



Barbara Brauchli Rohrer / Andreas Hünerwadel*

Cash Pooling im Konzern aus Sicht des Zivil- und des Steuerrechts



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Ausgangslage
 2. Zero Balance Cash Pooling
 - 2.1 Funktionsweise
 - 2.2 Vor- und Nachteile
 3. Konzernfinanzierung
 - 3.1 Konzern
 - 3.2 Aussenfinanzierung
 - 3.3 Innenfinanzierung
 4. Problemstellung
- II. Zivilrechtliche Betrachtung
 1. Vorbemerkung zur Interzession
 2. Darlehen unter Konzerngesellschaften
 - 2.1 Rechtsgültigkeit
 - 2.2 Verantwortlichkeit
 3. Solidarische Haftung der Konzerngesellschaften
 - 3.1 Rechtsgültigkeit
 - 3.2 Verantwortlichkeit
 4. IPR Überlegungen
- III. Steuerrechtliche Betrachtung
 1. Generelle Ausführungen
 - 1.1 Obligation
 - a. Anleiheobligation
 - b. Kassenobligation
 - c. Kundenguthaben
 - d. Geldmarktpapiere und Buchforderungen
 - 1.2 Steuerliche Behandlung
 - a. Emissionsabgabe
 - b. Verrechnungssteuer
 2. Zero Balance Cash Pooling im Speziellen
 - a. Qualifikation als Bank im Sinne von Art. 9 Abs. 2 VStG
 - b. Vorliegen einer Obligation im Sinne von Art. 5 StG
 - c. Verdeckte Gewinnausschüttung
 - d. Verdecktes Eigenkapital
 - e. Verzinsung
 3. Geplante Erleichterungen in der Konzernfinanzierung
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

1. Ausgangslage

International tätige Konzerne betreiben regelmässig eine zentral gesteuerte Bewirtschaftung der Barmittel in sämtlichen Konzerngesellschaften (Cash Management). Zu diesem Zweck stellen die in den gleichen Märkten tätigen Geschäftsbanken Dienstleistungen zur Zentralisierung der Barmittel (Cash Pooling) zur Verfügung. Sowohl aus Sicht des Konzerns als auch aus Sicht der Banken stellen sich dabei verschiedene (und unterschiedliche) zivil- und steuerrechtliche Fragen.

Aus Sicht des Konzerns hat das Cash Pooling eine juristische Aussenbeziehung (nämlich das Rechtsverhältnis zwischen den Konzerngesellschaften einerseits und der Bank mit ihren Tochtergesellschaften andererseits) sowie eine juristische Innenbeziehung (nämlich die durch das Cash Pooling zwischen den Konzerngesellschaften entstehenden Rechtsverhältnisse). Sowohl diese juristischen Aussen- wie Innenbeziehungen lösen steuerrechtliche Folgen aus, die es vorbeugend zu beachten gilt. Aus Sicht der Bank stellt sich vor allem die Frage der Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit der vertraglich vereinbarten Verpflichtungen der Konzerngesellschaften. Bei den Konzerngesellschaften stellen sich vorwiegend Haftungsfragen für die Organe sowie steuerrechtliche Probleme.

Bei der Beurteilung dieser zivil- und steuerrechtlichen Verhältnisse gilt es zu berücksichtigen, dass es sich beim Konzern nicht um eine Rechtsperson, sondern um eine Verknüpfung selbständiger Gesellschaften handelt, die sowohl zivil- als auch steuerrechtlich als Rechtssubjekte betrachtet werden. Erschwerend kommt hinzu, dass die Konzerngesellschaften in unterschiedlichen Jurisdiktionen ansässig sind und den dort jeweils gültigen Normen unterstehen, so auch dem zwingend anwendbaren Konkursrecht. Cash Pooling im Konzern generiert entsprechend eine Vielzahl von grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen und Geldflüssen¹.

* Barbara Brauchli Rohrer, eidg. dipl. Steuerexpertin; Dr. Andreas Hünerwadel, LL.M., Rechtsanwalt.

¹ Der Cash Pool ist ein Phänomen der internationalen Wirtschaftstätigkeit, weshalb die entsprechenden Verträge im Aussenverhält-

Der folgende Artikel beleuchtet die Problemstellungen beim Cash Pooling aus Sicht des Konzerns und aus Sicht der Banken, jeweils ausschliesslich unter Schweizer Recht. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass sich die anhand des Schweizer Zivil- und Steuerrechts aufgeworfenen Fragen in vergleichbarer Form auch in anderen Jurisdiktionen stellen.

Als Übungsanlage für die vorliegende Darstellung dient eine (übliche) Konzernsituation, in welcher die Finanzierungstätigkeit (das sog. Treasury) durch eine separate Konzerngesellschaft (Finanzgesellschaft), eine direkte Tochtergesellschaft der Dachgesellschaft des Konzerns (Holding), wahrgenommen wird. Weiter wird davon ausgegangen, dass weder an der Finanzgesellschaft noch an den übrigen Konzerngesellschaften Minderheitsbeteiligungen bestehen².

2. Zero Balance Cash Pooling

2.1 Funktionsweise

Die Darstellung in diesem Artikel konzentriert sich auf das «physische» Cash Pooling, das sog. Zero Balancing³, und lässt die rein «rechnerische» Zusammenfassung der Kontobestände, das sog. Notional Pooling, ausser Betracht⁴. Die zivil- und steuerrechtlichen Problemstellungen sind jedoch vergleichbar, treten beim Zero Balance Cash Pooling aber akzentuierter zu Tage.

Beim Zero Balance Cash Pool werden die Kontostände der Konzerngesellschaften (Pool Teilnehmer) bei der Bank bzw. deren Tochtergesellschaften und/oder Filialen (Pool Bank) am Ende des Arbeitstages ausgeglichen, d.h. «auf Null gestellt» (daher der Ausdruck Zero Balancing). Dieser Ausgleich erfolgt durch eine effektive Gutschrift auf dem Bankkonto (im Fall eines Solls) oder durch eine Belastung des Bankkontos (im Fall eines Habens) der Pool Teilnehmer⁵. Die Salden dieser Konten der Konzerngesellschaften werden durch die Pool Bank auf

das Konto der Finanzgesellschaft, welche als Führer des Cash Pools agiert (sog. Pool Master oder Pool Leader), überführt (sog. Master Account). Demzufolge fliessen beim Zero Balance Cash Pooling Geldströme zwischen dem Master Account des Pool Masters einerseits und den Bankkonten der Pool Teilnehmer andererseits⁶.

Nach erfolgtem Zero Balancing hat das Master Account des Pool Masters entweder einen positiven oder einen negativen Saldo, je nach der aggregierten Cash- bzw. Liquiditätssituation der Konzerngesellschaften am Ende des (jeweiligen) Arbeitstages. Im Falle eines Guthabens auf dem Master Account zahlt die Pool Bank dem Pool Master einen vereinbarten Habenzins, im Falle einer Überziehung des Master Accounts zahlt der Pool Master der Pool Bank einen vereinbarten Sollzins. Letzteres führt zu einem Kreditverhältnis zwischen der Pool Bank (als Kreditgeber) und dem Pool Master (als Kreditnehmer). Dieses Kreditverhältnis ist regelmässig in einem eigenen Kreditvertrag oder als eine separate Fazilität im Rahmen einer Kreditlinie zwischen dem Pool Master und der Pool Bank geregelt.

2.2 Vor- und Nachteile

Für den Konzern liegen die Vorteile des Cash Poolings in der Möglichkeit, ein effektives Liquiditätsmanagement über sämtliche Konzerngesellschaften und Landesgrenzen hinweg betreiben zu können⁷ und die Barmittel des Konzerns effizient und zentral zu bewirtschaften. Ein weiterer Effekt liegt in der Vermeidung von Sollzinsen bzw. in einer Verbesserung der Zinssituation allgemein: Während ein lokaler Kontoüberzug hohe Zinsen auslöst, erbringt ein lokales Guthaben kaum einen Zinsertrag. Ohne eine Aggregation der Cash Bestände im Konzern würde es unweigerlich zur Situation kommen, in welcher die Konzerngesellschaft A mit einem Kontoüberzug hohe Sollzinsen bezahlt und die Konzerngesellschaft B für ihr Kontoguthaben nur einen geringen Habenzins erhält. Durch den Ausgleich dieser Konten der Konzerngesellschaften A und B über das Master Account findet faktisch eine konzerninterne Kreditgewährung der Konzerngesellschaft A an die Finanzgesellschaft und von dieser an die Konzerngesellschaft B statt. Damit wird die Konzerngesellschaft A ohne konzernexterne Zinskosten mit Kredit versorgt. Benötigt der Cash Pool insgesamt eine Zufuhr liquider Mittel, findet die Kreditaufnahme gesamthaft auf Stufe des Pool Master im Rahmen der Cash Pool Kreditlinie bzw. -fazilität statt, wobei die Zinsen aufgrund der höheren Verhandlungskraft des Konzerns bzw. der Finanzgesellschaft tiefer ausfallen als beim lokalen Kontoüberzug.

nis des Konzerns, also die Cash Pool Verträge mit den Banken, meist in englischer Sprache, der *lingua franca* der globalisierten Wirtschaft, verfasst sind. Aus diesem Grund besteht auch die Terminologie zur Beschreibung des Cash Pools regelmässig aus angelsächsischen Begriffen, deren Verwendung sich auch in der deutschen Rechtssprache eingebürgert hat. Deshalb werden im vorliegenden Artikel die geläufigen englischen Bezeichnungen verwendet.

² Entsprechend werden die Themen des Minderheitenschutzes und der Gleichbehandlung nicht erörtert.

³ Eine Spielart des physischen Cash Poolings ist das Target Balancing, bei welchem die am Cash Pool angeschlossenen Konten nicht auf Null, sondern auf eine vereinbarte Summe gestellt werden. Die Problemstellungen des Cash Poolings treten beim Target Balancing aber ebenso auf wie beim Zero Balancing.

⁴ Vgl. dazu LUCA JAGMETTI, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich, 2007; OLIVER BLUM, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 6/2005, 705; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, 11 N 449d.

⁵ Das Abschöpfen des Kontoguthabens wird als sog. Cash Sweep und das Decken eines Sollsaldos als sog. Cash Cover bezeichnet.

⁶ Daher die Bezeichnung als «physisches» Cash Pooling.

⁷ Soweit bei einzelnen Ländern Devisenausfuhrbeschränkungen bestehen, ist jedoch regelmässig ein Zero Balance Cash Pooling ausgeschlossen.

Für die einzelnen Konzerngesellschaften liegen die Vorteile des Cash Poolings in der Möglichkeit, sich über den Cash Pool kurzfristig Geld beschaffen zu können (der Cash Pool hat entsprechend auch eine Finanzierungs- bzw. Kreditfunktion), wobei die Zinsen konzernintern festgelegt werden. Analoges gilt für die Möglichkeit der Konzerngesellschaft, kurzfristig Geld bei der Finanzgesellschaft (dem Pool Master) zu konzerninternen Bedingungen anzulegen.

Bei schönem Wetter ist der Cash Pool unproblematisch und bedient die Fiktion, dass der Konzern ein organisches Ganzes sei. Die Probleme offenbaren sich erst bei schlechter Finanzlage des Konzerns oder genauer des Pool Masters (Finanzgesellschaft) und es zeigt sich, dass die wirtschaftliche Einheit Konzern aus einzelnen Konzerngesellschaften besteht, die dem nationalen Zivil-, Steuer- und Konkursrecht unterliegen.

3. Konzernfinanzierung

3.1 Konzern

Der grenzüberschreitend tätige Konzern ist eine Realität des globalisierten Wirtschaftslebens. In der Konzernrechnung kann diese wirtschaftliche Einheit nach international festgelegten Rechnungslegungsnormen⁸ konsolidiert dargestellt werden. Aus rechtlicher Sicht existiert der Konzern jedoch nicht (oder nur in wenigen, hier nicht interessierenden Aspekten), denn die einzelnen Jurisdiktionen stellen eine Einzelbetrachtung der Konzerngesellschaften an⁹. Dies manifestiert sich insbesondere in den zwingenden Schranken, welche das Gesellschafts-, Steuer- und Konkursrecht der einzelnen Jurisdiktionen aufstellt. Bei der Konzernfinanzierung, zu welcher auch ein Cash Pooling zu zählen ist, zeigt sich dieses Spannungsfeld zwischen der wirtschaftlichen Einheitsbetrachtung des Konzerns und der juristischen Einzelbehandlung der Konzerngesellschaften beispielhaft.

3.2 Aussenfinanzierung

Der Konzern finanziert sich regelmässig zentralisiert (in vorliegender Übungsanlage über die Finanzgesellschaft) bei Banken und auch am Kapitalmarkt. Dabei stellen die Pool Banken der Finanzgesellschaft (als Pool

Master) häufig auch eine Kreditlimite für die Abdeckung des Master Account zur Verfügung.

Die extern aufgenommenen Mittel werden durch die Finanzgesellschaft je nach Bedarf den einzelnen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellt. Aus Sicht der kreditgebenden Bank ist für die Kreditbeurteilung (und damit für das Pricing) grundsätzlich die Konzernbonität massgebend, welche auf Basis der konsolidierten Konzernrechnung beurteilt wird¹⁰. Kreditnehmer und Vertragspartei der Bank ist jedoch einzig die Finanzgesellschaft, welche im Verhältnis zu den aufgenommenen Mitteln über eine relativ dünne Eigenkapitalbasis verfügt¹¹. Zudem leitet die Finanzgesellschaft die extern aufgenommenen Mittel programmgemäss an die Konzerngesellschaften weiter, bei denen sich auch die wesentlichen Vermögenswerte des Konzerns befinden.

Aus Sicht der kreditgebenden Bank ist diese Situation mit einem strukturellen Risiko behaftet: Die Bank verfügt lediglich über eine Forderung gegen die Finanzgesellschaft¹². Diese Forderung kann die Bank nur in die Vermögenswerte der Finanzgesellschaft direkt vollstrecken, auf die Vermögenswerte der Konzerngesellschaften (und damit auf die von der Bank dem Konzern zur Verfügung gestellten Gelder) hat die Bank jedoch keinen direkten Zugriff. Gerät der Konzern (und damit auch die Finanzgesellschaft und die übrigen Konzerngesellschaften) in Schieflage, stehen die Vermögenswerte der Konzerngesellschaften aufgrund des nationalen Konkursrechtes primär dem Gläubigerkreis der jeweiligen Konzerngesellschaft zur Verfügung. Durch diese strukturelle Subordination der Bank erhöht sich ihr Risiko, was sich regelmässig in einer Erhöhung der Zinsmarge¹³ manifestiert. Im Rahmen der Cash Pool Verträge versu-

¹⁰ Externe Sicherheiten, welche zusätzliches Haftungssubstrat darstellen, sind in der Konzernfinanzierung regelmässig nicht verfügbar.

¹¹ In der Praxis wird die Konzernbonität häufig mittels einer harten Patronatserklärung der Konzernholding zu Gunsten der kreditgebenden Bank auf die Finanzgesellschaft transferiert bzw. ausgeweitet. Vgl. dazu Bundesgerichtsentscheid 4C.4/2003 vom 28. März 2003; Bundesgerichtsentscheid 4C.342/1995 vom 12. Januar 1996; Bundesgerichtsentscheid 120 II 331 vom 15. November 1994; BÖCKLI (FN 4), 11 N 496 ff.; PETER NOBEL, Patronatserklärungen und ähnliche Erscheinungen im nationalen und internationalen Recht, Berner Bankrechtstag 1997, Personalsicherheiten, Bern 1997, S. 65 ff.; ANTON K. SCHNYDER, Patronatserklärungen, Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften, SJZ 86/1990, S. 57 ff.; DRUEY/VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis, Zürich 1999, IV C; HARALD HUBER, Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der sogenannten Patronatserklärung, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern 1976, 47 ff.

¹² Bei Vorliegen einer Patronatserklärung verfügt die Bank zusätzlich über einen (bedingten) Erfüllungsanspruch und einen Schadenersatzanspruch gegen die Holding als Patronatsgeberin. Die Bank verfügt jedoch auch beim Vorliegen einer Patronatserklärung nicht über einen direkten Anspruch gegen die Konzerngesellschaften.

¹³ Dieses erhöhte Risiko führt in der Kreditbeurteilung zu einem sog. Holding Downgrade.

⁸ Z.B. nach den Regeln der vom International Accounting Standards Board herausgegebenen International Financial Reporting Standards IFRS.

⁹ Der Begriff Konzernrecht ist in der juristischen Literatur zwar verbreitet, es werden aber lediglich die Besonderheiten der einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen Konzerngesellschaften, Konzernmitarbeitern und Dritten (also die Konzerninnen- und -ausenbeziehungen) dargestellt. Illustrativ BÖCKLI (FN 4), 11 N 1-505 oder auch SANDRO ABEGGLEN, Der Bankkonzern in der Schnittmenge zwischen Privat- und Aufsichtsrecht, in: FS Roland von Büren, Basel 2009, 664 ff.

chen die Banken jedoch regelmässig, diese strukturelle Subordination mittels Haftungsklauseln zu Lasten der Pool Teilnehmer zu verbessern¹⁴.

3.3 Innenfinanzierung

Indem die Finanzgesellschaft den Konzerngesellschaften die extern aufgenommenen Mittel zur Verfügung stellt und weitere Finanzdienstleistungen für die Konzerngesellschaften¹⁵ erbringt, geht sie eine Vielzahl von rechtlichen Verbindungen mit den Konzerngesellschaften ein. Alle diese Rechtsbeziehungen sind aus zivilrechtlicher und aus steuerrechtlicher Warte zu qualifizieren und zu dokumentieren.

Im Rahmen des Zero Balance Cash Pooling entstehen durch den Kontenausgleich am Ende eines jeden Arbeitstages eine Vielzahl von Darlehensverhältnissen zwischen der Finanzgesellschaft (als Pool Master) einerseits und den Konzerngesellschaften (als Pool Teilnehmer) andererseits. Dabei tritt die Finanzgesellschaft gegenüber einzelnen Konzerngesellschaften als Darlehensgeberin, gegenüber anderen als Darlehensnehmerin auf. Diese konzerninternen Darlehen sind im Rahmen der steuerrechtlichen Vorgaben zu verzinsen und aus Sicht der Konzernorganisation auch rechtlich verbindlich zu dokumentieren.

4. Problemstellung

Das Zero Balance Cash Pooling ist ein heute übliches Mittel der finanziellen Konzernführung und der Konzernfinanzierung. Das Spannungsfeld zwischen dem wirtschaftlichen Anspruch einer Einheitsbetrachtung des Konzerns und der juristischen Realität einer Einzelbetrachtung der Konzerngesellschaften kreierte beim Zero Balance Cash Pooling sowohl im Aussenverhältnis (mit der Bank) als auch im Innenverhältnis (mit den Konzerngesellschaften) zivil- und steuerrechtlich unbefriedigende Situationen. Diese Problemstellungen sind in der Fachliteratur wohl teilweise angesprochen, in der Praxis werden diese als theoretisch empfundenen Risiken aufgrund der aus Konzernsicht überwiegenden Nützlichkeit des Cash Poolings aber meist nicht zur Kenntnis genommen bzw. verdrängt. Seit dem Zusammenbruch der vormaligen SAirGroup besteht allerdings ein erhöhtes Bewusstsein der Risiken, insbesondere der Haftungsrisiken für den Verwaltungsrat¹⁶.

¹⁴ Dazu nachstehend Ziff. II. 3.

¹⁵ Z.B. Absicherung von Währungsrisiken, Kontoführung, Zahlungsverkehr und konzerninterne Verrechnung (Netting), Finanzierung von Leasinggeschäften, etc.

¹⁶ Vgl. NZZ vom 14. Juli 2005 «*Weitere Klage des Swissair-Liquidators, Cash-Pool der SAirGroup im Visier*»; NZZ vom 15. November 2005 «*Cash-Pooling System der SAirGroup als juristischer Testfall*» und «*Fallstricke des Cash Pooling*».

II. Zivilrechtliche Betrachtung

1. Vorbemerkung zur Interzession

Von Interzession im Interesse des Aktionärs bzw. von Interzessionsgeschäften spricht man dann, wenn eine Gesellschaft den Gläubigern ihres Aktionärs den Zugriff auf ihre Vermögenswerte ermöglicht. Dies geschieht in der Regel durch Stellung von Sicherheiten zugunsten des Aktionärs, betrifft aber im Grundsatz jede Kreditierung des Aktionärs und damit auch die Vergabe eines Darlehens an den Aktionär¹⁷. Ein Interzessionsgeschäft zu Gunsten des Aktionärs wird als «konzernaufwärts» bzw. «up-stream» und ein solches zugunsten einer Schwestergesellschaft als «konzernseitwärts» bzw. «cross-stream» bezeichnet¹⁸. Verfügt ein Konzern über eine Finanzgesellschaft, so stellen sich die übrigen Konzerngesellschaften¹⁹ als Schwestergesellschaften dar, und für die Darlehensverhältnisse zwischen diesen liegt immer eine «cross-stream» Konstellation vor, unabhängig davon, ob die Finanzgesellschaft als Darlehensgeber oder als Darlehensnehmer auftritt.

Wird ein Interzessionsgeschäft nicht adäquat entschädigt, wodurch bei Einhaltung eines Drittvergleiches ein Eigeninteresse der Gesellschaft und damit ein sog. Umsatzgeschäft vorliegen würde, und ist das Geschäft nicht aus anderweitigem Eigeninteresse der Gesellschaft eingegangen worden, stellen sich Rechtsfragen, die auf die Gültigkeit eines solchen Interzessionsgeschäftes abzielen²⁰:

¹⁷ Durch die Vergabe eines Darlehens stellt die Gesellschaft dem Aktionär und damit dem Gläubigerkreis des Aktionärs Vermögenswerte der Gesellschaft zur Verfügung. ARNOLD RUSCH, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, 135 ff. spricht in diesem Zusammenhang von einem «verwandten Problemkreis».

¹⁸ Bei der Konstellation «cross-stream» liegt eine Begünstigung des Aktionärs der Gesellschaft, in der Funktion als (direkter oder indirekter) Aktionär der Schwestergesellschaft, vor und es stellen sich die gleichen Fragen wie bei einer «up-stream» Konstellation. Die Konstellation «konzernabwärts» bzw. «down-stream» stellt ein Geschäft zugunsten der (direkten oder indirekten) Tochtergesellschaft dar und ist aus rechtlicher Sicht unproblematisch.

¹⁹ Also die direkten und indirekten Tochtergesellschaften der gemeinsamen Holdinggesellschaft.

²⁰ Eine eingehende Darstellung dieser Rechtsfragen findet sich bei MARC GRÜNENFELDER, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Diss. Zürich 2009; RUSCH (FN 17), passim; DIETER AEBI, Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und Konzerns, Diss. Zürich 2001; DIETER ZOBL, Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993. Die Diskussion, ob ein Interzessionsgeschäft gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst, wird oft aufgeworfen, hat vor dem Hintergrund der gesellschaftsrechtlichen Schranken u. E. aber eine untergeordnete (und theoretische) Bedeutung (vgl. dazu JAGMETTI [FN 4] 107 ff.). Die fehlende Vertretungsmacht ist bei vollständig beherrschten Konzerngesellschaften kein relevantes Thema (GRÜNENFELDER [FN 20], 49).

- Ist das Rechtsgeschäft im Interesse des Aktionärs (also aus Sicht der Gesellschaft im Interesse eines Dritten) vom statutarischen Zweck der Gesellschaft (Art. 718a OR) gedeckt? Obschon die Praxis des Bundesgerichtes hierzu eine grosszügige Haltung ermöglichen würde²¹, wird in der Praxis des Kreditgeschäfts (seitens der Banken, als Sicherungsnehmer) regelmässig im Zweckartikel der Statuten eine ausdrückliche Ermächtigung zur Eingehung von Rechtsgeschäften und insbesondere zur Stellung von Sicherheiten «konzernaufwärts» verlangt (sog. Finanzierungsklausel)²².
- Liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung (Art. 678 OR) bzw. ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 OR) vor? Wird das Interzessionsgeschäft ohne eine adäquate Gegenleistung eingegangen, räumt die Gesellschaft dem Aktionär einen geldwerten Vorteil ein²³ und das Interzessionsgeschäft ist möglicherweise nichtig²⁴. In der Praxis wird deshalb bei «up-stream» Sicherheiten (insbesondere bei Garantien) darauf geachtet, dass die Voraussetzungen einer Dividendenausschüttung eingehalten sind.
- Ist das Interzessionsgeschäft beim Konkurs derjenigen Partei, welche der anderen einen Vorteil eingeräumt hat, anfechtbar? Diese Frage beurteilt sich nach den Regeln der paulianischen Anfechtung gemäss Art. 286 SchKG (Schenkungs pauliana) und hängt von der Beurteilung ab, ob Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen²⁵. Diese Frage ist naturgemäss beim Cash Pool im Konzernverhältnis, ebenso wie die Frage des Drittvergleichs, nur sehr schwierig zu beantworten²⁶.

Die Rechtsgültigkeit eines Interzessionsgeschäftes im Interesse des Aktionärs bzw. ohne adäquate Gegenleistung ist entsprechend in Frage gestellt. Schranken der Interzession gibt es nicht nur im Schweizer Recht, son-

dern solche finden sich in den meisten Rechtsordnungen in der einen oder anderen Form²⁷. Der Sicherungswert einer «up-stream» oder «cross-stream» Sicherheit ist deshalb (selbst bei Einhaltung aller Formalien) auf die frei ausschüttbaren Mittel beschränkt. Wird im Konzernverhältnis eine solche Sicherheit beansprucht, weil der Schuldner der besicherten Forderung im Konzern ausfällt, liegen in der Realität aber meist keine frei ausschüttbaren Mittel in den Konzerngesellschaften mehr vor. Eine solche Sicherheit wird deshalb (etwas salopp, dafür anschaulich) auch mit einem Regenschirm verglichen, der sich automatisch schliesst, wenn es zu regnen beginnt²⁸.

2. Darlehen unter Konzerngesellschaften

Zero Balance Cash Pooling kreiert Darlehensverhältnisse zwischen der Finanzgesellschaft (als Pool Master) einerseits und den Konzerngesellschaften (als Pool Teilnehmer) andererseits, wobei diese wechselseitig als Darlehensgeber und Darlehensnehmer in Erscheinung treten können. Während die Darlehensaufnahme aus rechtlicher Sicht unproblematisch ist, stellen sich bei der Darlehensvergabe Fragen der Rechtsgültigkeit (konkret der Interzession) sowie der Sorgfalt und damit der Verantwortlichkeit der Organe des Darlehensgebers, letzteres insbesondere, wenn die Konzerngesellschaft erhebliche Mittel im Cash Pool (und damit bei der Finanzgesellschaft als Pool Master) anlegt.

Tangiert ist das Konzerninnenverhältnis, konkret das Interesse der kreditgewährenden Konzerngesellschaft und ihrer Organe.

2.1 Rechtsgültigkeit

Auszugehen ist vom Grundsatz, dass Darlehensverhältnisse zwischen der Finanzgesellschaft (als Pool Master) und den Konzerngesellschaften (als Pool Teilnehmer) zivilrechtlich gültig sind. Im Rahmen des Cash Poolings innerhalb eines Konzerns können diejenigen Konstellationen, die einer Umqualifizierung eines Darlehens an den Aktionär in eine Eigenkapitalrückerstattung zu Grunde liegen²⁹, ausgeschlossen werden. Wird das Darlehen zu Drittkonditionen abgeschlossen, liegt ein Umsatzgeschäft vor und das Darlehen stellt deshalb auch keine Kapitalentnahme dar³⁰.

²¹ BGE 116 II 323; RUSCH (FN 17), 31 ff. und 77 f.; GRÜNENFELDER (FN 20), 34 f.

²² Durch die Finanzierungsklausel wird zum einen die Zugehörigkeit der Gesellschaft zu einem Konzern kundgetan und zum anderen die Interzession im Konzern in den statutarischen Zweck der Gesellschaft mitaufgenommen. Als Beispiel einer Finanzierungsklausel: *Die Gesellschaft kann Konzerngesellschaften oder Dritten, einschliesslich ihren direkten oder indirekten Aktionären sowie deren direkten oder indirekten Tochtergesellschaften, direkte oder indirekte Finanzierungen gewähren und für Verbindlichkeiten von solchen anderen Gesellschaften Sicherheiten aller Art stellen, einschliesslich mittels Pfandrechten an oder fiduziari-schen Übereignungen von Aktiven der Gesellschaft oder Garantien jedwelcher Art, ob gegen Entgelt oder nicht.*

²³ In der Praxis wird deshalb bei der Ausgestaltung einer «up-stream» Sicherheit regelmässig eine Bedingung aufgenommen, dass die Sicherheit nur in Höhe der frei ausschüttbaren Mittel und unter Beachtung der Vorschriften über die Dividendenausschüttung gewährt wird (sog. Limitation Language); vgl. dazu RUSCH (FN 17), 105 ff.; GRÜNENFELDER (FN 20), 170 ff.

²⁴ AEBI (FN 20), 201 ff.; RUSCH (FN 17), 18 ff.

²⁵ GRÜNENFELDER (FN 20), 154 ff.

²⁶ Vgl. dazu nachstehend Ziff. II 2.1.

²⁷ Vgl. dazu Financial Assistance Survey, IBA Section on Business Law, Banking Law Committee Newsletter, May 2004.

²⁸ Das Bonmot stammt aus dem Englischen: An upstream guarantee is like an umbrella that automatically closes when it starts to rain.

²⁹ Fehlender Rückzahlungswille (also Simulation eines Darlehens) oder fehlende Rückzahlungsfähigkeit des Aktionärs; vgl. dazu RUSCH (FN 17), 135 ff. und JAGMETTI (FN 4), 177 ff. mit weiteren Literaturhinweisen.

³⁰ Im Rahmen der frei verfügbaren Eigenmittel ist eine Darlehensvergabe «cross-stream» oder «up-stream» selbst dann gül-

Auch liegen bei einer intentionsgemässen Verwendung des Cash Poolings keine Gründe vor, die eine Zwangssubordination (also eine Umqualifikation des Fremdkapitals in Eigenkapital) rechtfertigen. Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn eine überschuldete Konzerngesellschaft sich über den Cash Pool weiter verschuldet und dies dem Pool Master bewusst ist³¹.

Im Konzern, und insbesondere beim Cash Pooling, stellt sich die Frage, ob Drittkonditionen vorliegen (können). Die Beurteilung des Drittvergleiches (sog. *dealing at arm's length*) beschränkt sich nicht auf eine marktübliche Verzinsung der Darlehensvaluta und auf die Bestellung von Sicherheiten. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob die Konzerngesellschaft einem Dritten überhaupt ein solches Darlehen gewähren würde. Diese Frage ist jedoch im Cash Pool obsolet und sollte durch eine Beurteilung der Interessen beantwortet werden. Wie vorstehend dargelegt, bestehen gewichtige Eigeninteressen einer Konzerngesellschaft (neben den Interessen des Konzerns), sich über den Cash Pool eine kurzfristige Kreditmöglichkeit zu sichern und einen Zinsvorteil bei Anlagegeschäften zu nutzen³². Diesem Eigeninteresse der Konzerngesellschaft (und dem Interesse des Konzerns an einem zentralen Cash Management) steht das Gegenparteirisiko, also das Insolvenzrisiko der Finanzgesellschaft (als Pool Master), gegenüber. Diese Beurteilung ändert sich parallel zur Veränderung der Bonitätslage der Finanzgesellschaft und damit des Konzerns.

Erfolgt die Darlehensgewährung gegen eine marktübliche Verzinsung im Zeitpunkt einer positiven Beurteilung von Chancen und Risiken ist sie rechtsgültig und bleibt dies auch, wenn sich die Bonität des Schuldners im Nachhinein verschlechtert³³. Bei der Interessensbeurteilung haben die zuständigen Organe des Darlehensgebers (auch in abhängigen Konzerngesellschaften) im Rahmen der gesetzlich geforderten Sorgfalt vorzugehen, wobei die Sorgfaltspflicht eine andauernde ist.

2.2 Verantwortlichkeit

Die Frage einer organschaftlichen Verantwortlichkeit (gegenüber den Gläubigern der Konzerngesellschaft) kann sich dann stellen, wenn eine Konzerngesellschaft

(als Pool Teilnehmer) regelmässig eine positive Cash Situation erwirtschaftet und diese Barmittel aufgrund der Cash Pool Vereinbarung mit der Bank kontinuierlich dem Konto der Finanzgesellschaft (als Pool Master) gutgeschrieben werden, so dass die Finanzgesellschaft zu einem massgeblichen Schuldner der Konzerngesellschaft wird.

Gemäss Art. 716a OR ist der Verwaltungsrat für die Ausgestaltung der Finanzkontrolle und der Finanzplanung der Gesellschaft verantwortlich. In Konzernverhältnissen ist diese Verantwortung allerdings differenziert zu beurteilen, insbesondere da durch das Cash Pooling die Liquiditätsplanung zentral für den Konzern gesteuert wird³⁴. Dem Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft verbleibt jedoch die nicht delegierbare Residualaufgabe, die Einhaltung der Rechtsnormen zum Kapitalschutz der Konzerngesellschaft sicherzustellen³⁵. Entsprechend ist der Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft für die Beurteilung der Mittelanlage der Konzerngesellschaft (als Pool Teilnehmer) bei der Finanzgesellschaft (als Pool Master) und für die Abwägung der Interessen und Risiken verantwortlich. In allgemeiner Form kann sogar gesagt werden, dass die Aufgabe der Liquiditätshoheit per se die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates tangiert³⁶.

Damit die Interessenabwägung durch die Organe der Konzerngesellschaft überhaupt vorgenommen werden kann, ist die Kenntnis der Bonität der Finanzgesellschaft erforderlich und ausreichend: Der Darlehensgeber muss sich über die Rückzahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers eine Meinung bilden können. Sodann ist im Rahmen der Sorgfalt zu fordern, dass die konzerninternen Darlehensverhältnisse von jeder Partei innert nützlicher Frist ordentlich (oder bei Vorliegen einer wesentlichen Verschlechterung der Bonität des Darlehensnehmers ausserordentlich) gekündigt und überschuldete Konzerngesellschaften aus dem Pool ausgeschlossen werden können. Gleiches gilt im Rechtsverhältnis der Konzerngesellschaft zur Bank. Der Verwaltungsrat einer am Cash Pool teilnehmenden Konzerngesellschaft ist deshalb gut beraten

- dafür zu sorgen, dass er zeitgerecht die Grundlagen für eine Interessenabwägung erhält,
- die konzerninternen und -externen Rechtsverhältnisse so auszugestalten, dass sie innert kurzer Frist gekündigt werden können,
- im konzerninternen Verhältnis eine adäquate Verzinsung der Darlehensvaluta sicherzustellen,

tig, wenn keine Drittkonditionen eingehalten werden (RUSCH [FN 17], 138 f.).

³¹ JAGMETTI (FN 4), 201 ff. Liegt im Zeitpunkt der Kreditierung eine Überschuldung des Darlehensnehmers vor und ist dies dem Darlehensgeber bewusst, so kann eine Zwangssubordination durch das zuständige Gericht am Sitz des Darlehensnehmers nicht ausgeschlossen werden. Dies selbst dann nicht, wenn es sich beim Darlehensgeber um eine Schwestergesellschaft (z.B. die Finanzgesellschaft) und nicht um die Muttergesellschaft des Darlehensnehmers handelt (vgl. dazu JAGMETTI [FN 4], 201 ff.).

³² Vgl. dazu nachstehend Ziff. II. 2.2.

³³ ANDREAS HÜNERWADEL, in: Handkommentar Obligationenrecht, Zürich 2009, 316 N 2.

³⁴ BÖCKLI (FN 4), 11 N 275 ff. und 13 N 471 ff.; JAGMETTI (FN 4), 123 ff.

³⁵ BÖCKLI (FN 4), 11 N 285 und 13 N 473; Darunter fällt auch die Vermeidung eines Klumpenrisikos in der Vermögensanlage (JAGMETTI [FN 4], 134 f.).

³⁶ JAGMETTI (FN 4), 123 ff.

- sich periodisch darüber Rechenschaft abzulegen, ob die Anlage der Mittel im Cash Pool angesichts der Bonität der Finanzgesellschaft und der eigenen Liquiditätsplanung noch im Interesse der Konzerngesellschaft liegt, sowie
- dies auch sauber zu dokumentieren.

3. Solidarische Haftung der Konzerngesellschaften

Im Cash Pool Vertrag zwischen der Bank einerseits und dem Pool Master sowie den Pool Teilnehmern andererseits versucht die Bank regelmässig, die strukturelle Subordination der Cash Pool Kreditlinie durch eine Haftungsklausel zu überwinden. Diese Haftungsklauseln sind unterschiedlich ausgestaltet, wobei grundsätzlich die folgenden Abstufungen anzutreffen sind:

- Vollständige Solidarität aller Pool Teilnehmer und des Pool Masters,
- Solidarität des jeweiligen Pool Teilnehmers mit dem Pool Master und
- Solidarität nur des Pool Masters mit allen Pool Teilnehmern.

Ist der Pool Master eine Finanzgesellschaft und steht entsprechend mit den Pool Teilnehmern in einem «cross-stream» Verhältnis, stellt sich die Frage der Interzession in allen drei Konstellationen³⁷. Da beim Zero Balancing die involvierten Konten der Pool Teilnehmer regelmässig über den Master Account «auf Null gestellt» werden, steht die solidarische Haftung des Pool Teilnehmers für den Sollsaldo des Master Accounts des Pool Masters im Vordergrund³⁸.

Tangiert ist das Konzernausserverhältnis, konkret das Interesse der Bank an der Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit der Solidaritätsklausel.

3.1 Rechtsgültigkeit

Die solidarische Haftung ist in ihrer Auswirkung mit einer Sicherstellung gleichzusetzen, weshalb die Grundsätze, welche bei einer «cross-stream» Garantie gelten, auch auf die Solidaritätsklausel anzuwenden

sind. In den Cash Pool Verträgen mit der Bank ist regelmässig keine «Limitation Language» vorhanden³⁹. Entsprechend ist für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit einer Solidaritätsklausel auf den Drittvergleich bzw. die Interessenabwägung abzustellen⁴⁰.

Das Interesse einer Teilnahme am Cash Pool einerseits und das damit verbundene Gegenparteirisiko andererseits⁴¹ ist jedoch mit der Situation einer solidarischen Haftung nicht vergleichbar. Riskiert der Pool Teilnehmer im Konzerninnenverhältnis nur (aber immerhin) die Darlehensvaluta, so steht bei der Solidaritätsklausel das gesamte Vermögen des Pool Teilnehmers als Haftungsmasse zur Disposition. Dieses Risiko wird durch den Darlehenszins nicht abgesehen, und eine zusätzliche Interzessionsgebühr ist regelmässig nicht vereinbart. Damit liegt ein Interzessionsgeschäft ohne adäquate Gegenleistung vor. Es besteht deshalb ein erhebliches Risiko, dass die Solidaritätsklausel einer gerichtlichen Beurteilung nicht standhält.

3.2 Verantwortlichkeit

Die Einhaltung der gesetzlichen Kapitalschutzbestimmungen gehört zur nicht delegierbaren Residualaufgabe des Verwaltungsrates einer Konzerngesellschaft⁴².

Die Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung auf die frei verfügbaren Mittel und die Beachtung der übrigen Ausschüttungsschranken ist in der Praxis bei Cash Pool Verträgen nicht anzutreffen. Entsprechend setzt sich der Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft, welche eine unbeschränkte Solidaritätsklausel eingeht, je nach Konstellation einem Haftungsrisiko aus.

Angesichts der fraglichen Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit der (unbeschränkten) Solidaritätsklausel einerseits und dem Haftungsrisiko der Organe eines Pool Teilnehmers andererseits wäre es wünschenswert, dass in den Cash Pool Verträgen mit der Bank auf die Solidaritätsklausel verzichtet wird. Damit stellt sich die Cash Pool Kreditlinie der Bank auch klar als ein unbesichertes Kreditverhältnis dar, was eine entsprechende Ausgestaltung der Marge rechtfertigt. Eine hohe Zinsmarge aufgrund der strukturellen Subordination *und* eine Solidaritätsklausel sind jedoch von der Finanzgesellschaft (als Kreditnehmer) in jedem Fall abzulehnen.

4. IPR Überlegungen

Sowohl die konzerninternen Darlehensverhältnisse als auch der konzernexterne Cash Pool Vertrag mit der

³⁷ Fungiert jedoch die Holding als Pool Master, so stellt die dritte Variante eine «down-stream» Konstellation dar und ist unproblematisch. Die Banken, welche sich für die dritte Variante entschieden haben, gehen in ihrem Standardszenario jedoch oft davon aus, dass eine unproblematische «down-stream» Konstellation vorliegt und übersehen dabei, dass bei Vorliegen einer Finanzgesellschaft immer eine «cross-stream» Konstellation gegeben ist.

³⁸ Durch den «Cover» wird ein Sollsaldo auf dem Konto des Pool Teilnehmers regelmässig ausgeglichen und damit die Schuld des Pool Teilnehmers gegenüber der Bank getilgt. Eine Haftung des einen Pool Teilnehmers für den anderen ist damit höchstens wirtschaftlich bzw. indirekt (über die Auswirkung sämtlicher Soll- und Habensaldi auf den Saldo des Master Accounts) gegeben. Entsprechend ist die Einbindung sämtlicher Pool Teilnehmer in die Solidaritätsklausel von untergeordneter Bedeutung.

³⁹ Vgl. dazu vorstehend FN 23.

⁴⁰ Vgl. dazu vorstehend Ziff. II. 2.1.

⁴¹ Vgl. dazu vorstehend Ziff. II. 2.1.

⁴² Vgl. dazu vorstehend Ziff. II. 2.2.

Bank enthalten in der Praxis eine Rechtswahlklausel und eine Gerichtsstandsklausel. Die vertraglichen Vereinbarungen mit den Konzerngesellschaften, welche in verschiedenen Jurisdiktionen domiziliert sind, können damit einem einheitlichen Recht unterstellt werden⁴³.

Während die konzerninternen Darlehensverträge und der Cash Pool Vertrag mit der Bank also grundsätzlich dem einer Rechtswahl zugänglichen Vertragsstatut unterstehen, unterliegen die gesellschaftsrechtlichen Schranken der Interzession sowie die organschaftliche Verantwortlichkeit dem Gesellschaftsstatut⁴⁴. Das auf die Gesellschaft anwendbare Recht ist immer dasjenige am Sitz der betroffenen Gesellschaft und kann entsprechend durch die vertraglichen Vereinbarungen nicht wegbedungen werden. Gleiches gilt für das Konkursrecht.

Aus Sicht der Bank gilt es deshalb abzuklären, ob die Solidaritätsklausel nach dem Gesellschaftsrecht eines jeden Pool Teilnehmers rechtsgültig ist. Aus Sicht des Konzerns ist die Haftungsfrage für jede Konzerngesellschaft nach deren Gesellschaftsstatut zu beurteilen. Es zeigt sich, dass der Konzern auch durch vertragliche Vereinbarungen kein einheitliches Konzernrecht herstellen kann, sondern die nationalen Schranken der einzelnen Konzerngesellschaften beachtlich bleiben.

III. Steuerrechtliche Betrachtung

1. Generelle Ausführungen

Das steuerliche Hauptthema bei der Konzernfinanzierung liegt, unabhängig davon, ob der Pool Master in der Schweiz oder im Ausland ansässig ist, bei den Quellensteuern⁴⁵ auf den Zinszahlungen der verschiedenen Konzerndarlehen. Ist der Pool Master in der Schweiz ansässig, sind in erster Linie Stempelabgabe- sowie Verrechnungssteuerfolgen, auf welche nachfolgend detaillierter eingegangen wird, zu beachten.

⁴³ Art. 116 IPRG. Dies ist für die konzerninternen Verhältnisse regelmässig das Recht am Sitz des Pool Masters und für den Cash Pool Vertrag das Recht am Sitz der Bank. Ohne eine solche Rechtswahlklausel würden die Darlehensverhältnisse zwischen dem Pool Master und den Teilnehmern je nachdem unterschiedlich angeknüpft, da sich das anwendbare Recht gemäss Art. 117 IPRG nach dem Sitz derjenigen Partei richtet, welche die charakteristische Leistung (also die Vergabe des Darlehens oder die Stellung einer Sicherheit) erbringt.

⁴⁴ Art. 155 IPRG.

⁴⁵ Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob es sich bei den Quellensteuern um eine definitive Steuerbelastung handelt oder ob sie im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen reduziert werden kann, was einen massgeblichen Einfluss auf die Rentabilität des Cash Pooling hat. Vgl. dazu STEPHAN KUHN/SONJA SIDLER, Optimierung der Unternehmensfinanzierung aus steuerlicher Sicht, Der Schweizer Treuhänder 11/03, S. 1023 f.

Grundsätzlich lösen Darlehensgewährungen innerhalb einer Konzernfinanzierung beim Schweizer Schuldner weder Stempelabgabe- noch Verrechnungssteuerfolgen aus. Dies gilt solange, als dass keine Umqualifizierung der Darlehen bezüglich der Stempelabgabe in eine Obligation gemäss Art. 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) bzw. bezüglich der Verrechnungssteuer in eine Obligation oder in Kundenguthaben gemäss Art. 15 der Verordnung über die Verrechnungssteuer (VStV) erfolgt. Nachfolgend wird dargelegt, was aus steuerlicher Sicht alles als Obligation bzw. Kundenguthaben qualifiziert. Dabei gilt es zu beachten, dass der steuerrechtliche Obligationenbegriff weiter geht als derjenige des Wertpapierrechts und auch darüber hinaus, was im Handel und Bankgeschäft als Obligation qualifiziert⁴⁶.

1.1 Obligation

a. Anleiheobligation

Gemäss Ziff. 1 lit. a des Merkblattes S-02.122.1 der ESTV vom April 1999 (MB Obligationen) gelten als Anleiheobligationen Titel, die in einer Mehrzahl von Exemplaren zu identischen Bedingungen ausgegeben werden. Bei einer Anleihe handelt es sich um ein einheitliches, in sich geschlossenes Kreditgeschäft⁴⁷.

Im Sinne des Stempel- und Verrechnungssteuergesetzes liegt gemäss Ziff. 3 lit. a MB Obligationen dann eine Anleiheobligation vor, wenn ein inländischer Schuldner bei mehr als 10 Gläubigern gegen die Ausgabe von Schuldanerkennungen Geld zu identischen Bedingungen aufnimmt und die gesamte Kreditsumme mindestens CHF 500'000 beträgt. Bei der Ermittlung der Anzahl Gläubiger sind die in- und ausländischen Banken im Sinne der geltenden Bankengesetzgebung nicht mitzuzählen. In diesem Fall wird auch von der «10-Lender-Rule» gesprochen.

b. Kassenobligation

Gemäss Ziff. 1 lit. b MB Obligationen gelten als Kassenobligationen Titel, die in einer Mehrzahl von Exemplaren fortlaufend und zu variablen Bedingungen ausgegeben werden.

Kassenobligationen im Sinne des Stempel- und Verrechnungssteuergesetzes liegen gemäss Ziff. 3 lit. b MB Obligationen vor, wenn ein inländischer Schuldner (Nicht-Bank) bei mehr als 20 Gläubigern gegen die Ausgabe von Schuldanerkennungen fortlaufend Geld zu variablen Bedingungen aufnimmt und die gesamte Kreditsumme mindestens CHF 500'000 beträgt. Auch hier sind bei der Ermittlung der Anzahl Gläubiger die in- und aus-

⁴⁶ Vgl. Ziff. 1 des Merkblattes S-02.122.1 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom April 1999.

⁴⁷ Ziff. 1 lit. a MB Obligationen.

ländischen Banken nicht mitzuzählen. In diesem Fall wird von der «20-Lender-Rule» gesprochen.

c. Kundenguthaben

Gemäss Ziff. 1 des Merkblattes S-02.122.2 der ESTV vom April 1999 (MB Kundenguthaben) handelt es sich bei Kundenguthaben um durch Einlagen bei einer inländischen Bank oder Sparkasse begründete Forderungen. Dabei gilt als Bank oder Sparkasse, wer sich öffentlich zur Annahme verzinslicher Gelder empfiehlt (Bank nach Bankengesetz) oder wer fortgesetzt Gelder gegen Zins entgegennimmt (Bank im Sinne von Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer [VStG]).

Bei einer Bank im Sinne des Verrechnungssteuergesetzes beginnt die Steuerpflicht sobald der Bestand an Gläubigern die Zahl 20 übersteigt und die gesamte Schuldsumme mindestens CHF 500'000 beträgt⁴⁸.

d. Geldmarktpapiere und Buchforderungen

Gemäss Ziff. 1 lit. a und b des Merkblattes S-02.130.1 der ESTV vom April 1999 (MB Geldmarktpapiere und Buchforderungen inländischer Schuldner) gelten als Geldmarktpapiere Wertpapiere bzw. als Buchforderungen Schuldverpflichtungen mit einer festen Laufzeit von nicht mehr als zwölf Monaten.

Die Steuerpflicht bei den Geldmarktpapieren und den Buchforderungen richtet sich nach den Kriterien über die Anleiensobligation bzw. denjenigen über die Kassenobligationen⁴⁹.

Nimmt also ein Schuldner bei mehreren Gläubigern Darlehen auf und ist die «10-Lender-Rule» (bei Anleiensobligationen) bzw. die «20-Lender-Rule» (bei Kassenobligationen) erfüllt, so unterliegen die Mittelbeschaffung sowie die Zinsen dieser Anleiens- und Kassenobligationen der Stempelabgabe bzw. der Verrechnungssteuer. Nachfolgend werden die entsprechenden Stempelabgabe- und Verrechnungssteuerfolgen aufgezeigt.

1.2 Steuerliche Behandlung

a. Emissionsabgabe

Gemäss Art. 5a Abs. 1 StG unterliegt die Ausgabe⁵⁰ von Obligationen und Geldmarktpapieren der Emissionsabgabe.

Die Emissionsabgabe, welche vom Nominalwert berechnet wird, beträgt bei Anleiensobligationen 1,2 Promille (Art. 9a lit. a StG) und bei Kassenobligationen 0,6 Promille (Art. 9a lit. b StG) für jedes volle oder angefangene

Jahr der maximalen Laufzeit. Bei Geldmarktpapieren beträgt die Abgabe 0,6 Promille für jeden Tag der Laufzeit je zu 1/360 (Art. 9a lit. c StG).

b. Verrechnungssteuer

ba. Generelle Ausführungen

Gegenstand der Verrechnungssteuer ist gemäss Art. 4 Abs 1 lit. a VStG der Ertrag auf den von einem inländischen Schuldner ausgegebenen Obligationen. Gemäss Art. 10 Abs. 1 VStG ist der inländische Schuldner steuerpflichtig. Die Verrechnungssteuer ist gemäss Art. 14 VStG zwingend auf den Gläubiger zu überwälzen. Inländische Gläubiger können die einbehaltene Verrechnungssteuer aufgrund von Art. 21 ff. VStG vollumfänglich zurückfordern, sofern sie die Nutzungsberechtigten an den, den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswerten sind und die Zinseinkünfte ordentlich deklariert haben. Der Rückerstattungsanspruch ausländischer Gläubiger ist abhängig vom anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen oder dem Zinsbesteuerungsabkommen. Keine Rückerstattung der Verrechnungssteuer wird Gläubigern gewährt, welche in einem Land ansässig sind, mit welchem die Schweiz kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat.

bb. «Gross Up-Klauseln»

Die Überwälzungspflicht der Verrechnungssteuer führt dazu, dass die Darlehensverträge bei den Zinsbestimmungen regelmässig sogenannte «Gross Up-Klauseln» enthalten, in welchen festgehalten wird, dass die Parteien davon ausgehen, dass Zahlungen unter dem Darlehensvertrag ohne einen steuerlichen Abzug erfolgen. Sollte jedoch gesetzlich ein Abzug erforderlich sein, dann soll der anwendbare Zinssatz entsprechend hochgerechnet werden, so dass der effektiv resultierende Betrag dem Betrag entspricht, den der Darlehensgeber ohne Steuerabzug erhalten hätte.

Solche Gross Up-Klauseln sind gemäss Praxis der ESTV zulässig, wenn

- der Schuldner dem Gläubiger in der Zinsabrede einen Mindestzins verspricht, welcher im Fall einer Verrechnungssteuerpflicht entsprechend höher ausfällt,
- die Verrechnungssteuer effektiv auf dem ins Hundert gerechneten Zinsbetrag berechnet wird,
- der Schuldner dem Gläubiger die nötigen Unterlagen zusichert, die für die allfällige Entlastung benötigt werden, und
- die Parteien in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Zinszahlungen nicht der Verrechnungssteuer unterliegen⁵¹.

⁴⁸ Vgl. Ziff. 4 lit. b MB Kundenguthaben.

⁴⁹ Ziff. 3 lit. a und b MB Geldmarktpapiere und Buchforderungen inländischer Schuldner.

⁵⁰ Gemäss Art. 5a Abs. 2 StG ist die Erneuerung von Obligationen und Geldmarktpapieren der Ausgabe gleichgestellt.

⁵¹ Vgl. MARKUS REICH in: MARTIN ZWEIFEL/PETER ATHANAS/MAJA BAUER-BALMELLI (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/2, Art. 14 VStG N 14.

Um unliebsame Stempelabgabe- und Verrechnungssteuerfolgen zu vermeiden, muss im Rahmen von Finanzierungen sichergestellt werden, dass den «10/20er Regeln» Rechnung getragen wird. Für das Cash Pooling im Konzern gilt es zu beachten, dass ein solches Cash Pooling dazu führen kann, dass der Pool Master bei Vorliegen von Kundenguthaben als Bank im Sinne des Verrechnungssteuergesetzes qualifiziert werden kann.⁵²

2. Zero Balance Cash Pooling im Speziellen

Während das Notional Pooling steuerlich, mit Ausnahme der auf allfälligen Garantien zu erhebenden Entschädigungen sowie dem Quellensteuersystem des Landes, in welchem die Bank ansässig ist, wenig Fragen aufwirft, bietet das Zero Balance Cash Pooling ein weit grösseres steuerliches Spannungsfeld.

Nebst der verrechnungssteuerlichen sowie der stempelabgaberechtlichen Thematik sind beim Zero Balance Cash Pooling auch gewinnsteuerliche Themen zu berücksichtigen. Diese liegen einerseits bei der Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung, bei der Nichteinhaltung der Regeln betreffend das verdeckte Eigenkapital sowie der Nichtbeachtung der Mindestverzinsung vor. Im Folgenden wird auf die einzelnen Themen eingegangen.

a. Qualifikation als Bank im Sinne von Art. 9 Abs. 2 VStG

Bei gruppeninterner Finanzierung mittels Zero Balance Cash Pooling kann der Bestand an Gläubigern relativ schnell die kritische Grenze von 20 erreichen. Gemäss einer seit Jahren geltenden Praxis der ESTV besteht für inländische Schuldner, in casu den Pool Master, die Möglichkeit, bis zu je 20 Gläubiger in drei respektive seit neustem vier verschiedenen Passiv-Klassen zu haben, ohne dadurch als Bank im Sinne von Art. 9 Abs. 2 VStG zu qualifizieren.

Bei den vier verschiedenen Arten von Passiv-Klassen handelt es sich um die Folgenden:

1. Kontokorrentschulden

Beim Kontokorrentkonto handelt es sich um ein laufendes Konto, welches je nach Saldo eine Verbindlichkeit oder ein Guthaben des Kontoinhabers (Pool Masters) ausweist. Für die Bestimmung der Anzahl Gläubiger sind nur die verzinslichen Kontokorrentverhältnisse, welche aus Sicht des Pool Masters eine Schuld begründen, massgebend.

2. Unterjährige Verbindlichkeiten

Als unterjährige Verbindlichkeiten qualifizieren Verbindlichkeiten mit einer vertraglich vereinbarten Laufzeit von bis zu 12 Monaten. Dabei gilt es zu

beachten, dass auch bei wiederholten Rollforwards auf einen Zeitraum von mehr als 12 Monaten eine vertraglich vereinbarte unterjährige Verbindlichkeit weiterhin als unterjährig qualifiziert.

3. Überjährige Verbindlichkeiten

Dabei handelt es sich um Verbindlichkeiten mit einer vertraglich vereinbarten Laufzeit von über 12 Monaten.

4. Garantie- oder Sicherungsdepots

Diese neue vierte Kategorie von Passiv-Klassen betrifft Verbindlichkeiten aus verzinslichen Sicherungsdepots, mit welchen Sicherheiten für verschiedene Rechtsgeschäfte (z.B. Wareterminkontrakte) geleistet werden.

Verbindlichkeiten, welche sich für den Pool Master aus dem Zero Balance Cash Pooling gegenüber den Pool Teilnehmern ergeben, qualifizieren grundsätzlich als Kontokorrentschulden gemäss vorstehender Ziff. 1. Solange die Anzahl der Gläubiger dieser Kontokorrentguthaben 20 nicht übersteigt und der Pool Master auch in den übrigen drei Kategorien je nicht mehr als 20 Gläubiger mit den entsprechenden Verbindlichkeiten hat, qualifiziert der Pool Master nicht als Bank im Sinne des VStG, womit auf seinen Zinszahlungen keine Verrechnungssteuer geschuldet ist.

b. Vorliegen einer Obligation im Sinne von Art. 5 StG

Da Kontokorrentverbindlichkeiten sowie Sicherungsdepots als Einzeldarlehen gelten, führen sie grundsätzlich zu keinen Stempelabgabefolgen. Dies gilt selbst dann, wenn der Pool Master als Bank im Sinne des VStG qualifizieren sollte.

Anders präsentiert sich die Situation jedoch, falls der Pool Master in den Kategorien unterjährige und/oder überjährige Verbindlichkeiten als Bank im Sinne des VStG qualifiziert, da dies für die entsprechenden Schuldverhältnisse Stempelabgabefolgen nach sich ziehen könnte. Jedoch wären auch in diesem Fall die Kontokorrentverhältnisse sowie die Sicherungsdepots von den Stempelsteuern ausgenommen, da diese nach wie vor als individuelle Schuldverhältnisse ohne Verbriefung gelten und damit nicht als Obligationen oder Geldmarktpapiere im Sinne von Art. 5 StG qualifizieren. Der guten Ordnung halber sei noch festgehalten, dass die Kontokorrentverhältnisse und die Sicherungsdepots auch nicht der Umsatzabgabe unterliegen⁵³.

c. Verdeckte Gewinnausschüttung

Liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung (vgl. vorstehende Ziff. II.1 ff.) vor, so ist eine solche direkt-

⁵² Vgl. dazu nachfolgende Ausführungen unter Ziff. III.2 lit. a.

⁵³ Dies da die Kontokorrentverhältnisse und die Sicherungsdepots nicht als steuerbare Urkunden im Sinne von Art. 13 Abs. 2 StG gelten.

steuerlich nicht abzugsfähig und unterliegt zudem der Verrechnungssteuer, welche je nachdem nicht oder nur teilweise zurückgefordert werden kann.

d. Verdecktes Eigenkapital

Bei einem Zero Balance Cash Pooling bestehen innerhalb eines Konzerns in der Regel gruppeninterne Darlehensverhältnisse, womit bei denjenigen Gruppengesellschaften (inkl. Pool Master), welche über Darlehensverbindlichkeiten verfügen, geprüft werden muss, ob die jeweiligen Eigenkapitalvorschriften⁵⁴ eingehalten werden. Bei der Beurteilung, ob verdecktes Eigenkapital vorliegt, wird den einzelnen Aktivpositionen zu Verkehrswerten ein gewisser Prozentsatz zugewiesen, welcher dem Höchstbetrag der von der Gesellschaft aus eigener Kraft erhältlichen fremden Mittel entspricht⁵⁵. Wird dieser Prozentsatz überschritten, so qualifiziert derjenige Teil des Fremdkapitals, welcher von Nahestehenden stammt als verdecktes Eigenkapital. Dieses unterliegt auf kantonaler Ebene der Kapitalsteuer. Bezüglich der Behandlung der darauf entfallenden Zinsen vgl. nachfolgend lit. e.

e. Verzinsung

Bei den zu verrechnenden Zinssätzen innerhalb des Cash Poolings ist sicherzustellen, dass diese dem Drittvergleich standhalten. Die aus steuerlicher Sicht jeweils anwendbaren Zinssätze werden jährlich durch die ESTV publiziert⁵⁶. Liegen die Zinssätze über den steuerlich zulässigen Sätzen, so resultiert in der Differenz eine verdeckte Gewinnausschüttung, welche direktsteuerlich nicht als Aufwand geltend gemacht werden kann. Zusätzlich unterliegt die Differenz der Verrechnungssteuer. Dasselbe gilt für Zinsen auf demjenigen Teil des Fremdkapitals, welcher steuerlich als verdecktes Eigenkapital qualifiziert. Dies gilt auch dann, wenn der Zinssatz sich im Rahmen des steuerlich Zulässigen bewegt. Es ist jedoch zu beachten, dass Zinszahlungen auf verdecktem Eigenkapital steuerlich abzugsfähig sein können, sofern die gesamte Zinsbelastung auf Darlehen von Aktionären oder nahestehenden Personen unter der gesamthaft zulässigen Zinsbelastung liegt. Dies ist dann der Fall, wenn gemäss Kreisschreiben Nr. 6 zwar verdecktes Eigenkapital

vorliegt, der belastete Zinssatz jedoch unter dem steuerlich zulässigen Zinssatz liegt.

3. Geplante Erleichterungen in der Konzernfinanzierung

Steuerliche Erleichterungen bei der Konzernfinanzierung wurden durch verschiedene parlamentarische Vorstösse gefordert⁵⁷. Dies insbesondere deshalb, als dass die derzeitige Rechtslage in der Schweiz bezüglich der steuerlichen Behandlung von Obligationen dazu führt, dass die Schweiz als Land für die Ansiedlung konzerninterner Finanzierungstätigkeiten sowie für die Ausgabe von Obligationen aufgrund der daraus resultierenden Verrechnungssteuer- und/oder Stempelabgabefolgen nicht attraktiv ist. Im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III (UStR III) ist nebst anderen Erleichterungen die Abschaffung der Emissionsabgabe bei Obligationen geplant.

Am 23. Dezember 2009 hat die ESTV die Anhörung zur (der UStR III vorgezogenen) Änderung der Verrechnungssteuer- und der Stempelabgabeverordnung eröffnet⁵⁸. Ziel der Ordnungsänderungen ist es, die steuerlichen Rahmenbedingungen für konzerninterne Finanzierungsaktivitäten zu verbessern. Dadurch soll erreicht werden, dass Finanzierungstätigkeiten vermehrt in der Schweiz angesiedelt werden, wodurch Arbeitsplätze geschaffen werden könnten.⁵⁹

Zwecks Erreichung dieses Ziels sollen die VStV sowie die StV um je einen neuen Artikel ergänzt werden⁶⁰, welcher besagt, dass zwischen Konzerngesellschaften bestehende Guthaben nicht als Obligationen oder Kundenguthaben⁶¹ gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a und d VStG bzw. Obligationen oder Geldmarktpapiere⁶² gemäss Art. 5a StG qualifizieren. Dies ungeachtet ihrer Laufzeit, Währung und des Zinssatzes. Abs. 2 des neuen Art. 14a VStV bzw. 15^{bis} StG hält zudem fest, dass als Konzerngesellschaften alle Gesellschaften gelten, deren Jahresrechnungen gemäss anerkannten Rechnungslegungsstandards voll-

⁵⁴ Vgl. Art. 65 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 24 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) sowie Art. 29 Abs. 3 StHG.

⁵⁵ Vgl. Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV vom 6. Juni 1997 betreffend verdecktes Eigenkapital.

⁵⁶ Für 2010: Rundschreiben 2-072-DV-2010-d vom 28. Januar 2010, Zinssätze 2010 für die Berechnung der geldwerten Leistungen sowie Rundschreiben 2-076-DV-2010-d vom 7. Mai 2010, Steuerlich anerkannte Zinssätze 2010 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen. Davon abweichende Zinssätze können angewendet werden, sofern nachgewiesen werden kann, dass sie marktkonform sind.

⁵⁷ Insbesondere Motion 08.3239 WAK-S betreffend die Beseitigung steuerlicher Hindernisse bei der Finanzierung von Konzerngesellschaften (vormals Parlamentarische Initiative 07.448 Frick, welche zum Zwecke hatte, die Abgabe auf Konzernfinanzierungen zu beseitigen), mit dem Auftrag an den Bundesrat Massnahmen zu treffen, damit die konzerninternen Finanzierungen, Treasury-Operationen und das Cash Pooling von den Stempelabgaben sowie der Verrechnungssteuer befreit sind und im Ausland begebene Anleihen in der Schweiz nicht in inländische Anleihen unqualifiziert werden; sowie Interpellation 09.3322 Pelli betreffend die Finanzierung von Konzerngesellschaften. Praxisänderung betreffend steuerliche Hindernisse.

⁵⁸ Die Vernehmlassung lief bis Ende Januar 2010 mit dem Ziel, die Verordnung per 1. April 2010 in Kraft zu setzen.

⁵⁹ Vgl. dazu Schreiben der ESTV vom 23. Dezember 2009 an die Anhörungsteilnehmer.

⁶⁰ Art. 14 a VStV bzw. Art. 15^{bis} StV.

⁶¹ Art. 14 a VStV.

⁶² Art. 15^{bis} StV.

konsolidiert werden. Diese Änderung führt dazu, dass Zinsen auf Konzernguthaben nicht mehr der Verrechnungssteuer unterliegen und die Guthaben selbst von der Emissionsabgabe befreit sind.

Die Neuerung wurde in Abs. 3 des neuen Art. 14a VStV bzw. 15^{bis} StG jedoch mit einer Einschränkung versehen, indem die Lockerung nur dann gilt, wenn nicht eine zu einem schweizerischen Konzern gehörende inländische Konzerngesellschaft eine Obligation einer zum gleichen Konzern gehörenden ausländischen Gesellschaft garantiert. Durch diese Einschränkung können Schweizer Konzerne, welche im Ausland durch eine Tochtergesellschaft eine von Schweizer Konzerngesellschaften garantierte Anleihe begeben haben, von den Erleichterungen nicht profitieren. Diese Benachteiligung gegenüber ausländischen Konzernen führte in der Vernehmlassung dann auch zu entsprechender Kritik. Da die vorgebrachten Einwände und möglichen Lösungsvorschläge⁶³ zuerst geprüft werden mussten, wurde das ursprünglich auf den 1. April 2010 geplante in Kraft treten zeitlich nach hinten verschoben. Gemäss Auskunft der ESTV soll der Verordnungstext trotz der kontroversen Meinungen im Rahmen der Vernehmlassung jedoch nicht mehr geändert werden, womit einem zeitnah in Kraft treten nichts mehr im Wege stehen würde.

Diese der UStR III vorgezogene Erleichterung im Bereich der konzerninternen Finanzierungen ist sicherlich zu begrüssen, doch wäre es wünschenswert gewesen, die Einschränkung einzig auf den Missbrauch zu beschränken. Denn es gibt durchaus Möglichkeiten, den Nachweis zu erbringen, dass die aufgenommenen Mittel nicht in der Schweiz verwendet werden. Von der neuen Regelung profitieren vor allem die ausländischen Konzerne, für welche die Schweiz aufgrund der Neuregelung als Standort für ihre konzerninternen Finanzierungstätigkeiten in Frage kommt sowie Schweizer Konzerne, die keine ausländische Anleihe begeben haben. Damit die steuerlichen Hindernisse bei der Finanzierung von Konzerngesellschaften auch für Schweizer Konzerne beseitigt oder zumindest reduziert werden, muss wohl die UStR III abgewartet werden.

IV. Zusammenfassung

Cash Pooling ist eine wirtschaftliche Realität bei international tätigen Konzernen, unterliegt jedoch den nationalen Schranken des Gesellschaftsrechts der einzelnen Konzerngesellschaften. Aus Sicht der Bank ist

deshalb zu beachten, dass Solidaritätsklauseln aufgrund der Regeln zur Interzession regelmässig ungültig bzw. nicht durchsetzbar sind. Aus Sicht der Organe von Konzerngesellschaften steht das (Klumpen-)Risiko einer Kreditvergabe an die Finanzgesellschaft im Vordergrund. Für den Konzern ist wesentlich, dass die durch das Zero Balance Cash Pooling entstehenden konzerninternen Rechtsverhältnisse adäquat dokumentiert werden und den Konzerngesellschaften die relevanten Informationen zur kontinuierlichen Interessenbeurteilung zur Verfügung gestellt werden.

Aus steuerlicher Sicht sind beim Cash Pooling nach wie vor die Quellensteuerfolgen das zentrale Thema. Sobald die geplanten Erleichterungen bei der Konzernfinanzierung in Kraft getreten sind, entspannt sich diese Thematik etwas und die Schweiz wird als Standort für Finanzierungsgesellschaften zu einer echten Alternative. Schweizer Konzerne mit ausländischen Anleihen müssen jedoch die Unternehmenssteuerreform III abwarten, bis auch sie von (hoffentlich) attraktiveren steuerlichen Rahmenbedingungen der konzerninternen Finanzierungstätigkeit profitieren können. Bei der doch vorherrschenden Verrechnungssteuerthematik dürfen jedoch die Bereiche Marktkonformität der Zinszahlungen sowie Einhaltung der Eigenmittelvorschriften, welche auch im Ausland Anwendung finden, nicht vernachlässigt werden.

⁶³ Die Diskussion ging in Richtung Mittelverwendung, d.h., dass eine im Ausland begebene durch Schweizer Konzerngesellschaften garantierte Anleihe solange nicht schädlich sein soll, als dass die daraus erzielten Mittel nicht in die Schweiz zurückfliessen.