

# Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern

von

LUKAS HANDSCHIN

## I. Grundlagen

### 1. Begriff, Arten

Der *Cashpool* bewirkt, dass rechnerisch oder effektiv die Liquiditätsguthaben mehrerer Gesellschaften regelmässig, in der Regel täglich, saldiert und zentral verwaltet werden<sup>1</sup>. Begrifflich kann ein *Cashpool* sowohl unter unabhängigen Gesellschaften als Instrument einer gemeinsamen, aber selbstständig beschlossenen Liquiditätsbewirtschaftung eingerichtet werden, wie auch unter Konzerngesellschaften. Praktisch bedeutsam sind *Cashpools* unter Konzerngesellschaften<sup>2</sup>.

Beim *Notional Cashpool* verbleiben die Guthaben der einzelnen Gesellschaften auf den eigenen Bankkonten und die Soll- und Habenbestände werden lediglich rechnerisch zusammengeführt<sup>3</sup>. Die teilnehmenden Gesellschaften bleiben direkt gegenüber der Bank berechtigt. Sie geben ihre Liquidität nicht weg, sondern behalten sie. Im Falle des Konkurses einzelner Konzerngesellschaften verbleibt die Liquidität bei der überlebenden Konzerngesellschaft oder ihrer Konkursmasse.

Beim sogenannten *Zero Balancing* werden die Mittel auf ein zentrales Konto überführt, das auf den Namen derjenigen Gesellschaft lautet, welche im *Cashpool* die Rolle des *Pool Leaders* übernimmt<sup>4</sup>. Das kann die Konzernmutter sein, aber auch eine speziell zu diesem Zweck gegründete Finanzgesellschaft<sup>5</sup>.

In der praktischen Handhabung werden der *Notional Cashpool* und das *Zero Balancing* in ihrer Wirkung oft stark einander angeglichen. Diese Angleichung ergibt sich dadurch, dass beim *Notional Cashpool* die einzelnen Kontokorrente der

1 BLUM, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, S. 705 ff., 712.

2 VETTER, Konzernweites Cash Management – Rechtliche Schranken und Risiken, in: Lutter (Hrsg.), Holding-Handbuch, Köln 2004, N 1 zu § 8. Zur empirischen Bedeutung eines holdingweiten, zentralen Finanzmanagements vgl. THEISEN, Finanzwirtschaft der Holding, Holdinghandbuch, § 11 N 6.

3 BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 705.

4 BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 705.

5 THEISEN, a.a.O. (Fn. 2), § 11 N 7 ff.

teilnehmenden Konzerngesellschaften mit den Guthaben anderer Konzerngesellschaften gesichert werden, sei dies durch eine gegenseitige Verpfändung oder durch das Recht der Bank, die Guthaben gegenüber einer Konzerngesellschaft mit den Schulden einer anderen Konzerngesellschaft zu verrechnen<sup>6</sup>. Im Ergebnis wird damit der *Notional Cashpool* zu einem *Zero Balancing*, denn die für das *Zero Balancing* charakteristische Preisgabe der Liquidität zu Gunsten anderer Konzerngesellschaften besteht gleichermaßen sowohl bei einer Verpfändung der Guthaben für Schulden anderer Konzernglieder (bei formell separaten Konten bei der betreffenden Bank im Rahmen eines *Notional Cashpools*) wie auch bei der direkten Weggabe der Liquidität beim *Zero Balancing*.

Unterschiede bestehen allenfalls noch darin, dass sich beim *Notional Cashpool* die Ansprüche der einzelnen Konzerngesellschaften gegen die Banken richten und dass diese Banken die berechtigten Konzernglieder solange mit Liquidität versorgen, wie die Verpfändungssituation dies zulässt. Beim *Zero Balancing* besteht die Gefahr, dass der Konzern die Liquidität an einzelne Konzernglieder auch dann nicht zurückgibt, wenn bei einem *Notional Cashpool* mit gegenseitiger Verpfändung die Bank noch leisten würde<sup>7</sup>. Auf der anderen Seite führen gegenseitige Verpfändungen und Verrechnungsrechte zu Gunsten der Bank oft zu einem System von Abhängigkeiten, das die Auflösung eines *Notional Cashpools* gegenüber dem *Zero Balancing* erschweren kann.

Eine weitere Unterscheidung ergibt sich durch die Richtung des Liquiditätstransfers: Fließt die Liquidität von einer Konzerngesellschaft an die Muttergesellschaft (*upstream security*) oder an ein Schwesterunternehmen (*cross-stream security*), liegt eine mittel- oder unmittelbare Leistung an einen Aktionär vor<sup>8</sup>. Fließt demgegenüber die Liquidität von einem Mutter- auf ein Tochterunternehmen (*downstream security*), liegt eine Leistung eines Aktionärs gegenüber seinem Unternehmen vor, die in der Regel unproblematisch ist und auf die völlig andere Vorschriften anwendbar sind<sup>9</sup>.

Die nachfolgenden Überlegungen beziehen sich auf den *Cashpool* im Sinne des *Zero Balancing* oder des *Notional Cashpools* mit Verpfändung, also auf diejenigen *Cashpool*-Systeme, bei denen die Liquidität der einzelnen Konzernglieder zu Gunsten anderer Konzernglieder eingesetzt wird. Dabei werden die Fragen behandelt, die sich bei Liquiditätstransfers an die Muttergesellschaft oder an Schwesterunternehmen stellen.

6 BLUM, a.a.O. (Fn. 1), Fn. 3.

7 Die Gefahr besteht dann, wenn der Konzern im Rahmen einer Sanierung seine Liquidität bewusst nur noch bestimmten Konzerngesellschaften zur Verfügung stellt, zu Lasten anderer Konzerngesellschaften.

8 Vgl. dazu BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 706.

9 Vgl. dazu BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 714. Bei *down-stream* geleisteten Zahlungen stellt sich oft die Frage, ob Aktionärsdarlehen vorliegen, die unter bestimmten Voraussetzungen nicht zurückgeführt werden können.

## 2. Zweck und Risiken des Cashpools

Der Zweck des *Cashpools* liegt darin, im Konzern generierte Liquiditätsüberschüsse einzelner Konzernglieder zugunsten der Liquiditätsbedürfnisse anderer Konzernglieder zu nutzen und damit die Finanzierungskosten des Konzerns insgesamt zu senken. Statt dass sich einzelne Konzerngesellschaften ihre Liquidität durch Banken beschaffen, wenden sie sich an den *Cashpool* respektive an diejenigen Konzernglieder, die Liquiditätsüberschüsse in den *Cashpool* einzahlen.

Für die teilnehmenden Konzernglieder wirkt sich der *Cashpool* je nach dem positiv und negativ aus; er kann ihnen Liquidität verschaffen oder entziehen. Solange der Konzern fortgeführt und die dem *Cashpool* überlassene Liquidität schliesslich zurückgeführt wird, wirkt sich der *Cashpool* durch die Senkung der Finanzierungskosten meistens positiv aus.

Ein ganz anderes Bild ergibt sich demgegenüber, wenn einzelne oder alle Konzernglieder zwangsvollstreckt werden. In diesem Falle sind die im *Cashpool* gebundenen Liquiditätsreserven der einzelnen Gesellschaften in der Regel verloren.

Beim *Notional Cashpool* mit gegenseitiger Verpfändung werden die nominellen Guthaben einzelner Konzerngesellschaften zur Deckung der Schulden anderer Konzernglieder verwendet. Liquidität steht den einzelnen Konzerngliedern nur insoweit zur Verfügung, als der Saldo insgesamt positiv ist<sup>10</sup>. Wird die gegenseitige Verpfändung auf die Guthaben und Schulden des *Cashpools* beschränkt (dienen die Guthaben also nicht als Sicherheit für andere Konzernschulden, was in der Praxis oft vorkommt) besteht hier auch beim Konkurs einzelner Konzernglieder immer noch die Möglichkeit, dass die in den *Cashpool* eingebrachte Liquidität wenigstens zum Teil den berechtigten Konzerngliedern weiterhin zur Verfügung steht.

Gelangt die Gesellschaft, welche den *Cashpool* führt, in Zwangsvollstreckung, besteht beim *Zero Balancing* keine Aussicht darauf, noch auf die im *Cashpool* eingebundene Liquidität greifen zu können. Selbst wenn die Gesellschaft, die den *Cashpool* führt und der gegenüber Ansprüche bestehen, liquide ist, sind kurzfristige Rückführungen von Liquidität an die anspruchsberechtigten Gesellschaften aufgrund konkurs- oder nachlassrechtlicher Verfahrenssachzwänge ausgeschlossen. Gesellschaften im Konkurs oder Nachlass können Auszahlungen an einzelne Gläubiger erst leisten, wenn deren Forderungen kolloziert sind und der Konkurs oder Nachlass abgeschlossen ist, in der Regel erst nach Jahren. Rasche Auszahlungen an einzelne Gläubiger sind ausgeschlossen<sup>11</sup>.

Ohne *Cashpool* hätten die einzelnen Konzernglieder resp. im Konkurs die Konkursmassen weiterhin direkten Zugriff auf die dem Konzernglied zustehende Liquidität. Im besten Fall könnten dank diesen Liquiditätsreserven einzelne Konzernglieder weitergeführt werden; in jedem Fall erhöhte sich die Dividende der

<sup>10</sup> BLUM, a.a.O. (Fn. 1), Fn. 3.

<sup>11</sup> Gemäss Art. 261 SchKG ist eine Verteilung des Erlöses der Konkursmasse erst möglich, wenn der Kollokationsplan rechtskräftig ist.

Gläubiger. Der *Cashpool* bewirkt nun aber, dass die Liquiditätsreserven der einzelnen Konzernglieder nur noch als obligatorische Forderungen gegenüber der Konzerngesellschaft, die den *Cashpool* betreibt, bestehen. Wenn überhaupt, erfolgt ein Mittelzufluss erst nach Jahren und nur im Umfang einer geringen Konkursdividende. Das auf Liquidität angewiesene Konzernglied ist dannzumal meistens selber in Liquidation und die Leistung erfolgt von Konkursmasse zu Konkursmasse.

## II. Cashpooling im Konzern als verdeckte Gewinnausschüttung?

### 1. Vorfrage: Grenzen verdeckter Gewinnausschüttungen

#### a) Fragestellung

Es stellt sich die Frage, ob die laufende Übertragung der Liquidität auf den *Cashpool* respektive auf die Konzerngesellschaft, auf deren Namen der *Cashpool* geführt wird, als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist.

Eine Leistung der Aktiengesellschaft an ihren Aktionär ohne entsprechende Gegenleistung ist nach geltendem Aktienrecht nur im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder als Dividende möglich. Eine Ausschüttung des Gewinns in Form einer Dividende ist nur zulässig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen (Beschluss der Generalversammlung, Vorliegen eines Bilanzgewinns, Gleichbehandlung der Aktionäre und Bericht der Revisionsstelle zur Zulässigkeit der beantragten Gewinnausschüttung<sup>12</sup>) erfüllt sind. Die Kapitalherabsetzung bedingt zusätzlich einen besonderen Revisionsbericht und einen Schuldenruf. Die aktienrechtlichen Bestimmungen zum Kapitalschutz sind zwingend.

#### b) Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung als zwingende Kapitalschutzvorschrift

Zu den zwingenden Kapitalschutzvorschriften gehört nach ausdrücklichem Gesetzeswortlaut auch Art. 729c OR, der vorschreibt, dass die Generalversammlung nur über die Verwendung des Bilanzgewinns beschliessen kann, wenn ein Revisionsbericht vorliegt, der die geplante Gewinnverwendung als zulässig beschreibt. Gemäss Art. 728 OR prüft die Revisionsstelle, ob der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns Gesetz und Statuten entspricht. Die Prüfung der Revisionsstelle beschlägt dabei nicht nur die Frage, ob der Bilanzgewinn eine Gewinnausschüttung in der geplanten Höhe erlaubt, sondern auch, ob die Gewinnausschüttung formal richtig erfolgt. Letzteres ist nur dann der Fall, wenn die Gewinnausschüttung ausgewiesen ist und der Jahresrechnung entnommen werden kann. Fehlt ein Revisionsbericht, der die geplante Gewinnverwendung als zulässig beschreibt, ist der Beschluss der Generalversammlung gemäss Art. 729c Abs. 2 OR nichtig.

<sup>12</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, Zürich 2004, § 12 N 518 ff.

c) Privilegierung von verdeckten Gewinnausschüttungen  
aus nicht gebundenen Reserven?

Mit der Frage, inwieweit ein Aktionär seiner Gesellschaft Mittel entziehen kann, hat sich das Bundesgericht in BGE 117 IV 259 ff. befasst. Es kam bei einer zu 100% durch einen Aktionär beherrschten Gesellschaft und für das Strafrecht zum Schluss, dass verdeckte Gewinnausschüttungen keine ungetreue Geschäftsführung begründen, solange das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven gedeckt sind. Gestützt auf diesen Entscheid wurde in der Lehre teilweise die Ansicht vertreten, dass der Alleinaktionär seiner Gesellschaft auch aus aktienrechtlicher Sicht uneingeschränkt Mittel entziehen könne, solange das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven gedeckt sind<sup>13</sup>. Diese Ansicht ist richtigerweise abzulehnen: Zum einen betrifft BGE 117 IV 259 ff. das Strafrecht. Es geht um die Frage, ob der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung erfüllt ist, und nicht um die Frage, ob Gewinnentnahmen aktienrechtlich zulässig sind<sup>14</sup>. In vielen Fällen ist die Schwelle zur Bestrafung höher angesetzt als die Schwelle zur Haftung oder Rückerstattung. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass BGE 117 IV 259 ff. in Anwendung der Vorschriften zum alten Aktienrecht erfolgte. Die verschärften Kapitalschutzvorschriften von Art. 706b i.V.m. Art. 728 und Art. 729c OR sind erst mit dem geltenden Aktienrecht eingeführt worden. Tatsächlich war die Verhinderung von Missbräuchen durch verdeckte Gewinnausschüttungen eines der Ziele der Aktienrechtsreform von 1991<sup>15</sup>.

Auch wenn diese Vorschriften vor allem im Hinblick auf den Schutz von Minderheitsaktionären eingeführt worden sind<sup>16</sup>, dienen sie auch der korrekten Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens im Rahmen seiner Rechnungslegung und damit auch Gläubigerinteressen. Gläubigerinteressen sind also nicht erst dann verletzt, wenn das Aktienkapital und gebundene Reserven beansprucht werden.

Dazu kommt, dass Ausschüttungen an Gesellschafter ohne entsprechende Gegenleistung die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft ganz allgemein gefährden. Deshalb sind sie in der Rechnungslegung der Gesellschaft auszuweisen und durch die Revisionsstelle auf deren Zulässigkeit prüfen zu lassen. Dieser formelle Gläubigerschutz ist ebenfalls verletzt, wenn verdeckte Gewinnausschüttungen stattfinden.

13 Vgl. dazu DRUEY/VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S. 409 f.

14 Ebenso BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 711.

15 Der «neue» Art. 678 OR bringt dies zum Ausdruck. Der Botschaft ist folgendes zu entnehmen: «Unter Bekämpfung von Missbräuchen ist auch die Erweiterung der Pflicht zur Rückerstattung verdeckter Gewinnausschüttungen einzureihen» (vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 772). Zu Art. 678 Abs. 2 OR hält die Botschaft sodann folgendes fest: «Absatz 2 enthält eine gegenüber dem bisherigen Rechtszustand bedeutungsvolle und praktisch wichtige Ausweitung» (BBl 1983 II 897).

16 So auch BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 715.

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind also pflichtwidrig – unabhängig davon, ob sie nur so weit gehen, dass das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven noch gedeckt sind. Ob durch die Gewährung der verdeckten Gewinnausschüttungen freie Reserven angetastet werden oder unangetastet bleiben, spielt richtigerweise keine Rolle. Eine Verletzung der Vorschriften über das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen kann auch vorliegen, wenn dadurch die freien Reserven unangetastet bleiben. Das gilt in der Gesellschaft mit Minderheitsaktionären, in der sich immer auch die Frage des Gleichbehandlungsgebots stellt<sup>17</sup>, aber auch in der zu 100% durch einen Aktionär beherrschten Gesellschaft.

Führt die verdeckte Gewinnausschüttung indes zu einer Antastung der freien Reserven, liegt eine schwerwiegendere Pflichtverletzung vor, denn die verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt in diesem Fall nicht nur in Verletzung formeller, sondern auch in Verletzung materieller Vorschriften über die Gewinnausschüttung. In diesem Sinne ist die Aussage richtig, dass verdeckte Gewinnausschüttungen, welche gebundene Reserven antasten, in jedem Fall unzulässig sind<sup>18</sup>.

Es sich nun die Frage, inwieweit diese Grundsätze auch im Konzernverhältnis unter zu 100% beherrschten Konzerngesellschaften gelten, insbesondere wenn die unausgewogene Leistung an den Aktionär durch den Gesellschaftszweck gefordert oder zugelassen ist, also wenn die Gesellschaft ihre Gewinnstrebigkeit zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft aufgegeben hat<sup>19</sup>.

## 2. Die Begründung des Cashpools als Aktiventausch

Die Leistung von Liquidität an einen *Cashpool* oder die Verpfändung der Liquidität zu Gunsten der Kontokorrentschulden anderer Konzerngesellschaften ist formal keine einseitige Leistung der einen an die andere Gesellschaft, denn mit der Leistung in den *Cashpool* oder mit der Verpfändung der Liquidität entsteht ein Gegenanspruch in gleicher Höhe: An die Stelle des Aktivums «liquide Mittel» tritt das Aktivum «Forderung gegenüber anderer Konzerngesellschaft».

Soweit feststeht, dass der Aktionär resp. die andere Konzerngesellschaft fähig und willens ist, das Darlehen jederzeit zurückzubezahlen und wenn aufgrund der Konditionen anzunehmen ist, dass auch Dritte dem Aktionär im Umfang der übergebenen Beträge ungesicherte Darlehen gewährt hätten, ist der Vorgang grundsätzlich unbedenklich. Sind die in Frage stehenden Beträge im Vergleich zur wirtschaftlichen Leistungskraft der zur Rückzahlung verpflichteten Konzerngesellschaft verhältnismässig gering und steht aufgrund der Struktur des Darlehens fest, dass dieses grundsätzlich zurückbezahlt werden soll und kann, bereitet die Einrichtung eines *Cashpools* aus der Sicht des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung keine besonderen Probleme.

17 Vgl. dazu BÖCKLI, a.a.O. (Fn. 12), § 12 N 508.

18 Vgl. dazu BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 706.

19 Vgl. dazu unten Ziff. IV.3.

## Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern

Heikel wird dieses Vorgehen unter dem Aspekt des Verbotes verdeckter Gewinnausschüttungen aber dann, wenn aufgrund der Grösse der in Frage stehenden Beträge und der Bonität der anderen Konzerngesellschaft anzunehmen ist, dass Dritte ungesicherte Darlehen in gleicher Höhe nicht gewährt hätten, wenn also der sog. Drittmannstest misslingt<sup>20</sup>. Hier fehlt es an der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, allerdings betragsmässig nicht im Umfang der gewährten Darlehen, sondern im Umfang der Kosten, die der Aktionär dadurch erspart hat, dass er sich das Geld billig aus dem Konzern hat borgen können und nicht risikogerecht teurer auf dem Kapitalmarkt. Erst wenn feststeht, dass entsprechende Summen bei Dritten gar nicht mehr erhältlich gewesen wären, kann der Umfang der Unausgewogenheit in ihrer Höhe dem Umfang der gewährten Darlehen entsprechen.

### 3. Genehmigung des Cashpools durch die Generalversammlung?

Teilweise wird postuliert, den *Cashpool* durch die Generalversammlung genehmigen zu lassen. Richtigerweise ist die Genehmigung durch die Generalversammlung rechtlich unerheblich<sup>21</sup>. Zwar ist es richtig, dass die Generalversammlung für den Beschluss über die Gewinnverwendung zuständig ist<sup>22</sup>. Ein Beschluss, inskünftig Gewinne verdeckt und ohne Vorliegen der vorgeschriebenen Dokumentationen in einen *Cashpool* zu legen, ist aber wertlos, denn zu den zwingenden formellen Vorschriften gehören nicht nur die Vorschrift über die Zuständigkeit der Generalversammlung, sondern auch die Vorschriften über die Voraussetzungen der Gewinnverteilung, insbesondere über die Notwendigkeit eines Revisionsberichts, der sich auf eine der Rechnungslegung entnehmbare spezifische Gewinnausschüttung bezieht und diese als zulässig beschreibt. Ebenso wenig, wie die Genehmigung zukünftiger verdeckter Gewinnausschüttungen durch die Generalversammlung die Verwaltung entlastet, kann dem Verwaltungsrat vorgeworfen werden, er hätte den *Cashpool* durch die Generalversammlung genehmigen lassen müssen.

### 4. Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung im Besonderen

#### a) Grundlagen, Berücksichtigung von Konzernvorteilen?

Massstab für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung ist die fehlende Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung. Die Frage stellt sich zweifach:

Zum einen ist zu prüfen, ob in Bezug auf den *Cashpool* selber Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Das ist der Fall, wenn der Regress- oder Ausgleichsanspruch werthaltig ist oder wenn die

<sup>20</sup> BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 707.

<sup>21</sup> Anders BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 712.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

gegenüber der Liquidität zwangsläufigen Nachteile dieses Regressanspruchs durch die Vorteile des *Cashpools* aufgewogen werden.

Zum anderen stellt sich im Konzern die Frage der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung nicht nur transaktions- oder *Cashpool*-bezogen, sondern ganz generell. Bei der Würdigung der Frage, ob Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen, sind nicht nur die Vorschriften und die Umsetzung des *Cashpools* zu prüfen, sondern die Beziehung der betroffenen Konzerngesellschaft zum Konzern ganz allgemein.

Konzernvorteile, die unmittelbar mit dem *Cashpool* nichts zu tun haben, können im Rahmen dieser Gesamtschau von Leistung und Gegenleistung ebenfalls berücksichtigt werden<sup>23</sup>. Günstige Mieten oder gesicherte Absatzmöglichkeiten für Produkte können beispielsweise Konzernvorteile darstellen, die bei der Prüfung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung im Zusammenhang mit einem *Cashpool* ebenso relevant sein können, wie die unmittelbaren Vorteile aus dem *Cashpool* selber.

Dem Klumpenrisiko, das darin liegt, dass die Gesellschaft beispielsweise nur einen Kunden hat oder eben von einem *Cashpool* abhängig ist, kann eine «Klumpenchance» gegenüberstehen, welche die Nachteile ausgleichen kann. Die Berücksichtigung von Konzernvorteilen bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit einer Vertragsbeziehung oder einer Vermögensverschiebung unter Konzerngliedern ist nach herrschender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung zulässig<sup>24</sup>.

### c) Offensichtlichkeit der Unausgewogenheit

Art. 678 Abs. 2 OR beschreibt nicht jede Leistung an einen Aktionär, die unausgewogen ist, als verdeckte Gewinnausschüttung, sondern nur diejenigen Leistungen der Gesellschaft, die zur Gegenleistung in einem *offensichtlichen* Missverhältnis stehen. Ferner liegt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine verdeckte Gewinnausschüttung nur vor, wenn diese auch zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis steht. Der Wortlaut könnte dahin verstanden werden, dass bei einer Gesellschaft in guten oder sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen verdeckte Gewinnausschüttungen uneingeschränkt möglich sind. Diese Interpretation wird von der Mehrheit der Lehre zu Recht abgelehnt<sup>25</sup>. Der Hinweis auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft bedeutet vielmehr, dass bei der Frage der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung auch die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft geprüft werden muss. Ist diese gut, sind die Voraussetzungen an die Annahme der Unausgewogenheit eher streng, ist die wirtschaftliche Lage des Unternehmens aber schlecht, dürfte die Offensicht-

<sup>23</sup> DRUEY/VOGEL, a.a.O. (Fn. 13), Einleitung, Ziff. 7.5.

<sup>24</sup> DRUEY/VOGEL, a.a.O. (Fn. 13), Einleitung, Ziff. 7.5.

<sup>25</sup> BÖCKLI, a.a.O. (Fn. 12), § 12 N 556.

lichkeit der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung eher anzunehmen sein<sup>26</sup>.

Das Erfordernis der Offensichtlichkeit der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung soll ferner bewirken, dass nicht jede im Nachhinein feststellbare Unausgewogenheit automatisch als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert wird, sondern dass unter Vermeidung einer kleinlichen Betrachtungsweise nur klare Fälle erfasst werden.

Das Zusammenspiel der Faktoren Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, Offensichtlichkeit und wirtschaftliche Lage der Gesellschaft führt im Ergebnis zu einem grossen Handlungsspielraum der betroffenen Gesellschaften resp. im Streitfall zu einem grossen Ermessen des Richters, der prüfen muss, ob im *Cashpool* eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt. Die Unbestimmtheit dieser Kriterien führt in der praktischen Anwendung dazu, dass der vorsichtige Rechtsanwender viel weniger weit geht, als vom Gesetz erlaubt, wenn er das Risiko, die durch das Gesetz gesetzte Grenze zu überschreiten, verlässlich vermeiden will.

#### d) Zeitpunkt der Unausgewogenheitsprüfung

Die Frage der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung ist im Zeitpunkt der Einrichtung des *Cashpools* zu prüfen und in der Folge fortlaufend zu überwachen. Ergibt sich eine Veränderung, zum Beispiel durch eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Konzerns, so dass die Rückzahlung der im *Cashpool* liegenden Ansprüche unsicher wird, kann das unveränderte Festhalten am *Cashpool* pflichtwidrig werden, mit der Folge, dass der *Cashpool* gegebenenfalls anzupassen oder aufzuheben ist.

### 5. Pflicht zur fortlaufenden Überwachung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung

Die Pflicht, den *Cashpool* bei veränderten Verhältnissen anzupassen oder aufzuheben, setzt ein Zweifaches voraus, nämlich einerseits, dass die Konzerngesellschaften in der Lage sein müssen, veränderte Verhältnisse zu erkennen, und andererseits, dass sie den *Cashpool* auflösen oder verändern können<sup>27</sup>.

Die grundsätzliche Begründung der Pflicht, den *Cashpool* fortlaufend zu überwachen, ergibt sich unmittelbar aus der Pflicht der Gesellschaft, Vertragsbeziehungen mit Konzerngliedern ausgewogen auszugestalten. Als Dauerbeziehung ist der *Cashpool* immer wieder auf seine Ausgewogenheit hin zu überwachen.

26 BÖCKLI, a.a.O. (Fn. 12), § 12 N 557, zustimmend WATTER, Der Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP 1993, 117 ff., S. 121; BSK OR II-KURER, Art. 678 N 16 und VON BÜREN, SPR VIII/6, S. 162.

27 Vgl. dazu sogleich Ziff. 6.

Der Verwaltungsrat muss im Rahmen seiner Finanzkontrolle<sup>28</sup> die Überwachung und Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts permanent sicherstellen. Insbesondere muss der Verwaltungsrat über die Liquidität wachen, um die Fortführung der Gesellschaft zu gewährleisten. Dabei muss er sich ein Bild davon machen, ob die Aktiven im *Cashpool*, insbesondere die Forderungen gegenüber dem Konzern, fortführungsfähig sind.

Im Einzelfall schwierig zu beantworten ist die Frage, wie oft und mit welchen Mitteln diese fortlaufende Überprüfung stattfinden soll. Ausgangslage der Antwort auf diese Frage ist sicherlich der Umstand, dass die Beziehung zum *Cashpool* in den meisten Fällen für die betroffene Konzerngesellschaft eine existentielle Beziehung ist, die mit der gleichen Intensität und vergleichbaren Mitteln zu überprüfen ist, wie jedes andere Element, von dem die Unternehmensfortführung abhängig ist.<sup>29</sup>

Durch den *Cashpool* geraten die beteiligten Gesellschaften in eine Abhängigkeit von der zentralen Liquiditätsversorgung, so dass Zahlungsschwierigkeiten im Konzern auf sie durchschlagen können. Bei der Überwachung der finanziellen Lage im *Cashpool* muss der Verwaltungsrat jeder beteiligten Gesellschaft regelmässig sowohl die Zahlungsfähigkeit der eigenen Gesellschaft als auch die Zahlungsfähigkeit des Konzerns überwachen. Der Verwaltungsrat muss einschätzen können, ob die Forderung gegenüber dem *Cashpool* sicher ist. Ist die Forderung nämlich nicht mehr sicher, können die Liquidität und damit auch die Existenz seiner Gesellschaft gefährdet sein.

Die Ausgestaltung der Finanzkontrolle ist eine unübertragbare Pflicht des Verwaltungsrats<sup>30</sup>. Der Verwaltungsrat muss die Finanzkontrolle zwar nicht selber ausüben, aber er muss ein Instrumentarium und Informationssystem einrichten, um rechtzeitig festzustellen, wann die Gefahr entsteht, dass die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann.<sup>31</sup> Für die Ausgestaltung dieses internen Kontrollsystems gibt es keine verbindlichen Richtlinien; sie richtet sich nach der Grösse und Komplexität der Gesellschaft.

Die Methode und Intensität der Prüfung hängt vom ihrem Rhythmus ab. Eine permanente, also tägliche Überprüfung der wirtschaftlichen Lage des Konzerns darf sich auf eine eher oberflächliche Prüfung abstützen, im Grunde genommen auf den Eindruck aus dem allgemeinen Auftritt des Konzerns und der Ausgestaltung der individuellen Geschäftsbeziehung. Hinweise auf eine verschlechterte Finanzlage des Konzerns, zum Beispiel durch verzögerte Zahlungen, sind allerdings auch dann beachtlich, wenn Dritte sie nicht erkennen können. Weitergehende Prüfungen, die auch eine Überprüfung der Finanzkraft des Konzerns erfassen, sind periodisch durchzuführen. Als Minimalanforderung kann sicher die jährliche Prü-

28 Art. 716a OR.

29 Verlieren die Aktiven, z.B. Delkredere einer Gesellschaft an Wert, so muss eine Wertberichtigung in der Bilanz vorgenommen werden, BÖCKLI, a.a.O. (Fn. 12), § 8 N 481.

30 Art. 716a, Abs. 1 OR.

31 KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2., erg. Aufl., Bern 2005, S. 258 ff.

fung der revidierten<sup>32</sup> Einzelabschlüsse und der Konzernrechnung erwartet werden. Der Zeitraum zwischen dem Ende der Berichtsperiode und dem Zeitpunkt, in welchem der Verwaltungsrat über die Fortführung des *Cashpool* befinden muss, gleichsam der tote Winkel, der beim Blick zurück ausserhalb des Sichtfeldes des Verwaltungsrats liegt, beträgt dann aber bis zu 18 Monate<sup>33</sup>. Dieser Zeitraum ist sehr lang, weswegen es sich durchaus vertreten lässt, Halbjahresabschlüsse zu verlangen, so wie das Kotierungsreglement der SWX es tut<sup>34</sup>. Mit diesem Vorgang wird der «tote Winkel» auf etwas mehr als sechs Monate reduziert. Ein noch strengerer Rhythmus mittels Quartalsberichten ist theoretisch sicherlich möglich und reduziert das Risiko des Verwaltungsrats, darf aus praktischen Gründen richtigerweise aber nicht verlangt werden<sup>35</sup>.

Für eine Verschlechterung der Rückführungsmöglichkeit innerhalb des Zeitraums dieses «toten Winkels» kann der Verwaltungsrat der betroffenen Konzerngesellschaft also nur verantwortlich gemacht werden, wenn sich die Gefährdung der Rückführungsmöglichkeit aus dem allgemeinen Auftritt des Konzerns und der Ausgestaltung der individuellen Geschäftsbeziehung ergeben.

#### 6. Strukturelle Möglichkeit, den *Cashpool* zu beenden

Mit der Pflicht zur fortdauernden Überwachung der Beziehung von Leistung und Gegenleistung eng verbunden ist die Pflicht, den *Cashpool* so auszugestalten, dass die einzelnen Konzernglieder auch die Möglichkeit haben, bei veränderten Umständen effektiv aus dem *Cashpool* auszusteigen, oder dass der Konzern insgesamt den *Cashpool* beenden kann. Der *Cashpool* muss strukturell beendbar sein, denn die Erkenntnis, dass die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung nicht mehr gegeben ist, hilft nicht weiter, wenn der *Cashpool* strukturell nicht beendbar ist.

In Bezug auf diese Anforderung kann das *Zero Balancing* gegenüber dem *Notional Cashpool* mit gegenseitiger Verpfändung Vorteile bieten. Beim *Zero Balancing* liegt die Umsetzung und die Beendigung des *Cashpools* ausschliesslich in den Händen des Konzerns. Der Konzern kann jederzeit den *Cashpool* beenden und die Cashsaldi vollständig oder teilweise an die beteiligten Konzernunternehmen ausschütten. Ebenfalls ist strukturell (ob auch faktisch ist wegen der Leistungsmacht der Muttergesellschaft eine andere Frage) jedes einzelne Konzernglied in der Lage,

32 Die Revisionsstelle beurteilt im Rahmen der Jahresrechnungsrevision, ob die Unternehmensfortführung anzunehmen ist. Siehe dazu Schweizer Prüfungsstandard 570 der Treuhand-Kammer.

33 Gemäss Art. 699 Abs. 2 OR findet die ordentliche Generalversammlung spätestens innert 6 Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres statt. Beispiel: Die Jahresbericht zum Geschäftsjahr 1 liegt Ende Juni des Jahres 2 vor. Diese Informationen werden erst im Juni des Jahres 3 (dann erscheint der Jahresbericht des Jahres 2) angepasst, also 18 Monate nach Abschluss der Berichtsperiode des Jahres 1.

34 Kotierungsreglement der SWX, Art. 64 und 65.

35 Vgl. dazu auch: BÖCKLI, a.a.O. (Fn. 12), § 7 N 45 ff.

den Liquiditätsabfluss in den *Cashpool* einzustellen und die Liquidität selber zu verwalten.

Beim *Notional Cashpool* mit gegenseitiger Besicherung ist eine solche Konzernautonome Beendigung oft nicht möglich, denn die Guthaben sind zu Gunsten der Bank verpfändet<sup>36</sup>. Eine Beendigung des *Cashpools* ist nur möglich, wenn alle Negativsaldi vorerst ausgeglichen werden. Sehen die Vereinbarungen mit den kontoführenden Banken auch die Verpfändung oder Abtretung künftiger Liquiditätszuflüsse vor (etwa durch die Abtretung von Debitoren), ist auch eine Einstellung der Zahlungen in den *Cashpool* verunmöglicht. Soweit die Kontokorrentguthaben nicht nur für Kontokorrentschulden anderer Konzernglieder verpfändet sind, sondern für alle Bankguthaben<sup>37</sup>, was die von Banken verwendeten Vertragsbedingungen teilweise vorsehen, ist die Auflösung des *Cashpools* oft gar nicht möglich.

Zur pflichtgemässen Ausgestaltung des *Cashpools* gehört also richtigerweise die strukturelle und vertragliche Möglichkeit, den *Cashpool* bei veränderten Verhältnissen zu beenden. Vereitelt die Struktur des *Cashpools* diese Beendigungsmöglichkeit, zum Beispiel weil *Cashpool*-Mittel zu Gunsten anderer Konzernschulden, verpfändet sind, ist der *Cashpool* richtigerweise nicht zulässig.

### III. Verwendung von *Cashpool*-Mitteln als Anlagevermögen

#### 1. Grundlagen

Der Zweck des *Cashpools* ist die Versorgung der Konzerngesellschaften mit Liquidität zur Finanzierung der laufenden Kosten. *Cashpool*-Geld ist Umlaufvermögen, nicht Anlagevermögen. Die Grösse des Pools und damit auch der Beiträge der einzelnen Gesellschaften richtet sich nach den Liquiditätsbedürfnissen des Konzerns und der Gesellschaften, welche die Einzahlungen in den *Cashpool* vornehmen. Das führt dazu, dass die Mittel des *Cashpools* nur zur Finanzierung der laufenden Geschäftstätigkeit verwendet werden sollten, nicht aber zur Finanzierung von Investitionen und schon gar nicht zur Ablösung von alten Finanzierungen oder zum Ausgleichen von Verlusten.

Die vertragskonforme Verwendung der im *Cashpool* gebundenen Liquidität zur Finanzierung der laufenden Ausgaben ist Voraussetzung dafür, dass von einer strukturellen Rückführungsmöglichkeit ausgegangen werden darf<sup>38</sup>. Wird der *Cashpool* zur Finanzierung von Anlagen oder zum Ausfüllen von «Finanzlöchern» verwendet, ist die Rückführungsmöglichkeit der gewährten Geldmittel, die dem *Cashpool* den Charakter von verdeckten Gewinnausschüttungen nimmt, nicht mehr gewährleistet. Die Verwendung von *Cashpool*vermögen für Investitionen im Anlagevermögen ist also dann unzulässig, wenn dadurch die Erfüllung der Pflichten aus

<sup>36</sup> BLUM, a.a.O. (Fn. 1), Fn. 3.

<sup>37</sup> Vgl. dazu Ziff. III (Verwendung von *Cashpool*-Mitteln als Anlagevermögen).

<sup>38</sup> Vgl. dazu Ziff II.6.

dem *Cashpool* vereitelt wird. Das ist freilich meistens der Fall, da Anlagevermögen in der Regel nicht kurzfristig liquidiert werden kann und die Liquidität dann nicht mehr vorhanden ist, um die nötigen Zahlungen an andere *Cashpool*-Gesellschaften vorzunehmen.

Die Gefahr der Zweckentfremdung von Konzernliquidität besteht insbesondere beim *Notional Cashpool* mit gegenseitiger Verpfändung, wenn die kontoführende Bank noch andere Guthaben gegenüber Konzerngesellschaften hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken können eine umfassende Verpfändung einzelner Guthaben vorsehen, mit der Wirkung, dass *Cashpool*-Gelder auch als Sicherheit für langfristige Konzernschulden eingesetzt werden. Vermieden werden kann dies nur durch eine vertragliche Regelung mit der Bank, welche die Verpfändung und das Recht der Konzernverrechnung auf die Kontokorrentguthaben und -schulden beschränkt, die zum *Cashpool* gehören.

## 2. Rechtsfolgen der pflichtwidrigen Verwendung von *Cashpool*-Vermögen

Verwendet eine Gesellschaft *Cashpool*-Vermögen sachwidrig, liegt darin eine Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber den anderen Teilnehmern des *Cashpools*, in der Regel oft aber nicht eine Pflichtverletzung ihrer Organe gegenüber den eigenen Aktionären und Gläubigern. Die Gesellschaft, welche aus *Cashpool*-Mitteln Anlagevermögen finanziert schädigt sich selber meistens nicht. Nur wenn die sachwidrige Verwendung von *Cashpool*-Vermögen zu einer Schadenersatzpflicht der Gesellschaft führt und dadurch ein Schaden bei der Gesellschaft entsteht, haften die Organe der betroffenen Tochter auch gegenüber Aktionären und Gläubigern.

Erkennt demgegenüber eine Konzerngesellschaft, dass eine andere Konzerngesellschaft *Cashpool*-Vermögen als Anlagevermögen braucht und dadurch die Rückführungsfähigkeit beeinträchtigt wird, darf sie den *Cashpool* nicht mehr fortführen oder muss wenigstens sicherstellen, dass zukünftige Liquiditätsabflüsse in den *Cashpool* nicht mehr für die Finanzierung von Anlagevermögen verwendet werden.

## IV. Einfluss des Zwecks der Konzerngesellschaft auf die Zulässigkeit eines *Cashpools*

### 1. Fragestellung

Es wird teilweise vertreten, den Zweck der Tochtergesellschaft auf das Konzerninteresse auszurichten mit der Folge, dass die im Interesse des Konzern vorgenommenen Geschäfte auch im Interesse der Tochtergesellschaft sind<sup>39</sup>. Es stellt sich die Frage, inwieweit solche Zweckänderungen auf der Ebene der Tochtergesellschaft

<sup>39</sup> HANDSCHIN, Konzernrecht, S. 92 ff.; VON BÜREN, a.a.O. (Fn. 26), S. 85 ff.; kritisch DRUEY/VOGEL, a.a.O. (Fn. 13), S. 25.

unausgewogene Leistungen an die Muttergesellschaft rechtfertigen können. Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

### *2. Verfolgung des Konzerninteresses als Zweck der Tochter*

Richtet sich der Zweck der Tochter nur auf die Verfolgung des Konzerninteresses, dann ändert dieser an der Frage nichts, ob verdeckte Gewinnausschüttungen zulässig sind. Eine Zweckbestimmung in den Statuten der Tochtergesellschaft, den Konzernzweck zu verfolgen, kann verdeckte Gewinnausschüttungen nicht zulässig machen<sup>40</sup>. Immerhin können solche Zweckbestimmungen bei der Frage der Beurteilung von Leistung und Gegenleistung relevant sein. Ist die Tochtergesellschaft verpflichtet, den Konzernzweck zu verfolgen, ist eine Berücksichtigung von Konzernvorteilen, die mit dem *Cashpool* unmittelbar nichts zu tun haben, eher gerechtfertigt<sup>41</sup>.

### *3. Aufgabe der Gewinnstrebigkeit als Zweck der Tochter*

Denkbar ist aber auch, dass der Zweck der Tochtergesellschaft nicht nur die Verfolgung des Konzerninteresses vorsieht, sondern ausdrücklich auch die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit zu Gunsten anderer Konzerngesellschaften oder der Konzernmutter. Leistungen, die im Rahmen einer solchen Zweckverfolgung stattfinden, sind, auch wenn sie unausgewogen sind, zweckkonform und zulässig<sup>42</sup>. Weil die Gewinnstrebigkeit bei Aktiengesellschaften vermutet wird, hat die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit grundsätzlich aus den Statuten hervorzugehen. Einer Aufgabe der Gewinnstrebigkeit müssen alle Aktionäre zustimmen. Durch die Öffentlichkeit dieser Zweckbestimmung – der Zweck der Gesellschaft kann dem Handelsregister eintrag entnommen werden – erkennen die Gläubiger der betroffenen Tochtergesellschaft die zusätzlichen Risiken, die darin liegen, dass diese Tochtergesellschaft ihre Gewinnstrebigkeit zu Gunsten der Muttergesellschaft aufgegeben hat<sup>43</sup>.

### *4. Stillschweigende Aufgabe der Gewinnstrebigkeit?*

Es stellt sich die Frage, ob die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit auch stillschweigend erfolgen kann? Das Erfordernis der Zustimmung aller Aktionäre zur Aufgabe der Gewinnstrebigkeit führt dazu, dass eine stillschweigende Aufgabe der Gewinnstrebigkeit überhaupt nur denkbar ist, wenn die Tochtergesellschaft zu 100% beherrscht ist. Die Beherrschung alleine rechtfertigt noch nicht die Annahme einer

40 So aber BLUM, a.a.O. (Fn. 1), S. 711.

41 Vgl. dazu oben Ziff. II.4.a

42 HANDSCHIN, a.a.O. (Fn. 39), S. 98; VON PLANTA, Hauptaktionär, S. 25.

43 HANDSCHIN, a.a.O. (Fn. 39), S. 101.

stillschweigenden Zweckänderung, denn die Publizitätswirkung des Zwecks schützt auch Dritte, insbesondere Gläubiger<sup>44</sup>. Es stellt sich die Frage, ob eine stillschweigende Zweckänderung bereits angenommen werden kann, wenn die Konzernierung der betroffenen Gesellschaft – zum Beispiel durch den Namen oder die Funktion der betroffenen Konzerngesellschaft – für Dritte erkennbar ist. Ob sich eine solche Zweckänderung alleine schon aus einem auf eine Konzernzugehörigkeit hinweisenden Namen der Tochter ergibt<sup>45</sup> ist umstritten. Den Kritikern dieser Auffassung<sup>46</sup> ist wohl insoweit recht zu geben, als allein der Konzernname einer 100%-Tochter noch nicht auf eine stillschweigende Aufgabe der Gewinnstrebigkeit schiessen lässt. Zeigen indessen weitere Elemente wie die Art die Einbindung in den Konzern oder ihre Funktion eine Unterwerfung unter den Konzern unter Aufgabe ihrer Gewinnstrebigkeit, kann diese durchaus auch stillschweigend erfolgen.

#### 5. Grenzen der Gewinnausschüttung bei nicht gewinnstrebigem Gesellschaften

Fehlt die Gewinnstrebigkeit bei der Tochter, sind Ausschüttungen an die durch die Zweckbestimmung Begünstigten so lange zulässig, wie durch diese die materiellen Grenzen der Gewinnausschüttung nicht verletzt werden<sup>47</sup>.

## V. Cashpooling und Finanzplanung; Cashpooling als faktische Aufgabe der unternehmerischen Handlungsfähigkeit?

### 1. Fragestellung

Die Liquidität ist das Blut in den Adern jeder Gesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob die Konzerngesellschaft, welche ihre Liquidität in fremde Hände legt, ihre Pflicht zur Finanzplanung und -kontrolle verletzt, ganz allgemein, ob in der Aufgabe der Verfügungsmacht über die Liquidität eine unzulässige Preisgabe der unternehmerischen Handlungsfähigkeit liegt. Diese Frage stellt sich auch dann, wenn keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, wenn also die Prüfung von Leistung und Gegenleistung eine ausgewogene Vertragsbeziehung zeigt.

44 Oben Ziff. 3.

45 HANDSCHIN, a.a.O. (Fn. 39), S. 102.

46 DRUEY/VOGEL, a.a.O. (Fn. 13), S. 27.

47 Art. 675 Abs. 2 OR: «Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden».

## 2. *Liquidität als Forderung gegenüber dem Cashpool oder der kontoführenden Bank*

Auf den ersten Blick unterscheidet sich die Liquidität, die als Forderung gegenüber einem *Cashpool* besteht, nicht von der Liquidität, die sich aus der Forderung gegenüber einer Bank ergibt, welche das Kontokorrent führt. Liquidität besteht praktisch immer aus obligatorischen Ansprüchen.

Steht aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen im Rahmen des *Cashpools* fest, dass die Konzerngesellschaften auf die Liquidität im *Cashpool* greifen können wie auf ein Kontokorrent einer Bank, besteht zwischen dem Bankkonto und dem *Cashpool* kein struktureller Unterschied und es sieht so aus, dass in der Begründung des *Cashpools* keine Pflichtverletzung liegt, wenn gestützt auf die Überlegungen zur verdeckten Gewinnausschüttung von einer Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung ausgegangen werden kann.

Es gibt aber Unterschiede: Besteht der Anspruch auf Liquidität gegenüber einer Bank (ohne das Vorliegen eines *Cashpools*), ist jene durch vertragliche und gesetzliche Vorschriften verpflichtet, die Liquidität nach Weisung des Unternehmens zu verwenden. Besteht demgegenüber der Anspruch gegenüber einem anderen Konzernunternehmen oder dem Mutterunternehmen, besteht die Gefahr, dass dieses die Weisungen der Tochter entgegen deren vertraglichen Rechte an der Liquidität nicht befolgt und der berechtigten Tochter die Liquidität nicht zur Verfügung stellt.

Die Weggabe der Liquidität an eine Bank ist daher nicht das gleiche, wie die Weggabe der Liquidität an eine andere Konzerngesellschaft. Sicherlich verfügt die Muttergesellschaft auch bei der bei einer Bank gelegenen Liquidität über konzernrechtliche Zwangsmittel, um die Tochter an der Beanspruchung der Liquidität zu hindern, zum Beispiel durch die Besetzung des Verwaltungsrats der Tochter mit Personen, die der Mutter verpflichtet sind. Zum einen aber greifen diese Machtmittel nicht rasch, zum andern ist festzustellen, dass gerade in Krisensituationen Tochtergesellschaften sich solchen Weisungen der Mutter widersetzen können und in der Praxis auch schon widersetzt haben. Kommt es zur Zwangsvollstreckung der Tochter, geht die Konzernleitungsmacht ohnehin verloren.

## 3. *Unterordnung unter den Konzernzweck?*

Eine Gesellschaft hat keine unerziehbaren Persönlichkeitsrechte<sup>48</sup>. Juristische Personen haben keinen Kernbereich der Persönlichkeit: Massgebend für die Beurteilung, ob eine bestimmte Bindung zulässig ist, ist allein der Gesellschaftszweck<sup>49</sup>. Eine Tochtergesellschaft kann sich dem Mutterunternehmen unterordnen, wenn es

48 HANDSCHIN, a.a.O. (Fn. 39), S. 89 ff.

49 HANDSCHIN, a.a.O. (Fn. 39), S. 94 ff.

dies durch seinen Zweck zum Ausdruck bringt. Die Unterwerfung unter den Konzernzweck kann ausdrücklich nach den gesetzlichen Vorschriften<sup>50</sup> erfolgen oder stillschweigend, wenn das Tochterunternehmen ein einheitliches Aktionariat, also keine Minderheitsaktionäre hat und wenn die Eingliederung in den Konzern für Dritte sichtbar stattfindet<sup>51</sup>. Die gegen eine stillschweigende Aufgabe der Gewinnstrebigkeit geltend gemachten Bedenken betreffend vor allem die stillschweigende Aufgabe der Gewinnstrebigkeit<sup>52</sup>, greifen richtigerweise hier nicht. Eine stillschweigende Unterordnung der Tochter unter die Konzerninteressen – ohne Aufgabe der Gewinnstrebigkeit – ist anzunehmen bei einem einheitlichen Aktionariat und einer für Dritte sichtbaren Einordnung in den Konzern, zum Beispiel durch den Namen der Tochtergesellschaft<sup>53</sup>.

Für die Konzerntochter bedeutet dies, dass sie an einem *Cashpool* teilnehmen darf, auch wenn dieser zu einer Beschränkung oder Aufhebung ihrer unternehmerischen Entscheidungsspielräume und zu einer Unterwerfung unter den Konzernzweck führt, wenn diese Unterwerfung unter den Konzernzweck ihrem eigenen Zweck entspricht. Tochtergesellschaften, welche sich durch ihre (ausdrücklich oder stillschweigend festgelegte) Zweckbestimmung dem Konzernzweck unterwerfen, dürfen auch dann an einem *Cashpool* teilnehmen, wenn sie damit ihre unternehmerische Selbstständigkeit beeinträchtigen oder aufgeben.

Solche Abhängigkeitsverhältnisse von Tochtergesellschaften gegenüber dem Konzern gibt es übrigens auch in vielfältiger Art ausserhalb von *Cashpool*-Konstellationen, ohne dass die Frage nach ihrer Zulässigkeit gestellt wird. Zu denken ist an die Ausgliederung bestimmter Unternehmensfunktionen an den Konzern oder andere Konzerngesellschaften, wie beispielsweise Vertrieb, Informatik, Marketing etc. Auch in diesen Fällen gliedert das Unternehmen eine überlebenswichtige Funktion an den Konzern aus und beraubt sich dadurch ihrer Fähigkeit, als selbstständiges Unternehmen unabhängig vom Konzern zu bestehen. Solche Eingliederungen in den Konzern resp. faktische Unterwerfungen unter den Konzernzweck sind unter den genannten Voraussetzungen zulässig.

## V. Zusammenfassung

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines *Cashpools* gelten die gleichen Überlegungen wie bei der Beurteilung von Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns ganz allgemein. Die Vielfalt der in der Praxis anzutreffenden Strukturen

50 Art. 704 Abs. 2 OR: «Ein Beschluss der Generalversammlung, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigt, ist erforderlich für (1.) die Änderung des Gesellschaftszweckes».

51 HANDSCHIN, a.a.O. (Fn. 39), S. 102 f.

52 Vgl. dazu Ziff IV.4.

53 HANDSCHIN, a.a.O. (Fn. 39), S. 102.

ist gross und folgerichtig ist es nicht einfach, in Bezug auf den konzerninternen Vorteilsausgleich klare Kriterien zu formulieren.

Sicherlich ist falsch, Konzerngesellschaften so zu behandeln, wie wenn sie nicht in den Konzern eingebunden wären. Eine reine «*at-arm-length*»-Betrachtung, welche die Konzern Tatsache ignoriert, führt nicht weiter. Die Frage lautet also nicht, ob die Tatsache, dass ein Unternehmen in einen Konzern eingebunden ist, relevant ist, sondern wie weit eine solche «Konzernprivilegierung» geht.

Ist die Konzerntochtergesellschaft gewinnstrebig, ist die Teilnahme an einem *Cashpool* nur zulässig, wenn darin keine verdeckte Gewinnausschüttung liegt, wenn also der nach der Einbezahlung der Liquidität entstehende Rückforderungsanspruch werthaltig ist. Die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs muss regelmässig überwacht werden: geht sie verloren, darf der *Cashpool* nicht fortgeführt werden. Zur pflichtgemässen Ausgestaltung eines *Cashpools* gehört daher auch die Sicherstellung der strukturellen Möglichkeit, die Gefährdung des Rückforderungsanspruchs zu erkennen und den *Cashpool* nötigenfalls zu beenden. Das setzt in der Regel auch voraus, dass die in den *Cashpool* einbezahlte Liquidität ausschliesslich für das Umlaufvermögen verwendet wird, nicht aber für Anlagevermögen und schon gar nicht für die Bezahlung alter Schulden, da durch diese Vorgänge die Rückzahlungsfähigkeit gefährdet wird.

Konzerntochtergesellschaften können sich durch ihren Zweck dem Konzernzweck unterordnen. Eine solche Unterordnung unter dem Konzernzweck führt dazu, dass die Teilnahme an einem *Cashpool* zulässig ist, auch wenn die Konzerntochter dadurch ihre unternehmerische Handlungsfähigkeit aufgibt. Die Zuordnung unter dem Konzernzweck kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Diese Unterordnung unter dem Konzernzweck kann soweit gehen, dass damit auch die Gewinnstrebigkeit der Tochter aufgehoben wird. Ob die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit auch stillschweigend erfolgen kann, ist umstritten. Sicherlich ist es richtig, an eine allfällige stillschweigende Aufgabe der Gewinnstrebigkeit hohe Anforderungen zu stellen. Die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit der Konzerntochter zugunsten des Konzerns führt dazu, dass die Leistungen in einen *Cashpool* auch dann pflichtgemäss sein können, wenn die Rückzahlungsmöglichkeit des Konzerns nicht gesichert erscheint und in der Leistung an den *Cashpool* eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt.