



Präzisierungen des Bundesgerichts betreffend konzerninterne Finanzierungen

Eva Hersberger, Rechtsanwältin, Senior Consultant, Legal Services, eva.hersberger@ch.ey.com

Liebe Kunden und Geschäftsfreunde

In einem neuen Bundesgerichtsentscheid (4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014) stellt das Bundesgericht im Zusammenhang mit Aktionärsdarlehen im Rahmen eines Cash Pools erstmals klar, dass das Agio aufgrund seiner Qualifikation als Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve ausgeschüttet werden kann, soweit die gesetzliche Reserve die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt. Weiter hat das Bundesgericht entschieden, dass konzerninterne up- bzw. cross-stream-Darlehen, die nicht Drittkonditionen entsprechen, im Umfang des Darlehensbetrages das frei verwendbare Eigenkapital für (Dividenden-) Ausschüttungen sperren. Unverändert zulässig sind im Hinblick auf die Kapitalschutzbestimmungen up- und cross-stream-Darlehen, die «at arm's length» gewährt werden.

Mit der vorliegenden Ausgabe der Legal News zeigen wir Ihnen die wesentlichsten Erkenntnisse aus dem Entscheid des Bundesgerichtes auf und thematisieren die (möglichen) rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit konzerninternen Finanzierungen.

Daniel Bachmann
Rechtsanwalt, Partner, Legal Services
daniel.bachmann@ch.ey.com

1. Sachverhalt

Die Swisscargo AG (A.) war in den konzerninternen Zero Balancing Cash Pool des Swissair-Konzerns eingebunden. Per 31. Dezember 2000 hatte sie gegenüber der Konzernmutter Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft, ein Guthaben über CHF 7.15 Mio. aus Festgeldanlagen und gegenüber der niederländischen Cash Pool Leaderin (G.) ein Guthaben von CHF 16.5 Mio., total CHF 23.65 Mio. Das Eigenkapital der A. setzte sich wie folgt zusammen (in Mio. CHF):

Aktienkapital	2.50
Agio	2.43
Allgemeine Reserve	1.25
Bilanzgewinn	29.17
Total	35.35

Die Generalversammlung der A. genehmigte den Gewinnverwendungsvorschlag des Verwaltungsrates, der Alleinaktionärin für das Geschäftsjahr 2000 eine Dividende von CHF 28.5 Mio. auszuschütten. Die Revisionsstelle bestätigte die Rechtmässigkeit des Gewinnverwendungsvorschlags vorbehaltlos. Die Dividende wurde in der Folge über den Cash Pool ausbezahlt. Im Zuge des Zusammenbruchs des Swissair-Konzerns im Herbst 2001 fiel die Cash Pool Leaderin in Konkurs. Die Nachlassmasse der A. machte daraufhin gegenüber der Revisionsstelle Schadenersatzansprüche in der Höhe von rund CHF 4 Mio. geltend und begründete ihre Forderung sinngemäss damit, dass die Guthaben von A. gegenüber Konzerngesellschaften von insgesamt CHF 23.65 Mio. Darlehen an den Aktionär darstellten und in ihrem Umfang das für

die Gewinnausschüttung verwendbare Eigenkapital sperrten. Folglich hätten nur CHF 5.52 Mio. (Bilanzgewinn abzgl. konzerninterne Darlehen) ausgeschüttet werden dürfen. Die Revisionsstelle habe sich damit pflichtwidrig verhalten. Wäre die Differenz im Cash Pool verblieben, hätte die Nachlassmasse der A. eine um CHF 4 Mio. höhere Konkursdividende erhalten.

2. Problemstellung

Konzerngesellschaften dürfen miteinander Geschäfte tätigen. Zu diesen zulässigen Geschäften gehört grundsätzlich auch die Gewährung von Darlehen. Die typische Form der Finanzierung im downstream-Verhältnis (von Ober- an Untergesellschaften) ist jedoch die Kapitaleinlage und im upstream-Verhältnis (von Unter- an Obergesellschaften) die Dividendenausschüttung. Daraus können sich heikle Abgrenzungsfragen ergeben. Um die Gesellschaft vor ungerechtfertigten Eigenkapitalentnahmen durch den Aktionär zu schützen, sind (Dividenden-)Ausschüttungen nur unter Einhaltung strenger formeller und materieller Voraussetzungen zulässig. Zu nennen sind das Verbot der Einlagenrückgewähr, die Reserveschutzbestimmungen und die formellen Voraussetzungen für den Dividendenbeschluss, bzw. die Kapitalherabsetzung. Werden diese Bestimmungen verletzt, ist die Ausschüttung nichtig und rückforderbar.

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass side- (auch cross-)stream-Darlehen (zwischen Gesellschaften mit derselben Obergesellschaft) wie upstream-Verhältnisse beurteilt werden, da hier eine wirtschaft-

liche Betrachtung angestellt wird und dem Aktionär auch die von ihm beherrschten Konzerngesellschaften zugerechnet werden.

3. Sperrung des verwendbaren Eigenkapitals durch konzerninterne Darlehen mit Ausschüttungscharakter

Das Bundesgericht sowie ein überwiegender Teil der Lehre wenden im Zusammenhang mit konzerninternen up- oder cross-stream Darlehen (welche unter dem Verbot der Einlagenrückgewähr zu prüfen sind) den Grundsatz des «dealing at arm's length» (auch «Drittmannstest») an (vgl. dazu die Legal News vom November 2012). Aktionärsdarlehen, die nicht aus dem frei verfügbaren Eigenkapital gewährt werden, müssen zu den gleichen Bedingungen gewährt werden wie an einen unabhängigen Dritten. Ist dies nicht der Fall, liegt - jedenfalls nach (teilweise umstrittener) Auffassung des Bundesgerichts - ein fiktives Darlehen bzw. eine verdeckte Ausschüttung vor, welche das vorhandene frei verwendbare Eigenkapital de facto im Umfang des Aktionärsdarlehens für (Dividenden-) Ausschüttungen sperrt. In der vorliegend erfolgten Ausschüttung erblickte das Bundesgericht zwar keinen Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr, da der Darlehensbetrag das frei verfügbare Eigenkapital nicht überschritt. Die Darlehen erfüllten nach Ansicht des Bundesgerichtes jedoch den Drittmannstest nicht und hätten daher bei der Bestimmung der Höhe der Dividendenausschüttung berücksichtigt werden müssen, da sie de facto eine Sperrung des frei verwendbaren Eigenkapitals bewirkten.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht für die Beurteilung, ob genügend frei verfügbares Eigenkapital für die Dividendenausschüttung vorhanden ist, allein auf den letzten Bilanzstichtag und nicht auf das Datum der Dividendenausschüttung abstellte. Dies erscheint deshalb als sehr bedeutsam, weil die fraglichen Darlehen noch vor dem beanstandeten Dividendenbeschluss und, jedenfalls in Bezug auf das Darlehen an G., auch vor Erstellung des Revisionsberichts zurückbezahlt waren.

4. Keine Ausschüttungssperre für Agio

Bis anhin wurde die Frage, ob, in welchem Betrag und ab wann Agio frei verfügbares Eigenkapital ist, vom Bundesgericht noch nicht entschieden. Im vorliegenden Entscheid folgt das Bundesgericht nun der

herrschenden Lehre, nach der das Agio wie eine gewöhnliche allgemeine Reserve zu behandeln ist, keinen besonderen Schutz genießt und damit für die Dividendenausschüttung zur Verfügung steht. Das Agio wird direkt ex lege den allgemeinen Reserven zugewiesen, und ein zusätzlicher Beschluss der Generalversammlung ist nicht erforderlich. Diese Qualifikation entspricht derjenigen der Steuerbehörden, welche das Agio seit Einführung des Kapitaleinlageprinzips als grundsätzlich ausschüttbare Reserven behandeln. Folglich entschied das Bundesgericht, dass vorliegend nicht nur CHF 5.52 Mio. sondern tatsächlich noch CHF 7.95 Mio. für die Dividendenausschüttung zur Verfügung standen.

5. Einschätzung des Bundesgerichts zu Cash Pooling Operationen und dem Drittmannstest

Das Bundesgericht bezeichnete die Teilnahme an einem Cash Pool, bei dem die Teilnehmerin über ihre Liquidität verfügt, in Bezug auf den Drittmannstest als «bereits im Ansatz fragwürdig». Das Bundesgericht ging jedoch nicht näher auf die Frage ein, da die Darlehen unbestrittenermassen nicht besichert waren und die Revisionsstelle auch nicht behauptet hatte, die Bonität der Schuldnerinnen überprüft zu haben. Nach Dafürhalten des Bundesgerichtes konnten die Darlehen schon allein deshalb nicht als Marktbedingungen entsprechend bezeichnet werden. Im Weiteren lag lediglich ein Rahmenvertrag betreffend den Cash Pool vor, jedoch keine schriftliche Vereinbarung betreffend Rückzahlung, Zinsendienst oder Sicherheiten. Leider war es daher für das Bundesgericht nicht angezeigt, klare Richtlinien für den Drittmannstest aufzustellen.

6. Empfehlungen für konzerninterne Finanzierungen

Es ist davon auszugehen, dass die Diskussionen im Zusammenhang mit konzerninternen Finanzierungen zunehmen werden. Cash Pools und up- bzw. cross-stream-Darlehen sollten sorgfältig beurteilt werden. Namentlich wenn diese Darlehen das frei verfügbare Kapital der Darleiherin überschreiten, empfiehlt sich die Bestellung zusätzlicher Sicherheiten und es ist eine angemessene Überwachung der finanziellen Lage der Beteiligten sicherzustellen. Je nach Situation ist zu erwägen, die das frei verfügbare Eigenkapital überschreitenden Darlehensbeträge zu reduzieren.

Kontakte Legal

Basel: Dominik Matter
dominik.matter@ch.ey.com

Bern: Daniel Bachmann
daniel.bachmann@ch.ey.com

Genf: Aurélien Muller
aurelien.muller@ch.ey.com

Zürich: Jvo Grundler
jvo.grundler@ch.ey.com

Über die globale EY-Organisation

Die globale EY-Organisation ist eine Marktführerin in der Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Transaktionsberatung und Rechtsberatung sowie in den Advisory Services. Wir fördern mit unserer Erfahrung, unserem Wissen und unseren Dienstleistungen weltweit die Zuversicht und die Vertrauensbildung in die Finanzmärkte und die Volkswirtschaften. Für diese Herausforderung sind wir dank gut ausgebildeter Mitarbeitender, starker Teams sowie ausgezeichneter Dienstleistungen und Kundenbeziehungen bestens gerüstet. *Building a better working world*: Unser globales Versprechen ist es, gewinnbringend den Fortschritt voranzutreiben - für unsere Mitarbeitenden, unsere Kunden und die Gesellschaft.

Die globale EY-Organisation besteht aus den Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited (EYG). Jedes EYG-Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig und haftet nicht für das Handeln und Unterlassen der jeweils anderen Mitgliedsunternehmen. Ernst & Young Global Limited ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht und erbringt keine Leistungen für Kunden. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website: www.ey.com.

Die EY-Organisation ist in der Schweiz durch die Ernst & Young AG, Basel, an zehn Standorten sowie in Liechtenstein durch die Ernst & Young AG, Vaduz, vertreten. «EY» und «wir» beziehen sich in dieser Publikation auf die Ernst & Young AG, Basel, ein Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited.

Impressum

Legal News

Elektronische Publikation in deutscher, französischer und englischer Sprache

Konzept und Realisation

Ernst & Young AG
Brand, Marketing and Communications
Postfach
8022 Zürich

Abonnemente/Adressänderungen

www.ey.com/ch/newsletter

www.ey.com/ch/legal

© 2014 Ernst & Young AG
Alle Rechte vorbehalten.

Haftungsausschluss

Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht. Obwohl sie mit grösstmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann sie nicht als Ersatz für eine detaillierte Recherche oder eine fachkundige Beratung oder Auskunft dienen. Es besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität. Es liegt am Leser zu bestimmen, ob und inwiefern die zur Verfügung gestellte Information im konkreten Fall relevant ist. Jegliche Haftung seitens der Ernst & Young AG und/oder anderer Mitgliedsunternehmen der globalen EY-Organisation wird ausgeschlossen. Bei jedem spezifischen Anliegen empfehlen wir den Beizug eines geeigneten Beraters.