine Revisionsstelle hat.

3.2 Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen die Reserveschutzvorschriften?

Um die Frage zu beantworten, ob eine *upstream*- oder *cross-stream*-Leistung die Reserveschutzvorschriften verletzt, ist zuerst zu prüfen, ob eine entsprechende Leistung zulasten der Reserven ausgerichtet wird. Diese Prüfung ist anhand der vorne beschriebenen Methode vorzunehmen.¹⁴⁶ Soweit eine Leistung zulasten der Reserven ausgerichtet wird, ist weiter zu prüfen, ob sie zu Drittbedingungen erfolgt. Diese Prüfung ist anhand derselben Kriterien vorzunehmen, die auch zur Prüfung der Zulässigkeit von Leistungen mit Blick auf das Verbot der Einlagerückgewähr herangezogen wurden.¹⁴⁷

– Leistungen, die zu *Drittbedingungen* erbracht werden, verletzen die Reserveschutzvorschriften nicht und sind nach der herrschenden Lehre zulässig.¹⁴⁸ Das Gleiche muss auch für Leistungen gelten, die zwar nicht Drittbedingungen entsprechen, aber wegen der fehlenden Offensichtlichkeit auch nicht fiktiv sind.¹⁴⁹

¹⁴⁰ Glanzmann (Fn. 11), 82 f.

¹⁴¹ Wolfhart F. Bürgi, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/5, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–738 OR, Zürich 1969, OR 671 N 85; Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerung, Diss. Zürich 2005 (= SSHW 245), § 5 N 10; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 50 N 29; Kurer (Fn. 115), OR 675 N 16.

¹⁴² Bei Kleinstgesellschaften, die keine Revisionsstelle haben (Art. 727a Abs. 2 OR), muss der Abschluss nicht geprüft sein.

¹⁴³ Vgl. Glanzmann (Fn. 11), 87 f. A.M. Louis Bochud, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1991, 152, der stille Reserven zum massgeblichen Eigenkapital hinzuzählt.

¹⁴⁴ Vgl. insbesondere Böckli (Fn. 32), § 1 N 178 und § 12 N 527, m.w.Hw.

¹⁴⁵ Glanzmann (Fn. 11), 74–77; Kurer (Fn. 115), OR 680 N 19; Markus Neuhaus/Patrick Balkanyi, Kommentar zu Art. 669–674 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, OR 671 N 36; wohl auch Banz (Fn. 50), 198. A.M. Böckli (Fn. 32), § 12 N 527, m.w.Hw.

¹⁴⁶ Vgl. vorne IV.1.1.

¹⁴⁷ Vgl. vorne II.2.1.2 für Darlehen und II.2.1.3 für Sicherheiten.

¹⁴⁸ Kurer (Fn. 115), OR 680 N 22.

¹⁴⁹ Vgl. vorne II.2.1. Eine solche Leistung kann aber immer noch zur Verantwortlichkeit der Leitungsorgane führen

- Fiktive Darlehen oder Sicherheiten, die einem fiktiven Darlehen entsprechen, verletzen die Reserveschutzvorschriften, soweit sie zulasten der *geschützten Reserven*, d.h. des geschützten Bereichs der allgemeinen Reserve, der Reserve für eigene Aktien oder der Aufwertungsreserve geleistet werden. Im Betrag, in dem die fraglichen Leistungen durch *freie Reserven* gedeckt sind, könnte die Gesellschaft zwar eine Ausschüttung vornehmen, doch müsste diese von der Generalversammlung in vorgesehenen Verfahren genehmigt werden.

3.3 Rechtsfolgen einer Verletzung der Reserveschutzvorschriften

3.3.1 Bei Eingriff in die geschützten Reserven

Eine Verletzung der *geschützten Reserven*, d.h. des geschützten Bereichs der allgemeinen Reserve sowie der Reserve für eigene Aktien und der Aufwertungsreserve führt nach der herrschenden Lehre zur Nichtigkeit des entsprechenden Geschäfts.¹⁵⁰ Wird ein Darlehen in Verletzung der Reserveschutzvorschriften ausgerichtet, dann lebt nicht die Liberierungspflicht wieder auf, sondern die Darleihergesellschaft hat einen Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR bzw. aus verdeckter Gewinnausschüttung nach Art. 678 Abs. 2 OR.¹⁵¹ Auch die Verletzung der Reserveschutzvorschriften kann strukturell oder durch eine Kapitalherabsetzung geheilt werden.¹⁵² Eine Verletzung der Reserve für eigene Aktien oder der Aufwertungsreserve kann zudem dadurch geheilt werden, dass diese Reserven im vorgesehenen Verfahren wieder in allgemeine Reserven umgewandelt werden¹⁵³ und anschliessend, sofern sie frei verfügbar sind, ein Dividendenbeschluss gefasst wird.¹⁵⁴ Das Gleiche gilt für den Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers gegenüber der Borgergesellschaft. Im Üb-

rigen gelten die gleichen Rechtsfolgen wie bei einer Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr. Dies bedeutet, dass eine *upstream-* oder *cross-stream-*Sicherheit, die gegen die Reserveschutzvorschriften verstösst, für den Sicherheitengeber nur dann nicht bindend ist, wenn die besicherte Bank bösgläubig war.

3.3.2 Bei Eingriff in die freien Reserven

Eine *upstream-* oder *cross-stream-*Leistung ist nach der herrschenden Lehre auch dann unverbindlich für die leistende Gesellschaft, wenn die Leistung zulasten der *freien Reserven* ausgerichtet wird und dabei gegen die zwingenden Formvorschriften verstossen wird.¹⁵⁵ Es ist naheliegend, dass diese Formvorschriften bei der Gewährung eines fiktiven Darlehens oder von Sicherheiten, die einem fiktiven Darlehen entsprechen, kaum je eingehalten werden. Soweit der Verwaltungsrat über die gesetzlichen Reserven verfügt, sind die entsprechenden Rechtsgeschäfte nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nichtig.¹⁵⁶ Das Gleiche gilt, wenn zwar die Generalversammlung beschliesst, aber der erforderliche Revisionsbericht nicht vorliegt (Art. 731 Abs. 3 OR). In jedem Fall kann eine Verletzung dieser Vorschriften durch einen nachträglichen formellen Dividendenbeschluss geheilt werden.

In Konzernverhältnissen kann sich die Frage stellen, ob die Zustimmung der Generalversammlung auch stillschweigend erfolgen kann, weil die begünstigte Gesellschaft oft die alleinige Aktionärin ist. Es wurde bereits dargelegt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts z.B. bei Interessenkonflikten eine Zustimmung der Generalversammlung stillschweigend angenommen wird, weil die entsprechenden Vorschriften einzig dem Aktionärsschutz dienen.¹⁵⁷ Meines Erachtens gilt diese Begründung jedoch nicht für die vorliegende Frage. Denn im Unterschied zur Notwendigkeit der Genehmigung von Interessenkonflikten durch die Generalversammlung dienen die Reserveschutzbestimmungen neben dem Schutz der Aktionäre gerade auch dem Schutz der Gläubiger.¹⁵⁸ Aus diesem Grund darf bei der Verwen-

wegen unsorgfältiger Geschäftsführung.

¹⁵⁰ Böckli (Fn. 32), § 12 N 547; Dieter Dubs/Roland Truffer, Kommentar zu Art. 698–706b, 804–808c, 816 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, OR 706a N 16a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 25 N 99; Glanzmann (Fn. 11), 84.

¹⁵¹ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 11), 89–93.

¹⁵² Vgl. vorne bei Fn. 123 f.

¹⁵³ Vgl. dazu Art. 671a und 671b OR.

¹⁵⁴ Vgl. sogleich.

¹⁵⁵ Vgl. dazu vorne IV.3.1.

¹⁵⁶ Max. XI Nr. 476 E. 2; Böckli (Fn. 32), § 16 N 171 f.; Bürgi (Fn. 141), OR 706 N 8.

¹⁵⁷ Vgl. vorne III.2.2.

¹⁵⁸ BGE 117 IV 259 E. 5a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 50 N 5 Fn. 1.

derung gesetzlicher Reserven¹⁵⁹ eine stillschweigende Zustimmung der Generalversammlung nicht angenommen werden.

V. Kapitalersetzende Darlehen

Anders als bei den Kapitalschutzvorschriften werden durch das Konstrukt des kapitalersetzenden Darlehens nicht die Gläubiger der Darleihergesellschaft, sondern jene der Borgergesellschaft geschützt. Und ebenfalls anders als bei den Kapitalschutzvorschriften geht es nicht um die Frage, ob eine finanzielle Leistung gültig erbracht worden ist, sondern darum, ob einem Darlehen uneingeschränkt der Charakter von Fremdkapital zukommt. Dieses Konstrukt basiert im Wesentlichen auf der These, dass die typische *downstream*-Finanzierung in der Form von Eigenkapital erfolgt¹⁶⁰ und unter bestimmten Voraussetzungen auch nur noch diese Finanzierungsform zur Verfügung stehen soll.

Nach Lehre¹⁶¹ und Rechtsprechung¹⁶² ist ein Darlehen kapitalersetzend, wenn nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt des Darlehensvertrages anzunehmen ist, dass ein Dritter das Darlehen zu den nämlichen Konditionen verweigert hätte («Drittmannstest») oder nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte («Sanierungstest»)¹⁶³. Ein Darlehen ist nie kapitaler-

setzend, wenn es von einem unabhängigen Dritten stammt¹⁶⁴ oder voll besichert ist,¹⁶⁵ denn in diesen Fällen ist nicht davon auszugehen, dass der Darleiher der Borgergesellschaft Eigenkapital gewähren würde. Damit kann er ihr auch kein verdecktes Eigenkapital gewähren.

Wenn ein Darlehen kapitalersetzend ist, dann wird es im Konkurs der Borgergesellschaft zwangsweise mit einem Rangrücktritt belegt, d.h., es wird ihm die Kollokation in der dritten Klasse verwehrt.¹⁶⁶ Diese Rechtsfolge tritt allerdings nur ein, wenn der Darleiher im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wusste oder hätte wissen müssen, dass weder der Drittmann noch der Sanierungstest erfüllt werden kann.¹⁶⁷ Bei einer Verschlechterung der finanziellen Situation der Gesellschaft während der Laufzeit des Darlehens ist der Darleiher nicht verpflichtet, das Darlehen zu kündigen.¹⁶⁸ Bei einer Verbesserung der finanziellen Situation der Borgergesellschaft kann hingegen eine Heilung stattfinden.¹⁶⁹

Das Bundesgericht hat sich bislang noch nicht festlegen müssen, ob es das Konstrukt des kapitalersetzenden Darlehens anerkennt. Immerhin hat es aber die in der älteren Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass ein solches Darlehen in Eigenkapital umzuwandeln sei,¹⁷⁰ verworfen.¹⁷¹ Im

¹⁵⁹ Dies im Gegensatz zu etwaigen statutarischen Reserven, die allerdings in der Praxis selten sind.

¹⁶⁰ Vgl. vorne I.

¹⁶¹ Christoph von Greyerz, Kapitalersetzende Darlehen, in: Peter Böckli et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Basel 1983, 547–556, 550.

¹⁶² Urteil des Obergerichts des Kt. Zürich vom 19. Januar 1993, abgedruckt bei Alexander Vogel, Kapitalersetzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 1993, SZW 1993, 299–304, 299 ff.; ZR 104 (2005) Nr. 21; SJ 1971 209, 214 f.

¹⁶³ Nach Michael Hold, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 2000 (= St. Galler Studien 60), 95 ff., und Armand Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002 (= SSHW 218), 193, ist eine Überschuldung vorausgesetzt, was zwar die Rechtssicherheit erhöhen würde, doch bestimmt nicht erst den Zustand beschreibt, in dem die Gesellschaft kein Fremdkapital mehr erhält; vgl. dazu auch Glanzmann (Fn. 11), 140 f. Ablehnend zum Konstrukt des eigenkapitalersetzenden Darlehens: Stefan Knobloch, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürfti-

gen Unternehmung, Diss. St. Gallen 2006 (= SSHW 252), 19; Rashid Bahar, Les créanciers dans l'assainissement: abandon, subordination et conversion de créances, ZSR 2005 I, 479–514, 491 ff.; Ueli Huber, Umqualifizierung von Darlehen im Konkurs einer Konzerngesellschaft?, SZW 2006, 282–285, 282–285.

¹⁶⁴ Gl.M. Jürg Roth, Sanierungsdarlehen, Diss. Basel 2009 (= BStR A 93), 294–296. Anders noch Glanzmann (Fn. 11), 142; Hold (Fn. 163), 96 ff.

¹⁶⁵ Dies ist mitunter ein Grund, weshalb Sanierungsdarlehen stets voll besichert sein sollten (vgl. dazu Glanzmann [Fn. 24], 292); allerdings kann unter gewissen Voraussetzungen die für ein Sanierungsdarlehen bestellte Sicherheit paulianisch angefochten werden (vgl. dazu Glanzmann [Fn. 24], 286 f.).

¹⁶⁶ Gl.M. Charles Jaques, Subordination (postposition) et exécution, Le sort des créances subordonnées dans l'exécution forcée, ST 1999, 899–906, 902. A.M. Hold (Fn. 163), 194 f.

¹⁶⁷ Glanzmann (Fn. 11), 143.

¹⁶⁸ Von Greyerz (Fn. 161), 551. Im Ergebnis gleich BGer 5C.226/2005 vom 2. März 2006, E. 5. Anders noch Glanzmann (Fn. 11), 143.

¹⁶⁹ Vgl. vorne IV.1.2.

¹⁷⁰ Von Greyerz (Fn. 161), 553 f.; Urteil des Obergerichts des Kt. Zürich vom 19. Januar 1993, abgedruckt bei Vogel (Fn. 162), 299 ff.

¹⁷¹ BGer 5C.226/2005 vom 2. März 2006, E. 3.

gleichen Entscheid hat es zudem die Frage, ob ein solches Darlehen bei gegebenen Voraussetzungen in ein nachrangiges Darlehen umzuqualifizieren sei,¹⁷² offengelassen, weil die Voraussetzungen einer Umqualifizierung nicht vorlagen.¹⁷³ Da das Bundesgericht mit dem gleichen Argument auch die Beantwortung der Frage der Umwandlung in Eigenkapital hätte vermeiden können, ist davon auszugehen, dass es beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einer Umqualifizierung in ein nachrangiges Darlehen zustimmen wird.¹⁷⁴

Die Umqualifizierung eines Darlehens steht vorab einmal den Interessen der Darlehensgesellschaft entgegen, denn es ist für sie nachteilig, plötzlich eine nachrangige Darlehensforderung zu haben. Daneben können aber auch die Interessen einer kreditgebenden Bank tangiert werden. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Bank das fragliche Darlehen als Sicherheit abgetreten wird oder wenn sie sonst darauf vertraut, dass das Darlehen im Konkurs der Borgersgesellschaft voll kolloziert werden kann.

Wirtschaftlich den gleichen Effekt wie die Gewährung eines (kapitalersetzenden) Darlehens hat die Gewährung einer Drittsicherheit durch die Muttergesellschaft zugunsten der Bank, die der sanierungsbedürftigen Tochtergesellschaft ein Darlehen gewährt.¹⁷⁵ In diesem Fall muss der Muttergesellschaft die Kollokation des Regressanspruches unter den gleichen Voraussetzungen versagt werden wie die Kollokation eines kapitalersetzenden Darlehens.

Auf die Rechte der Bank an der Sicherheit hat dies jedoch keine Auswirkungen.

VI. Zusammenfassung

Die vorherigen Ausführungen zeigen, dass Konzernfinanzierungen mehr rechtliche Probleme aufwerfen als aufgrund der Selbstverständlichkeit, mit welcher solche Finanzierungen gemacht werden, angenommen werden könnte. Weil die Missachtung der vorstehend beschriebenen Rahmenbedingungen, insbesondere bei der Bestellung von Sicherheiten, gravierende Rechtsfolgen haben kann, lohnt es sich, folgende Massnahmen zu treffen:

- Sowohl Darlehen als auch Sicherheiten sollten immer Drittbedingungen entsprechen.
- In die Statuten der leistenden Gesellschaft sollte eine Finanzierungsklausel nach dem vorne beschriebenen Vorbild¹⁷⁶ eingefügt werden.
- Insbesondere wenn eine *upstream*- oder *cross-stream*-Leistung durch eine Gesellschaft mit Minderheitsaktionären erbracht wird, sollte von deren Generalversammlung eine Ermächtigung bzw. eine Genehmigung zum Abschluss des entsprechenden Geschäfts mittels eines anfechtbaren Beschlusses oder der Zustimmung aller Aktionäre eingeholt werden.
- Darlehen an finanziell angeschlagene verbundene Gesellschaften sollten stets voll besichert sein.

¹⁷² Böckli (Fn. 32), § 13 N 779 ff.; Vogel (Fn. 162), 302; Hold (Fn. 163), 194 f. und 206 f.; Rubli (Fn. 163), 195; Glanzmann (Fn. 11), 139 ff.

¹⁷³ BGer 5C.226/2005 vom 2. März 2006, E. 4.

¹⁷⁴ Glanzmann (Fn. 23), 20.

¹⁷⁵ Vgl. Darstellung vorne II.1.

¹⁷⁶ Vgl. vorne III.1.3.