



Oliver Blum*

Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit

Besprechung des Urteils HG130015 des zürcherischen Handelsgerichts vom 20. Januar 2014 und des Bundesgerichtsurteils 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
 1. Der Cash Pool
 2. Der massgebliche Jahresabschluss
 3. Dividendenbeschluss und -ausschüttung
 4. Weiterer Verlauf
 5. Grafische Darstellung der Beteiligungs- und Forderungsverhältnisse
- III. Erwägungen und Entscheid
 1. Der ursprüngliche Entscheid des Handelsgerichts
 2. Der erste Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts
 3. Das zweite Urteil des Handelsgerichts
 4. Der zweite Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts
- IV. Besprechung
 1. Fehlende Marktkonformität von Konzerndarlehen und ihre Qualifikation
 - 1.1 Kriterien im Allgemeinen und Bedeutung der fehlenden Marktkonformität
 - 1.2 Unrichtige Anwendung der Kriterien durch Handelsgericht und Bundesgericht
 - 1.3 Bedeutung der Darlehensrückführung nach Bilanzstichtag
 2. Zum Einfluss von nicht marktkonformen Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit im Besonderen
 - 2.1 Spezialreserve für nicht marktkonforme Konzerndarlehen?
 - 2.2 Ausschüttung von sperrenden Darlehen gegen eine allfällige Spezialreserve
 3. Zum Zahlungsmechanismus der «Gutschrift über den Cash Pool»
 - 3.1 Technischer Ablauf
 - 3.2 Rechtliche Bedeutung
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung

In dem rubrizierten Handelsgerichtsurteil, welches hier zusammen mit dem in der Folge ergangenen Bundesgerichtsentscheid besprochen wird, wurde es als pflicht-

widrig betrachtet, dass die ehemalige Revisionsstelle der Klägerin, einer schweizerischen Gesellschaft in Nachlassliquidation («A»), eine Dividendenausschüttung in Höhe praktisch der gesamten freien Reserven der A vorbehaltlos bestätigt hatte, obwohl ein Grossteil dieser freien Reserven bereits durch an verbundene Gesellschaften ausgereichte Darlehen «gesperrt» gewesen sei. Die A war gemeinsam mit anderen Konzerngesellschaften Mitglied eines physischen Cash Pools, als dessen Führerin eine niederländische Konzerngesellschaft («G») fungierte, über welche inzwischen der Konkurs eröffnet worden war. Da die Dividende über den Cash Pool ausgerichtet worden sei, sei das Cash Pool-Guthaben der A bei der G – und damit auch die dazu proportionale Konkursdividende – entsprechend tiefer ausgefallen, und in diesem Umfang hafte die Revisionsstelle der Nachlassmasse der Klägerin. Das Bundesgericht bestätigt die Entscheidung des Handelsgerichts.

In einem ersten Entscheid vom 9. März 2012¹ hatte das Handelsgericht die Klage noch abgewiesen; das Bundesgericht hatte dieses Urteil damals allerdings aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen², worauf es erst zu den beiden hier besprochenen Entscheidungen kam.

Der zweite Entscheid des Handelsgerichts schafft in verschiedener Hinsicht Unklarheiten, einerseits bezüglich der Zulässigkeit der Ausschüttung eines Konzerndarlehens als Naturaldividende, und andererseits im Hinblick auf die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen von Konzerndarlehen ganz allgemein. Das Bundesgericht seinerseits verpasst in seinem neuen Entscheid, der aufgrund der durch die Beklagte eingelegten Beschwerde notwendig geworden war, nicht nur die Chance, die der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung teilweise widersprechenden Erwägungen des Handelsgerichts zu korrigieren, sondern stellt darüber hinaus in einem *obiter dictum* die Zulässigkeit von *physical cash pools* ganz grundsätzlich in Frage.

Die beiden Entscheidungen geben aus verschiedenen Gründen Anlass zu Kritik.

* Lic. iur. Oliver Blum, M.A.E.S., LL.M., CMS von Erlach Poncet AG. Die Firma des Autors hat in diesem Verfahren keine der Parteien vertreten; allerdings haben Anwälte seiner Firma Beklagte und Beschuldigte in verschiedenen anderen Verfahren des Swissair-Komplexes vertreten bzw. vertreten sie noch heute. Der Autor dankt Dr. Daniel Jenny und Dr. Kaspar Landolt für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise.

¹ HG080315.

² BGer 4A_248/2012.

Ein Wort noch zur Nomenklatur: Aufgrund der Sachverhaltsangaben muss es sich bei der A in Nachlassliquidation (Klägerin) um die Swisscargo AG handeln, bei der G (Cash Pool-Führerin) um die SAirGroup Finance B.V. und bei der Konzernmutter E um die SAirGroup. Sinnigerweise übernimmt das Bundesgericht allerdings nicht die Parteibezeichnungen der Vorinstanz, sondern nennt die Swisscargo AG «B», die Konzernmutter «C» und die beklagte Revisionsstelle «A». Im Folgenden werden die Parteibezeichnungen des Handelsgerichts verwendet.

II. Sachverhalt

1. Der Cash Pool

Die A war seit 1999 zusammen mit zahlreichen weiteren Gesellschaften ihres Konzerns Teilnehmerin an einem von einer Bank aufgesetzten Cash Pool, als dessen Führerin die holländische Konzerngesellschaft G fungierte, eine direkte Tochtergesellschaft der Konzernmutter («E»). Die E hielt auch 100 % der Aktien der direkten Muttergesellschaft («D») der A. Die D war ebenfalls Teilnehmerin am Cash Pool.

Der Cash Pool war als *zero balancing physical pool* aufgesetzt, d.h. jede teilnehmende Konzerngesellschaft führte bei der Poolbank ein eigenes Konto, und die Saldi aller dieser Konten wurden über das von der G geführte *master account* jeden Abend auf Null gesetzt, indem Positivsaldi auf das *master account* überführt und Negativsaldi daraus ausgeglichen wurden. Der diesbezügliche Vertrag zwischen jeder teilnehmenden Gruppengesellschaft und der Poolführerin G («*Reciprocal Framework Agreement*») sah ausdrücklich vor, dass durch solche Ausgleichszahlungen jeweils Darlehensverhältnisse zwischen G einerseits und den betroffenen Konzerngesellschaften andererseits geschaffen wurden; zudem wurde darin die Verzinsung der gegenseitigen Darlehen geregelt.

2. Der massgebliche Jahresabschluss

Der geprüfte Jahresabschluss der A für das Geschäftsjahr 2000 wies einen Bilanzgewinn von CHF 29.17 Millionen aus. Auf der Aktivseite waren Forderungen gegenüber verbundenen Unternehmen von insgesamt CHF 23.65 Millionen aufgeführt, nämlich eine Forderung gegen die G aus dem Cash Pool in Höhe von rund CHF 16.5 Millionen und eine Forderung gegen die E aus Festgeld-Anlagen ausserhalb des Cash Pools in Höhe von rund CHF 7.2 Millionen; bei den bilanzierten Forderungen gegen verbundene Gesellschaften handelte es sich also in vollem Umfang um *upstream*-Darlehen³.

³ Der Begriff des «*upstream*-Darlehens» umfasst hier und im Folgenden immer auch das sog. «*cross-stream*-Darlehen» (also Darle-

Gemäss offenbar unbestritten gebliebenen Vorbringen der Beklagten waren diese Konzerndarlehen früh im Jahr 2001 vollständig zurückbezahlt bzw., im Fall der G, über den Netting-Mechanismus des Cash Pools ausgeglichen worden, was vor der Fassung des Dividendenbeschlusses durch die Generalversammlung und (sicherlich bezüglich des grösseren Guthabens bei G) auch vor Erstellung des Revisionsberichts erfolgt sei⁴.

3. Dividendenbeschluss und -ausschüttung

In ihrem Revisionsbericht vom 12. April 2001 bestätigte die beklagte Revisionsstelle die Gesetzes- und Statutenkonformität des Dividendenantrags des Verwaltungsrates an die Generalversammlung in Höhe von CHF 28.5 Millionen vorbehaltlos. Nach Zustimmung zu diesem Dividendenantrag in der Generalversammlung vom 20. April 2001 wurde die Dividende am 28. Juni 2001 in voller Höhe ausgeschüttet, indem die A von ihrem CHF-Poolkonto eine Überweisung an ihre direkte Aktionärin D vornahm. Gemäss unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin verursachte diese Zahlung einen Negativsaldo auf dem fraglichen Konto der A in exakt der Höhe des überwiesenen Betrages (m.a.W. war der Saldo vor der Überweisung Null); diese Unterdeckung wurde am selben Abend durch einen Übertrag vom *master account* in derselben Höhe ausgeglichen, und die A verbuchte eine entsprechende Reduktion ihres Guthabens bei der G im mit dieser geführten Kontokorrentverhältnis⁵.

4. Weiterer Verlauf

Im Laufe der zweiten Hälfte des Jahres 2001 wurde die Cash Pool-Vereinbarung auf Druck der Bank wegen der anhaltenden Verschlechterung der Kreditwürdigkeit des SAirGroup-Konzerns einvernehmlich aufgehoben, nachdem noch einmal alle Einzelkonten auf Null ausgeglichen worden waren. Die Konzernmutter E, die A und zahlreiche weitere Konzerngesellschaften befinden sich heute in Nachlassliquidation; der A wurde im Dezember 2001 definitive Nachlassstundung gewährt.

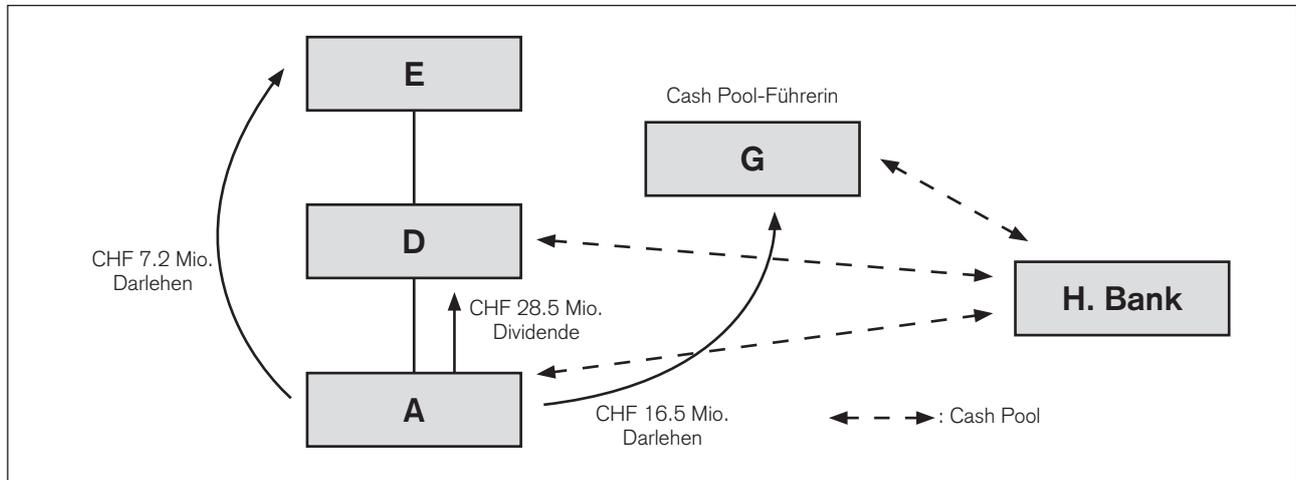
Über die G wurde im März 2002 in Holland der Konkurs eröffnet. Die A hat in diesem Konkursverfahren eine Forderung aus Cash Pool-Guthaben gegen die G eingegeben.

hen nicht an direkte oder indirekte Muttergesellschaften, sondern an deren direkte oder indirekte Töchter), da die Rechtsfolgen dieselben sind. Der Einfachheit halber wird hier gleichbedeutend auch die Bezeichnung «Konzerndarlehen» verwendet, womit aber «*downstream*-Darlehen» nicht mitgemeint sind.

⁴ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.3, VI.5.1.4.3.1 und VI.5.1.4.4.1.

⁵ HG130015 Ziff. IV.2.1 und Ziff. VI.6.2.

5. Grafische Darstellung der Beteiligungs- und Forderungsverhältnisse



III. Erwägungen und Entscheid

1. Der ursprüngliche Entscheid des Handelsgerichts

In seinem ersten Entscheid vom März 2012⁶ stellte das Handelsgericht zunächst die Lehrmeinungen zur Behandlung nicht marktconformer *upstream*-Konzerndarlehen dar und schloss daraus, dass solche Darlehen grundsätzlich das ausschüttbare freie Eigenkapital reduzierten⁷. Entsprechend könne eine Dividende *grundsätzlich* nur noch maximal in Höhe der *verbleibenden* freien Reserven ausgerichtet werden.

Obwohl *in casu* die Dividende den Restbetrag der freien Reserven, der nach Abzug der Darlehen an die G und die E noch verblieb, unstreitig überstieg, wies das Handelsgericht die Klage gestützt auf drei Alternativbegründungen⁸ ab, welche letztlich alle darauf hinausliefen, dass die Dividende – zumindest in ihrem wirtschaftlichen Effekt – als *Naturalausschüttung eines Konzerndarlehens* erfolgt sei; die Ausschüttung qua «Gutschrift über den Cash Pool» bedeute nämlich nichts anderes, als dass die A ihre Zahlungsverpflichtung gegenüber der Muttergesellschaft D aus der beschlossenen Dividende durch gleichzeitige Reduktion ihrer Forderung gegen die G erfüllt habe. Die grundsätzliche «Sperrung» des verfügbaren Eigenkapitals durch ein nicht marktconformes *upstream*-Konzerndarlehen stehe aber einer Naturalausschüttung *von solchen Konzerndarlehen* (dem «sperrenden» selber oder anderen, inzwischen begründeten)

nicht entgegen, da durch die Ausschüttung der Schutzzweck dieser Sperre in Höhe der Ausschüttung entfalle⁹.

Die Frage, *ob* die konkret in Frage stehenden SAir-Group-Konzerndarlehen Marktkonditionen entsprachen oder nicht, bzw. was die Kriterien dafür seien, musste das Handelsgericht daher nicht mehr weiter prüfen, da die Haftung der Beklagten selbst bei fehlender Marktconformität ausgeschlossen gewesen wäre¹⁰.

2. Der erste Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts

Auf Beschwerde der Klägerin A hielt die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in ihrem ersten Rückweisungsentscheid¹¹ fest, es könne «den Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht entnommen werden [...], dass mit der Ausschüttung der umstrittenen Dividende gleichzeitig Darlehen an andere Konzern-Gesellschaften in entsprechender Höhe reduziert werden konnten»¹². Das Bundesgericht stellte also (nur, aber immerhin) das (formelle oder wirtschaftliche) *Vorliegen einer Naturaldividende* in Frage, da seiner Ansicht nach aufgrund der Aktenlage auch denkbar sei, dass die Gutschrift der A an ihre Aktionärin D nur zu einer neuen Verbindlichkeit der A im Cash Pool geführt habe, nicht aber zu einer gleichzeitigen und betragsmässig identischen Reduktion ihres Guthabens bei der Poolführerin G.

Dieser fehlende Nachweis der Reduktion von ausreichenden *upstream*-Konzerndarlehen der A war letztendlich der *einzigste Grund*, aus dem das Bundesgericht das

⁶ HG080315.

⁷ HG080315 Ziff. 3.1.3.

⁸ HG080315 Ziff. 4.

⁹ HG080315 Ziff. 4.4.

¹⁰ HG080315 Ziff. 4.3.

¹¹ BGer 4A_248/2012.

¹² BGer 4A_248/2012 Ziff. 3.5 und 4.2.

handelsgerichtliche Urteil aufhob und zur Neu Beurteilung zurückwies.

3. Das zweite Urteil des Handelsgerichts

In seinem zweiten Urteil¹³ geht das Handelsgericht auf die – gemäss Bundesgericht entscheidende – Frage, ob die Dividendenausschüttung qua Cash Pool-Gutschrift tatsächlich als *Naturaldividende* qualifiziere oder einer solchen wenigstens gleichzusetzen sei, überhaupt nicht mehr ein, sondern legt dieses Mal zunächst dar, weshalb die Bedingungen der fraglichen Darlehen nicht als «*at arm's length*» qualifizieren würden. Das Handelsgericht präsentiert dafür einen sehr ausführlichen *tour d'horizon* über die Lehre, welche sich mit *upstream*-Konzerndarlehen befasst, zitiert dabei aber kaum Meinungen zur Frage, *wie* die Marktkonformität solcher Darlehen zu bestimmen sei, sondern vielmehr hauptsächlich zur Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Konzerndarlehen, deren fehlende Marktkonformität bereits *feststeht*¹⁴; dabei hält es zunächst fest, solche Darlehen seien nur dann zulässig, wenn und soweit sie nicht den Betrag der freien Reserven überstiegen, mithin nicht den Schutzbereich von Art. 680 Abs. 2 OR tangierten¹⁵.

Nachdem das Handelsgericht die allgemein bekannten «*arm's length*»-Kriterien (Rückzahlungswille und -fähigkeit, laufende Kontrolle der Schuldnerbonität, angemessene Verzinsung, evtl. Besicherung, kein Klumpenrisiko, normale Kündbarkeit bzw. keine unüblich lange feste Laufzeit, schriftliche Dokumentation, regelmässige Zahlung statt Gutschrift der Zinsen) *nur gestreift* und unkommentiert gelassen hat, kommt es zum Schluss, die vorliegend interessierenden Konzerndarlehen seien *nicht marktkonform*, weil sie zwei dieser Kriterien nicht erfüllten (fehlende Schriftlichkeit und mangelnde Bonitätskontrolle) und zusätzlich eine weitere, vom Handelsgericht selber aufgestellte Voraussetzung (fehlende regelmässige Amortisationen) nicht erfüllt sei¹⁶. Als Fazit hält das Handelsgericht fest: «*Im Lichte des Vorstehenden kann festgehalten werden, dass – in Anwendung des vom Bundesgericht für die Gewährung von Aktionärsdarlehen vertretenen Grundsatzes des dealing at arm's length – die Aktionärsdarlehen an die G._____ und die E._____ unabhängigen Dritten nicht zu den gleichen Bedingungen gewährt worden wären. Unter diesen Umständen fallen sie unter Art. 680 Abs. 2 OR und bewirken*

eine de facto-Sperrung der für die Dividendenausschüttung verwendbaren freien Mittel»¹⁷.

Im Ergebnis sei deshalb der Gesamtbetrag der per Ende Geschäftsjahr ausstehenden Konzerndarlehen von den «formell» freien Bilanzreserven abzuziehen, um den Dividendenausschüttungen zur Verfügung stehenden Betrag zu ermitteln. Weil die Revisionsstelle in ihrem Bericht zum Jahresabschluss 2000 darauf nicht hingewiesen, sondern den Dividendenantrag des Verwaltungsrats in vollem Umfang vorbehaltlos genehmigt habe, sei sie für den eingetretenen Schaden verantwortlich.¹⁸

Zur Frage, ob diese «Sperrung» der freien Reserven auch der Ausschüttung von Aktiven, welche *nur aus nicht marktkonformen upstream-Konzerndarlehen bestehen*, entgegenstehen solle oder nicht, äussert sich das Handelsgericht diesmal nicht mehr.

Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Beschwerde beim Bundesgericht ein.

4. Der zweite Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts

Im nun vorliegenden neuen Entscheid des Bundesgerichts¹⁹ schützt dieses die Erwägungen der Vorinstanz weitestgehend. In lediglich zwei Sätzen bestätigt das Bundesgericht die Auffassung des Handelsgerichts, *jedes* Fehlen der Marktkonformität genüge, um die fraglichen Konzerndarlehen in verdeckte Gewinnausschüttungen umzuqualifizieren²⁰, wobei das Bundesgericht allerdings nicht auf die vom Handelsgericht hervorgehobene fehlende Schriftlichkeit der Darlehensverträge abstellt, sondern sich – neben der auch vom Handelsgericht beanstandeten mangelnden Bonitätskontrolle – an der ausgebliebenen Besicherung stösst.

Auch nach Ansicht des Bundesgerichts «sperrern» nicht marktkonforme Konzerndarlehen die ausschüttbaren freien Mittel im Umfang der ausgeliehenen Beträge²¹.

Lediglich im Nebenpunkt der Frage, ob das *Agio* zu den frei ausschüttbaren Reserven gehöre oder nicht, gibt das Bundesgericht der Beschwerdeführerin Recht und bejaht die Ausschüttbarkeit auch des *Agios*²²; da das Handelsgericht dies noch verneint und deshalb – aufgrund des

¹³ HG130015.

¹⁴ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.

¹⁵ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.3.

¹⁶ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.3 a.E.; etwas weiter oben in derselben Ziffer scheint das Handelsgericht auch noch an der fehlenden Besicherung Anstoss zu nehmen, erwähnt dies aber in seiner zusammenfassenden Darstellung der mangelnden Marktkonformität nicht mehr.

¹⁷ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.4.

¹⁸ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.5. Der Schaden besteht nach Ansicht des Handelsgerichts darin, dass die Auszahlung der Dividende eine Verringerung des Cash Pool-Guthabens der A bei der G zur Folge hatte; in dem Umfang, in welchem die Dividende zu hoch ausfiel, habe die A nun proportional Anspruch auf Konkursdividende gegenüber der Masse der G verloren (HG130015 Ziff. VI.3.5).

¹⁹ BGer 4A_138/2014.

²⁰ BGer 4A_138/2014 Ziff. 4.2.

²¹ Das Bundesgericht nennt das «gesperrte Reserve» (BGer 4A_138/2014 Ziff. 4.2).

²² Soweit ersichtlich tut das Bundesgericht dies in dieser Deutlichkeit das erste Mal, was der *einzigste Lichtblick* dieses Entscheides ist.

dann geringeren für Ausschüttungen zur Verfügung stehenden Betrages – den Schaden zu hoch angesetzt habe, wird die Sache zur Neuberechnung des Schadens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

IV. Besprechung

1. Fehlende Marktkonformität von Konzerndarlehen und ihre Qualifikation

1.1 Kriterien im Allgemeinen und Bedeutung der fehlenden Marktkonformität

Zum Thema der Marktkonformität von *upstream*-Konzerndarlehen besteht reichhaltige Literatur; das Handelsgericht bietet dazu eine annähernd vollständige und aktuelle Übersicht²³. Zum entsprechenden *Kriterienkatalog*²⁴ scheint dort weitgehend Einigkeit zu bestehen. Unklarheit oder zumindest mangelnde Differenzierung herrscht hingegen da und dort, was die *Rechtsfolgen* mangelnder Marktkonformität anbelangt, bzw., genauer, *welche* Rechtsfolgen eintreten, je nachdem, welche Kriterien nicht erfüllt sind.

Richtigerweise kann ein *upstream*-Konzerndarlehen nur dann *im Umfang des Darlehensbetrages* als verdeckte Gewinnausschüttung bzw. – wenn und soweit keine Deckung durch freie Reserven besteht – Kapitalrückgewähr gelten, wenn es an *Rückzahlungswille oder -fähigkeit* fehlt²⁵, nicht aber schon dann, wenn irgendeines (oder mehrere) der *anderen* Kriterien nicht erfüllt sind²⁶; ist

z.B. nur der Zins unüblich günstig oder fehlt es an der gebotenen Besicherung, so stellt die *Preisdifferenz* eine geldwerte Leistung an den Aktionär dar, nicht aber der *Gesamtbetrag* des Darlehens²⁷. Denn nur ein Darlehen, welches der Borger nicht zurückzahlen will oder kann, ist bei der Gesellschaft in seinem gesamten Umfang *tatsächlich abgeflossen* und kann (und muss) deshalb einer formell ausgeschütteten Dividende gleichgesetzt werden²⁸. Diese Auffassung muss m.E. als *herrschende Lehre* betrachtet werden.

Dies soll natürlich nicht bedeuten, dass *upstream*-Konzerndarlehen, welche nicht zu Marktkonditionen gewährt werden, mit Ausnahme der Zinsdifferenz völlig unproblematisch seien, so lange der Borger willens und fähig ist, das Darlehen zurückzuzahlen; vielmehr können diese Abweichungen vom Marktüblichen eine *Verletzung der Sorgfaltspflichten* des Verwaltungsrats und ggf. auch der Revisionsstelle darstellen und bewirken jedenfalls eine erhöhte Sorgfaltspflicht in der Darlehensüberwachung²⁹. Zudem kann der Grad der Erfüllung der übrigen Kriterien im Sinne von Auslegungshilfen *Indizien* für den Rückzahlungswillen bzw. dessen Fehlen liefern.

Nichts anderes kann dem auch vom Handelsgericht bemühten Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung entnommen werden, das ebenfalls nur auf Rückzahlungswillen und -fähigkeit abstellt und fehlende Schriftlichkeit bzw. Sicherheiten lediglich als «*Indiz*» für die mangelnde Rückzahlungsabsicht nennt³⁰, und das vom Handelsgericht zitierte Bundesgerichtsurteil BGE 113 II 52 ist *in casu* unerheblich, weil es sich nur mit der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Zusammenhang

²³ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2., unter Berücksichtigung der weiteren Hinweise bei den zitierten Autoren.

²⁴ Vgl. vorne III.3.

²⁵ Wobei die Rückzahlungsfähigkeit bereits von Anfang an fehlen muss, der Rückzahlungswille hingegen auch noch nachträglich wegfallen kann (so auch HWP 2009 Band 1, VI.7.1.2.1).

²⁶ BGE 138 II 57 (zur steuerrechtlichen Qualifikation als geldwerte Leistung) («*Dabei geht es jedoch nur um die Kreditkonditionen, nicht aber um die Darlehensverhältnisse als solche [bzw. deren allfällige Simulation]*»); PETER BÖCKLI, Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: Böckli et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 542 (nachfolgend zitiert als «BÖCKLI, Sondervermögen»); PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 545 (nachfolgend zitiert als «BÖCKLI, Aktienrecht»); BSK OR II-KURER/KURER, Art. 678 N 25; RETO HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Diss. Bern 2001, 284 ff., m.w.H. (= BBSW 15); a.M. MATTHIAS MAURER/MARCO HANDLE, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR 2/2013, 297 f., die in ihrer Besprechung des ersten handelsgerichtlichen Urteils sowie des ersten bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides offenbar jedes *upstream*-Konzerndarlehen, dessen Konditionen die Rückleistungsvoraussetzungen von Art. 678 Abs. 2 OR erfüllen, *insgesamt* als verdeckte Gewinnausschüttung betrachten (wobei zumindest im Ergebnis wohl auch diese Autoren die Einschränkung auf Darlehen mit fehlendem Rückzahlungswillen oder fehlender Rückzahlungsfähigkeit bejahen, da z.B. nur ein zu tiefer Zinssatz zumindest das zweite Kriterium von Art. 678 Abs. 2 OR (offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft) kaum je erfüllen dürfte); ebenfalls

a.M. oder zumindest ohne Differenzierung PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 351.

²⁷ BGE 138 II 57 E.6.2; BGE 140 II 88 E.5; LUKAS HANDSCHIN, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, in: Wessner/Bohnet (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Basel 2006, 279; LOUIS BOCHUD, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Bern 1991, 183, 187 (= BBSW 2).

²⁸ Prägnant formuliert es RETO HEUBERGER: «*Aktienrechtlich liegt nach Ansicht der Lehre eine Vermögensverlagerung und damit ein Verstoss gegen die Ausschüttungsnormen vor, wenn ein Darlehen fiktiv oder nicht einbringlich ist*» (HEUBERGER (FN 26), 284). Vgl. auch LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, GesKR 2/2014, 268: «*Ist bei gegebenem Rückzahlungswille [sic!] die Werthaltigkeit der Rückerstattungsforderung gegeben, so kann begriffsnotwendig keine Ausschüttung vorliegen, da der Gesellschaft nicht unwiederbringlich Substanz entzogen wird*».

²⁹ BÖCKLI, Sondervermögen (FN 26), 543 f.; richtig ist auch der Hinweis von MAURER/HANDLE, dass zumindest bei langfristigen Darlehen eine marktunüblich tiefe Verzinsung zu einer Korrektur des Bilanzwerts auf den entsprechenden Barwert führen muss, was eine «automatische» Reduktion der freien Reserven bewirkt (MAURER/HANDLE (FN 26), 293 (mit Verweis auf HWP 2009 Band 1, IV.6.5.3), 298).

³⁰ HWP 2009 Band 1, VI.7.1.2.1 (das Handelsgericht zitiert die identische Stelle aus dem HWP 1998, welches im Zeitpunkt der durch die Beklagte vorgenommenen Prüfung des Jahresabschlusses 2000 der A aktuell war), bestätigt in HWP 2014 Band «Buchführung und Rechnungslegung», IV.2.8.5.2.

mit *Klumpenrisiken* bei Ausleihungen an den Aktionär auseinandersetzt, aber, anders als das Handelsgericht behauptet, keinen allgemeinen «*Grundsatz des dealing at arm's length*» statuiert (und schon gar nicht die pauschale Umqualifizierung des gesamten Darlehens zu einer verdeckten Gewinnausschüttung bei jeder Verletzung dieses Grundsatzes). *Relevant* ist vielmehr BGE 138 II 57, wo das Bundesgericht zur entsprechenden Frage der geldwerten Leistung im Steuerrecht ausdrücklich sagt: «*Gelegentlich werden die oben in E. 3.2 genannten und zur Beurteilung von Darlehen an Aktionäre im Allgemeinen entwickelten Kriterien ohne weiteres auch bei der hier wesentlichen Frage zur Anwendung gebracht, ob ein solches Darlehen simuliert ist. Diese Frage ist jedoch enger als das allgemeine Problem der Aktionärsdarlehen. Somit genügt es nicht darzulegen, dass das betreffende Darlehen zwischen einander nicht nahestehenden Dritten nicht oder aber nur unter anderen Bedingungen gewährt worden wäre. Vielmehr muss darüber hinaus aufgezeigt werden, dass aufgrund des besonderen Verhältnisses unter Nahestehenden mit der Rückzahlung des Darlehens nicht (mehr) ernstlich gerechnet werden kann.*»³¹

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung der Marktconformität eines Konzerndarlehen nicht nur direkte Gegenleistungen und andere zugunsten des Gläubigers wirkende Darlehensbedingungen berücksichtigt werden müssen, sondern auch *weitere Vorteile*, welche der ausleihenden Gesellschaft aus der Konzernzugehörigkeit allgemein zufließen³², denn das eine ist ohne das andere nicht zu haben – oder etwas salopp formuliert: Wer im Cash Pool nicht mitmacht, fliegt aus dem Konzern. Abzulehnen ist deshalb die vom Handelsgericht vertretene Auffassung, es sei «*die bilanzielle Sichtweise ausschlaggebend*» und «*nicht aktivierbare Gegenleistungen [können] nicht berücksichtigt werden*»³³; dies würde darauf hinauslaufen, dass man auch das Verhalten etwa des Bankangestellten, der einem guten Kunden, mit dem vielfältige und einträgliche Geschäftsbeziehungen bestehen, bessere Kreditkonditionen

gewährt als demjenigen, der nur ein isoliertes Darlehen aufnimmt, als pflichtwidrig taxieren müsste³⁴.

1.2 Unrichtige Anwendung der Kriterien durch Handelsgericht und Bundesgericht

Beide Gerichte wollen im vorliegenden Fall offenbar jedem Punkt des gesamten Katalogs der *arm's length*-Kriterien *absolute und ungewichtete Geltung* zusprechen, wenn es um die Frage geht, ob ein *upstream*-Darlehen im Betrag seines Nominalbetrags als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziere, d.h. *jede* Marktunüblichkeit soll zur Umqualifizierung führen³⁵. Richtigerweise ist dies aber nur dann zulässig, wenn es an *Rückzahlungswille oder -fähigkeit* mangelt; die übrigen Kriterien können diesbezüglich höchstens als *Indizien* herangezogen werden.

Vor diesem Hintergrund ist die vom Handelsgericht in seinem zweiten Urteil vorgenommene und vom Bundesgericht nun bestätigte Qualifikation der beiden per Ende 2000 ausstehenden Konzerndarlehen als verdeckte Gewinnausschüttung nicht korrekt:

Zunächst ist aufgrund der Sachverhaltsschilderungen in den Entscheiden schwer nachvollziehbar, wie das Handelsgericht zur Feststellung gelangt, «*dass für die beiden streitgegenständlichen Darlehen keine schriftlichen Darlehensverträge vorliegen*»³⁶. Zumindest für das grössere Cash Pool-Darlehen an die G liegt das *Reciprocal Framework Agreement* vor, welches ausdrücklich festhält, dass die Netting-Transaktionen über das *master account* gegenseitige Darlehensverhältnisse begründen und auch die Verzinsung dieser Darlehen regelt. Indem das Handelsgericht einen separaten Vertrag für *jedes einzelne individuelle Darlehensverhältnis* verlangt, das durch jede abendliche Netting-Transaktion begründet wird, stellt es unrealistische, dem Drittvergleich nicht standhalten- de Anforderungen³⁷ und verkennt zudem die *Rechtswirkungen des Kontokorrentverhältnisses*, welches zwischen A und G unbestrittenermassen bestand³⁸. Und soweit das Gericht die Dokumentation der Rückzahlungskonditionen vermisst, übersieht es, dass die A durch die Belastung ihrer Poolkonti mit einem Negativsaldo jederzeit

³¹ BGE 138 II 57 E.5.1. In E.3.2, auf welche verwiesen wird, sagt das Bundesgericht: «*Das Bundesgericht hat eine Anzahl von Kriterien entwickelt, bei deren Vorliegen ein Aktionärsdarlehen als geldwerte Leistung zu qualifizieren ist. Das ist u.a. dann der Fall, wenn das gewährte Darlehen durch den Gesellschaftszweck nicht abgedeckt oder im Rahmen der gesamten Bilanzstruktur ungewöhnlich ist (d.h. wenn das Darlehen durch die vorhandenen Mittel der Gesellschaft nicht abgedeckt werden kann oder es im Vergleich zu den übrigen Aktiven übermässig hoch erscheint und dann ein sog. Klumpenrisiko verursacht), weiter bei fehlender Bonität des Schuldners oder dann, wenn keine Sicherheiten und keine Rückzahlungsverpflichtungen bestehen, die Darlehenszinsen nicht bezahlt, sondern dem Darlehenskonto laufend belastet werden und schriftliche Vereinbarungen fehlen.*»

³² Dazu ausführlich und m.w.H. OGER ZH LB110046 vom 8. September 2014 Ziff. V.2.3.3; HANDSCHIN (FN 27), 280; GLANZMANN/WOLF (FN 28), 269.

³³ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.2 a.E.; ebenso MAURER/HANDLE (FN 26), 293.

³⁴ So im Ergebnis auch GLANZMANN/WOLF (FN 28), 269.

³⁵ Besonders apodiktisch formuliert es das Bundesgericht: «*Nach herrschender Lehre stellt ein Darlehen an eine Mutter- oder Schwertergesellschaft dann eine kapitalrechtlich relevante Ausschüttung dar, wenn das Darlehen nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtet worden ist*» (BGer 4A_138/2014 Ziff. 4.2).

³⁶ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.3.

³⁷ Die (i.d.R. unabhängigen) Parteien eines Kreditfazilitätenvertrags dokumentieren ja auch nicht die Konditionen jeder bezogenen Tranche separat, sondern verlassen sich auf die Vereinbarungen im Rahmenvertrag.

³⁸ Vgl. vorne II.3. Wegen der dem Kontokorrentvertrag inhärenten Verrechnungsabrede ist nur der jeweilige Saldo geschuldet (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 3163).

eine Reduktion ihres Guthabens bei der G herbeiführen konnte³⁹.

Sodann macht das Handelsgericht bezüglich der angeblich fehlenden «regelmässigen Rückzahlungen»⁴⁰ gleich mehrere *Denkfehler*: Abgesehen davon, dass Darlehen mit fester Laufzeit ohne Amortisationspflicht auch unter Dritten nicht unüblich sind, versteht das Handelsgericht offensichtlich die Funktionsweise eines *physical cash pools* nicht, wenn es als Beweis für die fehlenden «regelmässigen Rückzahlungen» anführt, «die A. _____ [sei] im Zeitraum Ende Dezember 2000 bis Ende Juni 2001 lediglich an einem einzigen Tag [...] Schuldnerin der G. _____ gewesen»⁴¹: Die Teilnahme einer operativ tätigen Gesellschaft an einem physischen Cash Pool führt zwangsläufig zu täglichen Bewegungen des Kontokorrentsaldos zwischen ihr und der Cash Pool-Führerin, und zwar üblicherweise in beide Richtungen (jeder Zahlungseingang zugunsten der A erhöht – nach dem abendlichen Netting – ihr Guthaben bei der G, und jeder Zahlungsauftrag der A reduziert das Guthaben), wobei jede Reduktion dieses Guthabens rechtlich eine «Rückzahlung» der G an die A darstellt. Das Handelsgericht scheint aber nur eine Reduktion des Kontokorrentsaldos *auf Null* (oder sogar darunter) als Rückzahlung gelten lassen zu wollen, welche für Marktkonformität des Darlehens spreche. Zudem können gemäss Handelsgericht offenbar nur «Rückzahlungen» im engeren Sinn⁴² als Erfüllung des von ihm selbst aufgestellten Kriteriums der regelmässigen Amortisation gelten, was sich einerseits rechtlich nicht begründen lässt und andererseits die Marktkonformität von Cash Pool-Guthaben generell ausschliessen würde, da eine eigentliche direkte «Rückzahlung» von der Cash Pool-Führerin an einzelne Teilnehmer im System des Cash Pools schlicht nicht vorgehen ist⁴³.

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass das Handelsgericht die von der A ausgereichten Konzern-

darlehen *in Verkennung der Sach- und Rechtslage* als nicht marktkonform qualifiziert.

Darüber hinaus ist unzutreffend, dass es – wie vom Bundesgericht behauptet – der «herrschenden Lehre» entspreche, dass *jedes* Nichtbestehen des «Drittmannstests» automatisch zur Umqualifizierung eines Konzerndarlehens in eine Ausschüttung führen müsse⁴⁴: Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die vom Bundesgericht für diese Aussage angeführte Literaturliste etwas zufällig wirkt und diesbezüglich die Zusammenstellung vorne in FN 26 und 27 doch repräsentativer erscheint. Vor allem aber irritiert, dass das Bundesgericht einerseits auf Literaturstellen verweist, die in ihrer (dem Format der jeweiligen Publikation geschuldeten) Pauschalität die hier interessierende Frage gar nicht differenziert genug behandeln, um als Referenz zu taugen⁴⁵, und es andererseits LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF unterstellt, seine Auffassung zu stützen, obwohl diese an der zitierten Stelle (!) gerade das *Gegenteil* vertreten⁴⁶. Ausserdem widerspricht die Auffassung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall der Rechtsprechung seiner eigenen II. öffentlich-rechtlichen Abteilung⁴⁷.

1.3 Bedeutung der Darlehensrückführung nach Bilanzstichtag

Für den hier besprochenen Sachverhalt noch viel wichtiger und grundlegender ist, dass *Rückzahlungswille und -fähigkeit* vorliegend bezüglich beider Darlehen dadurch erwiesen waren, dass sie kurz nach dem Stichdatum des massgeblichen Jahresabschlusses der A *vollständig zurückbezahlt bzw. im Fall der G über den Cash Pool-Mechanismus ausgeglichen* wurden⁴⁸, eine Qualifikation als verdeckte Gewinnausschüttung also als tatsachenwidrig erscheinen müsste⁴⁹. Dabei spielt es keine Rolle, dass dieser Ausgleich erst *nach dem Bilanzstichtag* stattgefunden hat: Es ist kaum nachvollziehbar, wieso Verwaltungsrat oder Revisionsstelle Darlehen, welche (wenn auch nach dem Bilanzstichtag) bereits vollständig zurückgeführt

³⁹ Der abendliche Ausgleich dieses Negativsaldos aus dem *master account* führt zu einer entsprechenden Reduktion des Kontokorrentguthabens der A bei der G. Die entsprechende schriftliche Regelung dürfte sich aus der Kombination von *Reciprocal Framework Agreement* und Cash Pool-Dokumentation ergeben.

⁴⁰ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.3 a.E.

⁴¹ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.2.3.

⁴² Also die direkte Rückführung von Mitteln von der G an die A, nicht aber die Reduktion des Guthabens der A durch Verrechnung im Kontokorrent.

⁴³ Vielmehr kann der Teilnehmer jederzeit sein Guthaben reduzieren, indem er sein Konto mit einem Negativsaldo belastet. Zudem wird manchmal so verfahren, dass sehr grosse, während längerer Zeit bestehende Guthaben in separate Darlehensverhältnisse ausserhalb des Cash Pools überführt werden, damit der Cash Pool nicht den Charakter eines Finanzierungsinstrumentes erhält. Schliesslich wird jeder Teilnehmer bei ordentlicher Beendigung des Cash Pools (oder seinem Austritt aus dem Pool) sein Guthaben zurückerhalten, allerdings auch dann nicht dadurch, dass die Poolführerin «ihre Ausstände begleicht», wie das Handelsgericht dies zu erwarten scheint, sondern vielmehr durch ein finales Netting über das *master account*.

⁴⁴ So aber BGer 4A_138/2014 Ziff. 4.2.

⁴⁵ PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Kunz et al. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern 2010, 96; PATRIC ALESSANDER BRAND, Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, Jusletter 22. August 2011, Rz 149. Besonders pikant: Die Stelle bei BRAND führt das Bundesgericht für angebliche «weitere Nachweise» an, dort wird aber in erster Linie auf den Bundesgerichtsentscheid 4A_496/2010 verwiesen, der mit der hier interessierenden Rechtsfrage *nichts* zu tun hat, aber von der I. zivilrechtlichen Abteilung in praktisch derselben Besetzung wie hier gefällt wurde.

⁴⁶ Vgl. GLANZMANN/WOLF (FN 28), 268, die dort vertreten, dass das Nichtbestehen des Drittmannstests zwar eine *Vermutung* des Ausschüttungscharakters begründe, welche aber *widerlegt* werden könne, und zwar insbesondere durch den Nachweis der Werthaltigkeit des Darlehens, welche sich eben in *Rückzahlungswille und -fähigkeit* manifestiert.

⁴⁷ BGE 138 II 57 und dazu vorne IV.1.1.

⁴⁸ Vgl. vorne II.2.

⁴⁹ So auch BGE 138 II 57 E.7.2.

wurden, zu einem früheren Stichtag als fiktiv oder nicht einbringlich⁵⁰ qualifizieren sollten.

Mit dem vom Handelsgericht bemühten *Stichtagsprinzip*⁵¹ hat das nichts zu tun: Weder der Verwaltungsrat der A noch die Revisionsstelle hatten ja ernsthaft erwogen, die fraglichen Konzerndarlehen per Ende 2000 nicht in der Bilanz aufzuführen, weil sie inzwischen nicht mehr ausstehend waren. Sie hielten es lediglich für nicht angezeigt, zwei Darlehen, welche im Zeitpunkt der Prüfungshandlungen im Frühling 2001 bereits vollständig zurückgeführt worden waren, per Ende 2000 buchhalterisch als *nonvaleurs* zu behandeln. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wie das Handelsgericht der Beklagten vorwerfen kann, sie habe nicht auf die angeblich mangelnde Werthaltigkeit eines *unzweifelhaft voll werthaltigen* Aktivums hingewiesen⁵². Als sogenannt «wertaufhellendes Ereignis» war die nach Stichtag erfolgte Rückzahlung durch Verwaltungsrat und Revisionsstelle zu berücksichtigen, weil das Ereignis selber (Rückzahlung) zwar erst nach dem Bilanzstichtag eintrat, aber entscheidende Grundlagen für die Beurteilung von vor dem Bilanzstichtag liegenden Tatsachen (Rückzahlungswille und -fähigkeit) lieferte⁵³.

Bedauerlicherweise macht das Bundesgericht in seinem zweiten Entscheid denselben Denkfehler, wenn es meint, «*es spielt [...] keine Rolle, ob das an die G. _____ BV ausgerichtete Darlehen in der Folge tatsächlich zurückbezahlt worden ist*», weil «[f]ür die Frage, ob genügend ausschüttbare Mittel vorhanden sind, [...] der Bilanzstichtag entscheidend [ist], und nicht der Ausschüttungszeitpunkt»⁵⁴. Hätte das Bundesgericht richtig formuliert, was es hier eigentlich sagen wollte⁵⁵, so würde das zwar stimmen; es ist vorliegend aber irrelevant, da die entscheidende Frage nicht ist, ob «genügend ausschüttbare Mittel vorhanden sind» (*recte*: ob genügend ausschüttbare Reserven bestehen), sondern ob die fraglichen Darlehen überhaupt *Ausschüttungscharakter* haben oder nicht: Nur wenn dies der Fall wäre (was durch die vollständige Tilgung nach Bilanzstichtag widerlegt ist), würde ihr Betrag die ausschüttbaren Reserven entsprechend reduzieren. Es scheint, als habe

das Bundesgericht die Problemstellung nicht vollständig verstanden.⁵⁶

2. Zum Einfluss von nicht marktkonformen Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit im Besonderen

2.1 Spezialreserve für nicht marktkonforme Konzerndarlehen?

Wie bereits erwähnt, stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung einen definitiven Mittelabfluss bei der Gesellschaft dar. Da eine Ausschüttung definitionsgemäss *ohne Gegenleistung* erfolgt, werden die Aktiven genau in Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung *vermindert*. Die freien Reserven müssen sich also um den entsprechenden Betrag *reduzieren*, um die durch den entschädigungslosen Aktivenabfluss verminderte Ausschüttungsfähigkeit in der Bilanz zu reflektieren – genauso, wie dies bei Ausschüttung einer formellen Dividende der Fall ist.

Bei einer formellen Dividende käme nun aber niemand auf die Idee, im Betrag der Reduktion der freien Reserven eine neue «gesperrte Reserve» zu bilden, wie das Bundesgericht und sinngemäss auch das Handelsgericht es für den Fall der verdeckten Gewinnausschüttung vertreten⁵⁷; vielmehr fällt der Betrag der Dividende sowohl auf der Aktivseite der Bilanz (in der Position der ausgeschütteten Mittel) als auch auf ihrer Passivseite (in den freien Reserven) *ersatzlos* weg. Es ist nun nicht einzusehen, wieso dies bei einer *verdeckten* Gewinnausschüttung, bei der die fraglichen Aktiven genauso endgültig abfliessen, anders sein sollte – vielmehr *kann* es gar nicht anders sein, denn wenn der Betrag der Ausschüttung auf der Aktivseite wegfällt, muss er dies auch auf der Passivseite tun, ansonsten die Bilanz *aus dem Gleichgewicht* gerät⁵⁸.

⁵⁰ Vgl. FN 28.

⁵¹ HG130015 Ziff. VI.5.1.4.4.2.

⁵² Vgl. auch GLANZMANN/WOLF (FN 28), 268, welche die zwischenzeitlich erfolgte Rückzahlung als «*ultimate[n] Beweis der Werthaltigkeit*» bezeichnen.

⁵³ LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, N 508 f.; GLANZMANN/WOLF (FN 28), 268, m.w.H.

⁵⁴ BGer 4A_138/2014 Ziff. 4.5.

⁵⁵ Es geht nicht um den Betrag der «*ausschüttbaren Mittel*» (deren Bestand hat der Verwaltungsrat sehr wohl zum Ausschüttungszeitpunkt im Auge zu behalten, ansonsten er seine Pflicht verletzt, eine angemessene Liquidität der Gesellschaft zu jeder Zeit sicherzustellen), sondern vielmehr um die Höhe der für Ausschüttungen verfügbaren *Reserven*. Das Bundesgericht macht hier den häufig anzutreffenden Fehler, die für Dividendenausrichtungen massgeblichen Positionen auf der Aktiv- und auf der Passivseite der Bilanz zu verwechseln.

⁵⁶ Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts zeigt in BGE 138 II 57 E.7.2 mehr Bilanzsachverstand, wenn sie festhält, dass die Feststellung der dortigen Vorinstanz, bestimmte Darlehen hätten Ausschüttungscharakter, «*offensichtlich unzutreffend*» sei, weil «*im Zeitpunkt der angefochtenen Urteile [also nach dem Stichtag der Bilanz, gestützt auf welche die Steuerbehörde eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen hatte] sämtliche Darlehen vollumfänglich zurückerstattet waren*».

⁵⁷ Vgl. vorne III.3 und III.4. Beide stützen sich dabei auf MAURER/HANDLE (FN 26), denn die vom Bundesgericht ebenfalls zitierte Quelle MARKUS R. NEUHAUS/ROLF WATTER, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 195, befasst sich nicht mit Darlehen an, sondern Sicherheiten zugunsten von Aktionären, und dort macht eine «Reserve» (im Sinne einer Rückstellung) im Umfang des (zunächst nicht – und vielleicht nie – abfliessenden) Garantiebetrags natürlich Sinn.

⁵⁸ Zwar führt die (echte) verdeckte Gewinnausschüttung zu einem *Ersatzanspruch* der Gesellschaft (aus Art. 678 Abs. 2 oder Art. 680 Abs. 2 OR), wie GLANZMANN/WOLF richtigerweise anmerken (GLANZMANN/WOLF (FN 28), 271), aber zumindest im Fall der fehlenden Rückzahlungsfähigkeit wäre auch dieser wiederum abzuschreiben, und sofern fehlender Rückzahlungswille zur Qualifika-

Dies zeigt eben, dass es sich bei diesem Konstrukt der «gesperrten Reserve» um eine *buchhalterische Krücke* handelt, die nötig wird, weil die Gerichte auf halbem Weg von ihrem Mut verlassen wurden: Zwar disqualifizieren sie die fraglichen Konzerndarlehen als verdeckte Ausschüttung, sind dann aber doch nicht konsequent genug, die *Elimination* der Darlehensbeträge aus der Bilanz⁵⁹ zu fordern, was aber bei einer (echten) Ausschüttung, wie eben gezeigt, unvermeidlich wäre. Stattdessen soll die Gesellschaft das Konzerndarlehen zwar als Aktivum in den Büchern behalten dürfen, soll aber mit dieser neu erfundenen «Reserve» ein *grundsätzliches Misstrauen* gegen Zahlungswillen oder -fähigkeit des Aktionärs zum Ausdruck bringen. Wieso nun aber eine Forderung gegen den Aktionär bei grundsätzlich gegebener Aussicht auf Rückzahlung alleine aufgrund ihrer irgendwie mangelnden Marktkonformität (netto) als *nonvaleur* in den Büchern geführt werden soll, ist nicht einzusehen und lässt sich auch aus den von den beiden Gerichten bemühten Kapitalschutzvorschriften nicht herleiten, denn es ist ja trotz mangelhaftem *pricing* des Darlehens nach pflichtgemäßem Ermessen davon auszugehen, dass der Nominalbetrag der Forderung vollumfänglich und fristgerecht an die Gesellschaft zurückfliessen wird. Vielmehr zwingen die Gerichte hier – wohl aus einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber der konzerninternen Finanzierung heraus – den schweizerischen Konzerngesellschaften faktisch eine *Zwangsrückstellung* auf allen Konzerndarlehen auf⁶⁰, die sie notdürftig als «Reserve» verkleiden, weil ihnen für die Rückstellung wohl bei aller Phantasie keine rechtliche Begründung eingefallen ist.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang auch der Ansatz von LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, die zu bedenken geben, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung zu einem *Ersatzanspruch* der Gesellschaft führt⁶¹, der die abgeflossenen Mittel auf der Aktivseite grund-

sätzlich vollumfänglich ersetzt⁶². Denn wenn man, wie Bundesgericht und Handelsgericht, auch solchen Konzerndarlehen Ausschüttungscharakter zuspricht, die zurückzuzahlen der Schuldner willens und fähig ist, nur weil sie den Drittmannstest nicht vollständig bestehen, dann muss man konsequenterweise auch für solche «Ausschüttungen» den entsprechenden Ersatzanspruch bejahen. Wiederum ist nicht einzusehen, wieso diese Ersatzforderung bei gegebener Zahlungsfähigkeit des Schuldners durch eine «faktische Rückstellung» relativiert werden müsste.

Gänzlich abzulehnen ist schliesslich die Ansicht von MATTHIAS MAURER/MARCO HANDLE, die sogar unzweifelhaft marktgerechte *upstream*-Konzerndarlehen mittels einer solchen Sperre berücksichtigen wollen⁶³, denn die Begründung dafür ist nicht überzeugend: Die Autoren stellen sich auf den Standpunkt, dass die Überlegungen, welche zum Erfordernis der Deckung von nicht marktgerechten Konzerndarlehen durch freie Reserven führten, «sich [...] auch auf marktgerechte Darlehen übertragen [lassen], die an Konzerngesellschaften entrichtet werden». Dabei nehmen sie irrigerweise an, die vorgenannten Überlegungen leiteten das Erfordernis der Reservendeckung daraus ab, dass solche Darlehen die Bonität der Gesellschaft zu einem gewissen Grad von der Bonität des Darlehensnehmers abhängig machten. Diese Annahme ist aber *unzutreffend*, da diese Bonitätsrelation gleichermaßen auch bei Darlehen eintritt, welche an unabhängige Dritte ausgereicht werden (und niemand wollte in diesem Fall ja ernsthaft fordern, solche Darlehen müssten durch freie Reserven gedeckt sein). Das Erfordernis der Deckung von nicht marktgerechten Konzerndarlehen durch freie Reserven rührt vielmehr daher, dass solche Darlehen, wenn (und nur wenn, vgl. vorne IV.1) Rückzahlungswille oder -fähigkeit fehlen, *verdeckte Gewinnausschüttungen* darstellen, also als *definitiv abgeflossen* zu gelten haben – was auf marktgerechte Konzerndarlehen gerade nicht zutrifft⁶⁴. Schliesslich ist es – anders als von diesen Autoren angeführt – auch nicht so, dass das Handelsgericht sich in seinem ersten Urteil «auf dieser Linie bewegt»; das Handelsgericht hatte dort die Prüfung der Marktkonformität nicht unterlassen, weil es Konzerndarlehen ohnehin als «sperrend» verstand, sondern weil es *unabhängig von der Marktkon-*

tion des Darlehens als verdeckte Ausschüttung führt, so dürfte die Durchsetzungsbereitschaft der Gesellschaft regelmässig fehlen, was es als missbräuchlich erscheinen liesse, dennoch eine entsprechende Forderung zu aktivieren (vgl. dazu auch HWP 2009 Band I, IV.11.6: «Die Forderung ist dann einzubuchen, wenn die Gesellschaft den Willen hat, diese geltend zu machen, und realistischerweise auch die Möglichkeit besteht, den Anspruch durchzusetzen»). Zumindest im Kontext der von einem Alleinaktionär gehaltenen Gesellschaft wird dieser Ersatzanspruch ausschliesslich im Konkurs der Gesellschaft aktuell werden.

⁵⁹ Auf dem Wege der Abschreibung wegen mangelnder Werthaltigkeit.

⁶⁰ Denn wer wird es jetzt als verantwortliches Organ noch wagen, von der Marktkonformität eines Konzerndarlehen auszugehen, insbesondere, da es das Bundesgericht für nötig befand, die Tatsache, dass die fraglichen Darlehen «nicht besichert» waren (was in der Konzernrealität regelmässig der Fall ist), indigniert durch *Kursersatz* hervorzuheben (BGer 4A_138/2014 Ziff. 4.5)? Will (bzw. muss) man der «Logik» der beiden Gerichte folgen, so genügt für die Bejahung der Werthaltigkeit ja nicht einmal mehr die vollständige Rückzahlung des fraglichen Ausstandes.

⁶¹ Vgl. dazu FN 58.

⁶² Vgl. aber die Relativierung in FN 58, was echte verdeckte Gewinnausschüttungen anbelangt, also solche, bei denen Rückzahlungswille oder -fähigkeit fehlen.

⁶³ MAURER/HANDLE (FN 26), 296, 298.

⁶⁴ Nichts anderes lässt sich auch aus der von den Autoren zitierten Stelle bei PETER BÖCKLI (BÖCKLI, Aktienrecht (FN 26), § 12 N 546) herauslesen; aus dem dortigen Zusammenhang (BÖCKLI, Aktienrecht (FN 26), § 12 N 545) sowie in Verbindung mit früheren Publikationen dieses Autors (BÖCKLI, Sondervermögen (FN 26), 543 f.; PETER BÖCKLI, Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang, Der Schweizer Treuhänder 2/1980, 6 f.) ergibt sich vielmehr, dass auch er ein *upstream*-Konzerndarlehen nur dann als verdeckte Gewinnausschüttung qualifizieren will, wenn es an Rückzahlungswille oder -fähigkeit mangelt.

formität keine Rechtswidrigkeit und keinen Kausalzusammenhang zwischen den angeblich schadenstiftenden Handlungen bzw. Unterlassungen der Revisionsstelle und dem Schaden zu erkennen vermochte (vgl. vorne III.1 und FN 10).

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass für die in den besprochenen Entscheiden postulierte Spezialreserve (oder «de facto-Sperrung», wie das Handelsgericht es nennt), welche richtigerweise als *Rückstellung* charakterisiert werden muss, *kein Raum* besteht. Liegt eine echte verdeckte Gewinnausschüttung vor, welche der Empfänger entweder nicht zurückzahlen gedenkt oder die er von Anfang an nicht zurückerstatten kann, dann ist der entsprechende Betrag auf der Aktivseite abzuschreiben, mit einer entsprechenden Eigenkapitalreduktion auf der Passivseite. Mangelt es einem *bona fide*-Darlehen an den Aktionär hingegen nur an vollkommener Marktkonformität, ohne dass die Rückzahlung grundsätzlich fragwürdig erscheint, dann besteht im Umfang des Darlehens dennoch ein normales Aktivum, das weder durch neue Reserven noch Rückstellungen zu entwerten wäre – schliesslich steht der vollständige Rückfluss der ausstehenden Mittel ja nicht in Frage. Und selbst wenn man auch ein solches Darlehen als verdeckte Ausschüttung qualifizieren wollte, dann stünde der Gesellschaft jedenfalls ein Ersatzanspruch in gleicher Höhe zu, dessen Relativierung durch eine Gegenposition auf der Passivseite sich bei entsprechender Bonität des Schuldners ebenfalls nicht rechtfertigen lässt.

2.2 Ausschüttung von sperrenden Darlehen gegen eine allfällige Spezialreserve

Dem Praktiker, der sich nun mit dem Problem konfrontiert sieht, dass zumindest zur Zeit ein Bundesgerichtsurteil im Raum steht, das ihn zur «Sperrung» von nicht marktkonformen Konzerndarlehen zwingt, stellt sich natürlich noch die Frage, ob gegen diese Spezialreserve überhaupt keine Ausschüttungen zulässig sind, oder ob – nur, aber immerhin – Konzerndarlehen, welche in einer solchen Spezialreserve abzubilden sind, zu Lasten dieser Spezialreserve ausgeschüttet werden dürfen, was das durch das Bundesgericht unnötigerweise geschaffene neue *Zwangskorsett* um die Aktiven schweizerischer Gesellschaften wenigstens etwas lockern würde.

In seinem ersten Urteil bejaht das Handelsgericht dies noch⁶⁵, dem zweiten Urteil ist dazu nichts mehr zu entnehmen, wobei offen bleibt, ob dies nur deshalb so ist, weil das Gericht neu nicht mehr vom Vorliegen einer Naturaldividende ausgeht⁶⁶, oder ob es die statuierte

Sperrung der freien Reserven in dem Sinne als absolut verstanden wissen will, dass auch die Ausschüttung von sperrenden *upstream*-Konzerndarlehen nur zu Lasten der *nach* Berücksichtigung dieser Sperre noch verbleibenden freien Reserven zulässig sei. Auch das Bundesgericht schweigt dazu, da es – richtigerweise, vgl. hinten IV.3 – in seinen beiden Entscheiden festhält, es liege gar keine Naturaldividende vor⁶⁷.

Richtigerweise muss die Ausschüttung von sperrenden Konzerndarlehen gegen diese Spezialreserve (wenn man sie denn glaubt bilden zu müssen) *zulässig* sein. Das ergibt sich daraus, dass die Unsicherheit der Rückzahlung (und damit der Werthaltigkeit) sich nach Abfluss des Darlehens nicht mehr stellt, die sperrende Spezialreserve in Höhe des ausgeschütteten Darlehens also *nicht mehr nötig* ist. Auch die wesensähnliche Reserve für eigene Aktien ist ja – aus demselben Grund – bei Veräusserung der Aktien *vollständig* aufzulösen, unabhängig von der Höhe der Gegenleistung⁶⁸.

Entsprechend steht diese Sperrung des freien Eigenkapitals nur der Ausschüttung *anderer Aktiven* entgegen, nicht aber der Ausschüttung der sperrenden Konzerndarlehen selber. Oder andersherum: Eine Dividende zu Lasten dieser Spezialreserve darf nur, aber immerhin, durch Naturalausschüttung von Konzerndarlehen vorgenommen werden.⁶⁹

Zum selben Ergebnis führt auch die *konsequente* Behandlung solcher Konzerndarlehen als *verdeckte Gewinnausschüttung*: Will man solche Darlehen einerseits als bereits abgeflossen betrachten, so kann man andererseits nicht im Ernst argumentieren, der Gesellschaft entstehe durch die «Ausschüttung» dieser *novvaleurs* ein (erneuter) Vermögensnachteil. Vielmehr erfolgt unter diesem Blickwinkel lediglich die (überfällige) Wertberichtigung auf der Aktivseite, indem das nicht werthaltige Konzerndarlehen eliminiert wird, wenn auch mit einem falschen Buchungssatz, nämlich als Dividendenausschüttung statt als Abschreibung, was aber aus Sicht der «ausschüttenden» Gesellschaft keinen Unterschied macht⁷⁰.

Dass es nicht unzulässig sein kann, nicht marktkonforme Konzerndarlehen gegen die durch sie bedingte Spezialreserve auszuschütten, zeigt sich schliesslich auch in folgender Gebrauchsanweisung zum *rechtmässigen Alternativverhalten*: Man schütte zunächst nur so viel der *upstream*-Konzerndarlehen als Naturaldividende aus, wie durch das trotz Konzerndarlehen-Spezialreserve noch verfügbare Eigenkapital gedeckt ist (im Beispiel der A per Ende 2000 CHF 5.52 Millionen, nämlich CHF

⁶⁵ Vgl. vorne III.1.

⁶⁶ Was es *weder prüft noch explizit sagt*, obwohl dazu – falls es dies neu verneinen wollte – nach seiner Urteilsbegründung in HG080315 und der ersten bundesgerichtlichen Rückweisung durchaus Anlass bestanden hätte.

⁶⁷ BGer 4A_248/2012 Ziff. 3.5 und 4.2; BGer 4A_138/2014 Ziff. 5.2.

⁶⁸ Art. 671a OR; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 330.

⁶⁹ So im Ergebnis auch GLANZMANN/WOLF (FN 28), 272.

⁷⁰ Insbesondere reduzieren Ausschüttung und Abschreibungsverlust gleichermaßen die freien Reserven.

29.17 Millionen minus CHF 23.65 Millionen⁷¹), erstelle dann sogleich einen aktuellen Zwischenabschluss, der um die Ausschüttung reduzierte «Bruttoreserven» von CHF 23.65 Millionen (CHF 29.17 Millionen – CHF 5.52 Millionen) ausweisen wird, aber nur noch eine Spezialreserve von CHF 18.13 Millionen (CHF 5.52 Millionen des sperrenden Konzerndarlehens tauchen ja im Zwischenabschluss nicht mehr auf, weil ausgeschüttet); die Differenz von CHF 5.52 Millionen wäre wiederum gegen ungesperrte freie Reserven ausschüttbar⁷² – und so weiter, und so fort, bis zur vollständigen⁷³ Abtragung des gesamten Konzerndarlehens durch eine Serie von Naturaldividenden.

3. Zum Zahlungsmechanismus der «Gutschrift über den Cash Pool»

3.1 Technischer Ablauf

Um die rechtliche Qualifikation der *in casu* vorgenommenen Dividendenabwicklung zu ermöglichen und insbesondere die Frage zu beantworten, ob es sich nun um eine Naturaldividende handelte oder nicht, ist es wichtig, die relevanten Zahlungsströme genau zu verstehen und zuzuordnen:

Die Bezahlung der Dividendenschuld von der A an ihre Aktionärin D erfolgte durch Belastung des CHF-Kontos der A und entsprechender Gutschrift auf dem Konto der D⁷⁴. Dieser Vorgang alleine hatte also mit dem Cash Pool *nichts zu tun*. Insofern ist die verschiedentlich vom Handelsgericht verwendete Formulierung der Bezahlung «über den Cash Pool» zumindest missverständlich; der einzige Zusammenhang mit dem Cash Pool ist ein *zufälliger*, nämlich der Umstand, dass sowohl das belastete Konto der A als auch das Gutschriftskonto der D Teil des Cash Pools waren. Die Dividendenzahlung wurde aber nicht «über den Cash Pool» (was einen Geldfluss über das *master account* implizieren würde), sondern wie jeder andere normale Zahlungsauftrag der A abgewickelt, durch *direkte* Überweisung⁷⁵.

Erst am Abend desselben Tages kam es dann zu einem Cash Pool-spezifischen Zahlungsvorgang: Der Negativsaldo auf dem Konto der A, welcher durch die Zahlung an die D entstanden war, wurde durch das Netting mit

dem *master account* ausgeglichen. *In casu* entsprach dieser Negativsaldo genau dem Dividendenbetrag⁷⁶, aber das war lediglich *Zufall*: Hätte die A an diesem Tag noch eine Überweisung auf ihr Konto erhalten, so wäre der ausgeglichene Negativsaldo (und damit die Reduktion des Guthabens der A bei G) *geringer* als der Dividendenbetrag ausgefallen.

Über die Vorgänge auf dem Gutschriftskonto der D wird in den Urteilen nichts gesagt. Es scheint aber plausibel, dass zunächst die Gutschrift der Überweisung von A erfolgte und abends dann der Saldo dieses Kontos ebenfalls über das *master account* ausgeglichen wurde. Es ist *möglich, aber keineswegs zwingend*, dass dies zur Abbuchung eines positiven Saldos exakt in der Höhe der früher am Tag eingegangenen Dividende führte (nämlich dann, wenn der Saldo vor Divideneingang Null betrug und danach bis am Abend keine Kontobewegungen mehr stattfanden); ebenso kann der abgebuchte Saldo (und damit das neue Guthaben der D gegen G) aber auch *geringer* als der Dividendenbetrag gewesen sein, nämlich dann, wenn dieses Konto vor dem Divideneingang einen Negativsaldo auswies oder danach (aber vor dem Netting) noch Belastungen stattfanden.

3.2 Rechtliche Bedeutung

Wie eben gezeigt war es bei der ausschüttenden A lediglich *Zufall*, dass ihr Guthaben bei der G um exakt den Betrag der Dividende reduziert wurde, und bei der D, über deren Kontovorgänge nichts bekannt ist, ist keinesfalls zwingend ein neues Guthaben gegenüber der G in genau dieser Höhe entstanden. Es kann deshalb nicht von einer *Naturaldividende* gesprochen werden, selbst wenn man eine solche trotz dem Umweg über die G grundsätzlich noch als möglich erachten wollte⁷⁷; dafür wäre aber eine Anweisung der A an die G notwendig gewesen, der D den Betrag der Dividende gutzuschreiben und das Guthaben der A bei der G entsprechend zu reduzieren.

Indem diese Anweisung aber nicht an die G, sondern (in Form eines Zahlungsauftrags) an die Poolbank erfolgte, besteht kein rechtsgenügender (und auch kein summenmässiger) Zusammenhang mehr zwischen der aufgegebenen Forderung der A gegen die G und der (eventuell) neu begründeten Forderung der D gegen die G, um noch von einer Forderungsauszahlung sprechen zu können⁷⁸. Vielmehr besorgte sich die A schlicht die für die Dividendenzahlung notwendige Liquidität bei der G.

⁷¹ Vgl. HG130015 Ziff. VI.5.1.4.1.

⁷² Zur generellen Zulässigkeit von Interimsdividenden und den formellen Voraussetzungen vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 532.

⁷³ Dieses Beispiel setzt zugegebenermassen eine – zumindest zwischen Jahresende und Stichtag des Zwischenabschlusses – statische Gesellschaft voraus, aber da wenigstens in nicht allzu komplizierten Verhältnissen ein Jahresabschluss (einschliesslich ggf. Prüfung) in sechs bis acht Wochen erstellt werden kann (und ein Zwischenabschluss in entsprechend kürzerer Zeit), ist es jedenfalls nicht unrealistisch anzunehmen, dass auf diese Weise nahezu das gesamte Konzerndarlehen schrittweise ausgeschüttet werden kann.

⁷⁴ Vgl. vorne II.3.

⁷⁵ Vgl. HG130015 Ziff. VI.5.1.4.3.1.

⁷⁶ Vgl. vorne II.3.

⁷⁷ Die Naturalausschüttung eines Darlehens wird ja üblicherweise durch direkte Forderungsabtretung ohne Involvement des *debitor cessus* ausgerichtet.

⁷⁸ Dies wird verdeutlicht, indem man sich den Extremfall vorstellt, wo das Konto der D vor Überweisung der Dividende einen Negativsaldo mindestens in Höhe der Dividende aufweist; in diesem Fall würde durch das abendliche Netting gar keine Forderung der D gegen die G begründet, sondern es bliebe lediglich der durch die

Zu weit geht deshalb die Auffassung von LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, die Bezahlung der Dividendenschuld habe im Sinne einer «*gesamtheitlichen Transaktion [...] im selben Betrag zu einer Reduktion der Darlehensforderung gegenüber der Cash Pool Leaderin*» geführt⁷⁹, weshalb die Reserven der A durch die Ausschüttung an die D und die Darlehensforderung gegen die G nicht doppelt belastet sein könnten⁸⁰ – egal ob die Autoren die «*gesamtheitliche Transaktion*» nun als Forderungsausschüttung oder als Dreiecksverrechnung verstanden haben wollen. Sie weisen denn ja auch an derselben Stelle selber darauf hin, dass die «*gesamtheitliche Transaktion*» jedenfalls dann ins Stocken gerät, «*wenn die Cash Pool Leaderin am Tag der Dividendenzahlung noch vor der Ausgleichung des Negativsaldos in Konkurs fällt*». Alleine aus dem rein faktischen Umstand, dass «*[d]iese Gefahr [...] sich im vorliegenden Fall [...] nicht verwirklicht*» hat, lässt sich nichts Rechtliches ableiten.

V. Zusammenfassung

Ein *upstream*-Konzerndarlehen qualifiziert nur dann als verdeckte Gewinnausschüttung, wenn es beim Darlehensnehmer entweder am Rückzahlungswillen oder an der anfänglichen Rückzahlungsfähigkeit fehlt, das Darlehen also fiktiv oder von Anfang an nicht einbringlich ist. Die Nicht- oder nicht vollständige Erfüllung der übrigen in Lehre und Rechtsprechung üblicherweise genannten Kriterien für die Marktkonformität von Konzerndarlehen kann nur Indizien für das Fehlen des Rückzahlungswillens liefern, aber nicht selber zu einer Qualifikation als verdeckte Gewinnausschüttung führen, solange Rückzahlungswille und -fähigkeit gegeben sind.

Die Bildung einer Spezialreserve («*Sperre*») im Umfang des Betrages von nicht marktkonformen Konzerndarlehen, welche die Ausschüttungsfähigkeit entsprechend reduzieren würde, ist unnötig und bei richtiger buchhalterischer Betrachtung auch gar nicht möglich. Die gegenteilige Ansicht von Handelsgericht und Bundesgericht beruht auf deren Inkonsequenz bei der Umsetzung ihrer (unzutreffenden) Ansicht, jeder Mangel an Marktkonformität qualifiziere ein Konzerndarlehen als verdeckte Gewinnausschüttung.

Selbst wenn man die Notwendigkeit einer solchen Spezialreserve bejahen würde, könnte diese jedenfalls keine absolute Sperrung von ausschüttbaren Mitteln in der entsprechenden Höhe verursachen; vielmehr könnten

wenigstens solche «*sperrenden*» Darlehen gegen diese Spezialreserve ausgeschüttet werden, da mit dem Abfluss eines solchen Darlehens in Höhe seines Nominalbetrags der vermeintliche Schutzzweck der Spezialreserve entfällt.

Das Handelsgericht und die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts stellen sich in verschiedenen zentralen Fragen – insbesondere der Bedeutung der mangelnden Marktkonformität von Konzerndarlehen – diametral gegen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, ohne aber im Geringsten zum Ausdruck bringen, dass sie eine neue Praxis begründen wollen. Dies legt nahe, dass beide Gerichte den relevanten Stand von Lehre und Rechtsprechung entweder übersehen oder nicht verstanden haben. Die Entscheide sind deshalb als *Fehlurteile* zu werten, die bei nächster Gelegenheit zu korrigieren sind.

Insgesamt kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, das Handelsgericht habe hier – mit gütiger Unterstützung des Bundesgerichts – *Ergebnisjurisprudenz* betrieben: Bei der A ging viel Geld verloren, weil diese an einem physischen Cash Pool teilgenommen hatte, und das will man sanktionieren, also ignoriert man Lehre und Rechtsprechung zu den Wesensmerkmalen der verdeckten Gewinnausschüttung und kreierte in Missachtung buchhalterischer Grundregeln eine Zwangsrückstellung für Schulden des offenbar unter Generalverdacht stehenden Konzernaktionärs, die man notdürftig als Reserve verkleidet, damit man das Ganze unter der Fahne des Kapitalschutzes segeln lassen kann.

Immerhin rechnet das Bundesgericht in seinem zweiten Entscheid – in dieser Deutlichkeit soweit ersichtlich erstmals – das Agio zu den ausschüttbaren Reserven und beendet damit eine lange dauernde, für den Praktiker höchst relevante Unsicherheit, die aufgrund einzelner, aber gewichtiger Minderheitsmeinungen in der Lehre bis anhin bestand.

Bezüglich Konzerndarlehen hingegen ist der einzige Lichtblick in dieser gegenwärtig für den Wirtschaftsstandort Schweiz unerfreulichen Situation das ebenfalls kürzlich ergangene Urteil des Zürcher Obergerichts OGer ZH LB110046 vom 8. September 2014, in welchem anhand der Verluste einer anderen Swissair-Konzerngesellschaft im selben Cash Pool – allerdings mit einer rechtlich anderen Fragestellung – das Gericht ausführlich erläutert, wieso die Teilnahme an einem physischen Cash Pool keineswegs «*bereits im Ansatz fragwürdig*» ist, wie das Bundesgericht hier auch noch etwas salopp einstreute, sondern vielmehr im Lichte der auch bei Verantwortlichkeitsfragen durchaus zu berücksichtigenden Konzernwirklichkeit sehr wohl vertretbar ist. Es bleibt zu hoffen, dass Zürcher Obergerichtsurteile auch in Lausanne gelesen (und verstanden) werden.

Dividendenüberweisung erreichte Nullsaldo auf dem Konto der D unberührt, bzw. würde sogar der verbleibende Negativsaldo durch eine Überweisung vom *master account* ausgeglichen, was zu einer neuen Forderung nicht von D gegen G, sondern von G gegen D führte.

⁷⁹ Denn dies war wie gezeigt Zufall.

⁸⁰ Vgl. GLANZMANN/WOLF (FN 28), 272.