



Sammy Guidoum\*

## Ausschüttungen gestützt auf OR-Zwischenabschlüsse

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die verschiedenen Ausschüttungsarten im Überblick
  1. (Ausser-)ordentliche Dividenden und (ausser-)ordentliche Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve
  2. Zwischendividende und «Zwischenrückzahlung»
  3. Spezielle Ausschüttungsformen
    - 3.1. Akontodividende
    - 3.2. Sach-, Geld- und Wahldividende
- III. Voraussetzungen der Zwischendividende
  1. Gewinn aus dem laufenden Geschäftsjahr (Periodengewinn)
  2. Zwischenabschluss (Art. 960f OR)
    - 2.1. Allgemeines
    - 2.2. Form
    - 2.3. Bestandteile
    - 2.4. Verabschiedung durch den Verwaltungsrat
    - 2.5. Prüfung durch die Revisionsstelle (mit Ausnahmen)
    - 2.6. Auflage und Genehmigung durch die Generalversammlung
  3. Zwischendividendenantrag des Verwaltungsrats
  4. Generalversammlungsbeschluss
  5. Bilanzierung beschlossener Zwischendividenden
  6. Besondere (Zwischen-)Dividendenverbote
- IV. Analoge Voraussetzungen der «Zwischenrückzahlung»
- V. Ausschüttungsmischform gestützt auf den OR-Zwischenabschluss: Kombination aus einer Zwischendividende und einer ausserordentlichen Dividende
- VI. Zeitliche Gültigkeit des Zwischenabschlusses als Grundlage für Ausschüttungen gemäss Art. 675a OR
- VII. Bestimmung des für Up- und Cross-Stream-Leistungen verfügbaren Eigenkapitals gestützt auf OR-Zwischenabschlüsse
- VIII. Zusammenfassung

### I. Einleitung

Das Aktienrecht 2020<sup>1</sup> ist nun seit circa eineinhalb Jahren in Kraft. Mit dem neuen Aktienrecht wurde auch Art. 675a OR, der die Ausschüttung von Zwischendividenden regelt, eingeführt. Unter altem Recht war die Zulässigkeit von Zwischendividenden noch umstritten; während ein Grossteil der Lehre Zwischendividenden unter gewissen Voraussetzungen zulassen wollte, sprachen sich ein anderer Teil der Lehre und die Revisionspraxis gegen ihre Zulässigkeit aus.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber beendete diese Debatte mit der Einführung von Art. 675a OR zugunsten der Befürworter und reagierte damit – gemäss Botschaft des Bundesrats – auf verschiedene Bedürfnisse aus der Praxis. Insbesondere sollte die Flexibilität zur Umverteilung von Liquidität innerhalb von Konzernen und zur Gewinnausschüttung bei Gesellschaften, deren ausländische Aktionäre sich Quartals- oder Halbjahresdividenden gewohnt sind, erhöht werden.<sup>3</sup>

Doch obwohl die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Zwischendividenden mit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts geklärt werden konnte, bestehen weiterhin zahlreiche Unklarheiten im Zusammenhang mit Ausschüttungen gemäss Art. 675a OR.

Probleme verursacht insbesondere der Umstand, dass Art. 675a OR keine Definition des Zwischendividendenbegriffs enthält und sich die Lehre bislang nicht auf ein einheitliches Begriffsverständnis festlegen konnte. In der Praxis stellt sich deshalb häufig die Frage, ob ein konkretes Ausschüttungsvorhaben nun als Zwischendividende im Sinne von Art. 675a OR qualifiziert oder eine andere Ausschüttung(misch)form vorliegt. Eine klare Differenzierung zwischen den verschiedenen Ausschüttungsarten ist aber essenziell, weil sie teilweise un-

\* Dr. iur. HSG Sammy Guidoum, Rechtsanwalt, ist Associate bei Baker McKenzie Switzerland AG. Teile des vorliegenden Textes basieren auf den Ausführungen des Verfassers in: SAMMY GUIDOUM, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Diss. St. Gallen 2023 (= SSHW 360).

<sup>1</sup> Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 19.06.2020, BBl 2020 5573–5644.

<sup>2</sup> Eine Übersicht zu den einzelnen Positionen findet sich in: SAMMY GUIDOUM, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Diss. St. Gallen 2023 (= SSHW 360), N 522.

<sup>3</sup> Botschaft des Bundesrats vom 23.11.2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399–682, 526.

terschiedlichen Voraussetzungen unterliegen. Wird eine Ausschüttung vorgenommen, obwohl eine oder mehrere Voraussetzungen nicht erfüllt sind, kann dies – je nach Fall – zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der getätigten Ausschüttung führen.<sup>4</sup> Die Empfänger von unrechtmässigen Ausschüttungen können in solchen Fällen gegenüber der Gesellschaft rückerstattungspflichtig werden.<sup>5</sup> Des Weiteren können die zuständigen Leitungsorgane für einen bei der Gesellschaft oder den Gesellschaftsgläubigern entstandenen Schaden persönlich verantwortlich werden.<sup>6</sup>

Im vorliegenden Aufsatz soll deshalb dargelegt werden, was unter einer Zwischendividende gemäss Art. 675a OR zu verstehen ist, inwiefern sie sich von anderen Ausschüttungsarten unterscheidet, welchen Voraussetzungen sie unterliegt und ob gestützt auf OR-Zwischenabschlüsse auch andere Ausschüttungs(misch)formen ausgerichtet werden dürfen.

Daneben werden weitere ausgewählte Fragen, die sich in der Praxis im Zusammenhang mit Art. 675a OR regelmässig stellen, aufgeworfen und einer Antwort zugeführt. Dazu gehört die Frage, wie lange gestützt auf einen bestimmten OR-Zwischenabschluss ein Ausschüttungsbeschluss gefasst werden darf. Sodann wird die Bedeutung von OR-Zwischenabschlüssen im Zusammenhang mit Upstream- und Cross-Stream-Leistungen, die nicht zu Drittbedingungen erfolgen, thematisiert.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf Aktiengesellschaften. Aufgrund des Verweises in Art. 798 OR gelten sie aber sinngemäss für GmbHs. Nicht behandelt werden steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Ausschüttungen gestützt auf OR-Zwischenabschlüsse.

## II. Die verschiedenen Ausschüttungsarten im Überblick

### 1. (Ausser-)ordentliche Dividenden und (ausser-)ordentliche Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve

Das Gesetz unterscheidet zwischen «gewöhnlichen» Dividenden (Art. 675 OR) und Zwischendividenden (Art. 675a OR). Gemäss Lehre und Praxis lässt sich die gewöhnliche Dividende weiter in die ordentliche und die ausserordentliche Dividende unterteilen, obwohl diese Unterscheidung gesetzlich nicht ausdrücklich vorgehen ist.

Als ordentliche Dividende bezeichnet man jene Dividende, die an der ordentlichen Generalversammlung (GV), also im jährlichen Rhythmus beschlossen wird.<sup>7</sup> Der ordentliche Dividendenbeschluss ist Teil der «Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes» gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Formelle Grundlage des Beschlusses bildet die (geprüfte) Jahresrechnung, wobei das darin ausgewiesene freie Eigenkapital, das aus Gewinnen stammt, als ordentliche Dividende ausgeschüttet werden darf.<sup>8</sup>

Ausserordentliche Dividenden werden an einer ausserordentlichen GV beschlossen.<sup>9</sup> Sie können grundsätzlich zu jedem beliebigen Zeitpunkt, der im Geschäftsjahr auf die ordentliche GV folgt, ausgeschüttet werden. Es ist auch zulässig, mehrere ausserordentliche Dividenden im selben Geschäftsjahr zu entrichten. Wie bei der ordentlichen Dividende werden bei der ausserordentlichen Dividende freie Gewinne bzw. Gewinnreserven gestützt auf die letzte Jahresrechnung ausgeschüttet.<sup>10</sup>

Seit dem Inkrafttreten des Aktienrechts 2020 stellt die Rückzahlung von frei verwendbaren gesetzlichen Kapitalreserven keine «Dividende» mehr dar, sondern wird als eigener Ausschüttungstatbestand behandelt.<sup>11</sup> Die Aufspaltung des altrechtlichen Dividendentatbestands war vor allem steuerrechtlich motiviert, wohingegen sie aktienrechtlich kaum begründbar ist.<sup>12</sup> Zudem hat es der Gesetzgeber verpasst, die Voraussetzungen der

<sup>7</sup> ZK-BAHAR/PEYER, Art. 675 OR N 50; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 8 N 70 und § 11 N 32; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 54; LUKAS GLANZMANN, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 83–119, 84 f.; GUIDOUM (Fn. 2), N 115; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 133.

<sup>8</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 115. Vgl. auch EXPERTSUISSE, Vorabpublikation des HWP-Kapitels zur Prüfung des Antrags des Verwaltungsrats über die Verwendung des Bilanzgewinns (Aktualisierung Kapitel III.7 im HWP Band «Ordentliche Revision» – ersetzt das Dokument Q&A zu Zwischendividende und Gewinnverwendung gemäss revidiertem Aktienrecht und das Dokument Q&A bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR), Anwendbar für Berichtsperioden beginnend an oder nach dem 1. Januar 2023 (aktualisiert im April 2024), III.7.1.1.

<sup>9</sup> ZK-BAHAR/PEYER (Fn. 7), Art. 675 OR N 51; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 8 N 725; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 70, § 11 N 33; GLANZMANN (Fn. 7), 85; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 7), § 40 N 54; GUIDOUM (Fn. 2), N 117; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675 N 136.

<sup>10</sup> BÖCKLI (Fn. 9), § 12 N 725; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 70 und § 11 N 33; GLANZMANN (Fn. 7), 84 f.; GUIDOUM (Fn. 2), N 117; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675 N 136; EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.1.1 und III.7.3.

<sup>11</sup> Ausführlich zur Differenzierung zwischen den beiden Ausschüttungstatbeständen: GUIDOUM (Fn. 2), N 34–46. Vgl. sodann BK-GLANZMANN, OR 675–677 N 5; LUKAS GLANZMANN, Das Eigenkapital gemäss neuem Aktienrecht, Zusammensetzung, Schutz und Verwendung bei der AG und GmbH, SJZ 15/2022, 755–767, 762; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 61. A.M. aber BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675 N 53.

<sup>12</sup> Vgl. GUIDOUM (Fn. 2), N 36–46.

<sup>4</sup> Ausführlich dazu: GUIDOUM (Fn. 2), § 12.

<sup>5</sup> Ausführlich dazu: GUIDOUM (Fn. 2), § 13.

<sup>6</sup> Ausführlich dazu: GUIDOUM (Fn. 2), § 14.

Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve vollständig zu regeln. Aus diesen Gründen besteht in der Lehre ein breiter Konsens darüber, dass die Dividendenvorschriften analog auf Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve anzuwenden sind, sofern eine ausdrückliche Regelung zum Rückzahlungstatbestand fehlt.<sup>13</sup>

Daher kann analog zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve differenziert werden. Als ordentliche Rückzahlungen sind solche zu bezeichnen, die anlässlich der ordentlichen GV gestützt auf die letzte Jahresrechnung beschlossen werden.<sup>14</sup> Im Unterschied zur ordentlichen Dividende erfolgt die ordentliche Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve nicht zulasten der frei verwendbaren Gewinne bzw. Gewinnreserven, sondern zulasten des frei verwendbaren Teils der gesetzlichen Kapitalreserve.<sup>15</sup>

Ausserordentliche Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve werden an einer ausserordentlichen GV beschlossen. Solche Rückzahlungen erfolgen wie die ordentlichen Rückzahlungen zulasten des frei verwendbaren Teils der gesetzlichen Kapitalreserve, der auf der Basis der letzten Jahresrechnung zu bestimmen ist.<sup>16</sup>

## 2. Zwischendividende und «Zwischenrückzahlung»

Wie eingangs erwähnt, regelt Art. 675a OR die Ausschüttung von Zwischendividenden. Der Bestimmung ist zwar zu entnehmen, dass es sich bei Zwischendividenden um Ausschüttungen handelt, die gestützt auf einen Zwischenabschluss gemäss Art. 960f OR vorgenommen werden. Eine eigentliche Legaldefinition des Zwischendividendenbegriffs enthält Art. 675a OR aber nicht.

Ein Blick in die Gesetzgebungsmaterialien zeigt jedoch, dass mit Art. 675a OR eine gesetzliche Grundlage für Ausschüttungen zulasten des im laufenden Geschäftsjahr generierten Gewinns (sog. laufender Gewinn) geschaffen werden sollte.<sup>17</sup> In diesem Sinne wurde der

Begriff auch in der Lehre zum alten Aktienrecht verstanden.<sup>18</sup>

In der Literatur zum neuen Recht finden sich verschiedene Begriffsdefinitionen. Grossmehrheitlich wird die Zwischendividende immer noch als Ausschüttung zulasten des laufenden Gewinns definiert.<sup>19</sup> Dieselbe Definition wird im aktuellen HWP verwendet.<sup>20</sup>

Nach einer anderen Lehrmeinung gilt jede Dividende, die zulasten des freien Eigenkapitals gestützt auf einen Zwischenabschluss ausgeschüttet wird, als Zwischendividende, also unabhängig davon, ob der betroffene Gewinn aus dem laufenden oder vergangenen Geschäftsjahr stammt.<sup>21</sup>

Überzeugender ist m.E. die erste Auffassung, wonach die Zwischendividende eine Ausschüttung *zulasten des laufenden Gewinns* ist. Denn diese Definition steht nicht nur im Einklang mit der Entstehungsgeschichte von Art. 675a OR. Sie bietet durch die Begrenzung auf Ausschüttungen aus dem laufenden Gewinn auch ein klares Abgrenzungsmerkmal gegenüber der ausserordentlichen Dividende, die teilweise anderen Voraussetzungen untersteht. Wie weiter hinten noch genauer zu zeigen ist, ist ein klares Unterscheidungskriterium gegenüber der ausserordentlichen Dividende insbesondere dann wich-

<sup>13</sup> BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 5; GLANZMANN (Fn. 11), 762; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 61; GUIDOUM (Fn. 2), N 39–46. Ähnlich auch PHILIPP AICHELE/FLURIN VIONNET-RIEDERER, Die Zwischendividende im revidierten Aktienrecht, EF 6/2021, 293–298, 298.

<sup>14</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

<sup>15</sup> Art. 671 Abs. 2–4 OR. Vgl. sodann GUIDOUM (Fn. 2), N 116.

<sup>16</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 118.

<sup>17</sup> Vgl. insb. Botschaft des Bundesrats vom 21.12.2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589–1750, 1662 («Dabei handelt es sich aber nicht um Zwischendividenden, sondern um Ausschüttungen aus dem Vorjahr.»). Vgl. sodann BBl 2017 399–682 (Fn. 3), 527, wo in Fn. 350 auf ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a OR N 170, verwiesen wird, welche die Zwischendividende als Ausschüttung «aus dem laufenden Jahresergebnis» bezeichnen.

<sup>18</sup> PETER FORSTMOSER/GAUDENZ G. ZINDEL/VALERIE MEYER BAHAR, Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, SJZ 105/2009, 205–214, 205; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 7), § 40 N 55; BSK OR II-VOGT (5. Aufl.), Art. 675 N 36 (vgl. aber ders. in der Neuauflage: BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 2); ZK-TANNER, Art. 698 OR N 126; ZK-EBERLE/LENGAUER (Fn. 17), Art. 728a OR N 170 f.; URS KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg 2012 (= SSHW 309), § 7 N 49; SANDRO GERMANN, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich 2015 (= SSHW 327), § 11 N 975; WALO STÄHLIN/MARTIN KISTLER, Erhöhte Flexibilität bei der Ergebnisabführung im Konzern, ST 11/2013, 855–860, 855.

<sup>19</sup> BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 19 f.; GLANZMANN (Fn. 11), 764; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 72 und § 11 N 34; PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022, Art. 675a N 6; ZK-BAHAR/PEYER (Fn. 7), Art. 675 OR N 56; AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 293; URS SCHENKER/OLIVIER SCHENKER, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023, 161–163; GUIDOUM (Fn. 2), N 522; THORSTEN KLEIBOLD/BEAT RÜFENACHT, Das revidierte Aktienrecht aus Sicht der Wirtschaftsprüfung, EF 6/2021, 248–258, 255; PAUL THALMANN/TONY WAIBEL/DAVID BUNDI, Endlich – die Interimsdividende setzt sich im schweizerischen Recht durch, SZW 1/2007, 18–26, 18; BSK OR II-HAAG/BAUR (Fn. 7), Art. 960f N 2.

<sup>20</sup> EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.3 und III.7.4; EXPERTSUISSE, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Ausgabe 2023, N 602 und N 617.

<sup>21</sup> BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 719 f.; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 2 und N 25 (anders aber noch in der Voraufgabe: BSK OR II-VOGT [Fn. 18], Art. 675 N 36).

tig, wenn die beiden Dividendenarten kombiniert ausgeschüttet werden sollen.<sup>22</sup>

Die Zwischendividende muss sodann von der «gestaffelten Dividende», mit welcher im laufenden Geschäftsjahr gestützt auf die letzte Jahresrechnung freies Eigenkapital in mehreren Tranchen ausgeschüttet wird, abgegrenzt werden. Denn eine gestaffelte Dividende wird realisiert, indem (i) eine ordentliche Dividende tranchenweise fällig gesetzt wird oder (ii) einer ordentlichen Dividende ausserordentliche Dividenden nachgeschüttet werden.<sup>23</sup>

Schliesslich ist zu beachten, dass aufgrund der analogen Anwendbarkeit der Dividendenvorschriften auf Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve<sup>24</sup> analog zur Zwischendividende auch Rückzahlungen von Teilen der gesetzlichen Kapitalreserve, die erst im laufenden Geschäftsjahr eingebracht worden sind, erlaubt sein müssen.<sup>25</sup> Es wird in diesem Zusammenhang vereinfachend von «Zwischenrückzahlungen» gesprochen.<sup>26</sup>

### 3. Spezielle Ausschüttungsformen

#### 3.1. Akontodividende

Eine besondere Dividendenform ist die Akontodividende. Entgegen ihrer Bezeichnung stellt sie rechtlich aber keine eigentliche Dividende dar, sondern ein kurzfristiges Darlehen an den Aktionär, das mit einer zukünftigen Dividendenforderung verrechnet wird. Die Akontodividende unterliegt deshalb denselben Restriktionen wie andere Darlehen an Aktionäre.<sup>27</sup>

Die Akontodividende dürfte heute nur noch in Ausnahmefällen ein attraktives Instrument sein, z.B. dann, wenn (i) die Gesellschaft nicht genügend freies Eigenkapital aus abgeschlossenen Geschäftsjahren und keine laufenden Gewinne erzielt hat, d.h., wenn sie weder eine (ausser-)ordentliche noch eine Zwischendividende ausschütten darf, oder (ii) die Ausschüttung einer eigentlichen Dividende zwar zulässig wäre, aber als zu aufwendig erachtet wird.<sup>28</sup>

#### 3.2. Sach-, Geld- und Wahldividende

Weiter lassen sich Dividendenarten anhand der Beschaffenheit des Ausschüttungsgegenstands unterscheiden. Traditionell wird dabei vor allem zwischen der «Bardividende» bzw. «Gelddividende» (Ausschüttung in Geld) einerseits und der «Sachdividende» (Ausschüttung von Sachwerten) andererseits differenziert.<sup>29</sup> Daneben gibt es das Konstrukt der Wahldividende, mit welcher den Aktionären die Möglichkeit gewährt wird, sich zwischen zwei Ausschüttungsgegenständen zu entscheiden, z.B. zwischen einer Bardividende und Aktien der Gesellschaft (sog. *cash-or-title dividend*).<sup>30</sup> Analoge Unterscheidungen lassen sich bei der Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve machen.<sup>31</sup>

Auf Ausschüttungsarten, bei denen nach der Beschaffenheit des Ausschüttungsgegenstands differenziert wird, wird im Vorliegenden nicht näher eingegangen. Denn die Frage, unter welchen Voraussetzungen die GV – gestützt auf einen Zwischenabschluss oder anderweitig – statt einer Geld- eine Sach- oder Wahldividende beschliessen darf, ist jener, ob überhaupt eine Dividende ausgeschüttet bzw. eine Rückzahlung getätigt werden soll, nachgelagert. Dies liegt daran, dass beim Ausschüttungsbeschluss genau betrachtet zwei Teilbeschlüsse vorliegen: Zunächst beschliesst die GV, ob eine Ausschüttung vorgenommen werden soll und, falls ja, mit welcher Quote die Aktionäre daran teilhaben sollen (z.B. CHF 2.00 Dividende pro Aktie). Man spricht dabei auch vom «Distributionsbeschluss».<sup>32</sup> Auf den positiven Distributionsbeschluss folgt – zumindest dogmatisch betrachtet – ein «Ausrichtungsbeschluss», mit dem die Beschaffenheit und Fälligkeit der Dividende bzw. Rückzahlung festgelegt werden.<sup>33</sup> Die Probleme, die sich beim Ausrichtungsbeschluss stellen, sind von der Art des Distributionsbeschlusses (ordentlicher, ausserordentlicher oder Zwischendistributionsbeschluss) unabhängig, weshalb sie vorliegend ausgeklammert werden und stattdessen auf die einschlägige Literatur verwiesen wird.<sup>34</sup>

<sup>22</sup> Vgl. hinten V.

<sup>23</sup> Vgl. BBl 2017 399–682 (Fn. 3), 527; GUIDOUM (Fn. 2), N 120.

<sup>24</sup> Vgl. dazu vorne II.1.

<sup>25</sup> BK–GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 21; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 72; GLANZMANN (Fn. 11), 764; BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 719; AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 298; GUIDOUM (Fn. 2), N 121 und 524; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 27. A.M. EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.5, wonach «Zwischenrückzahlungen» bei revisionspflichtigen Gesellschaften nur gestützt auf eine *geprüfte* Jahresrechnung oder einen *geprüften* Zwischenabschluss vorgenommen werden dürfen.

<sup>26</sup> Vgl. etwa BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 719; GUIDOUM (Fn. 2), N 121; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 27.

<sup>27</sup> BK–GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 28; GUIDOUM (Fn. 2), N 122.

<sup>28</sup> BK–GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 28; GUIDOUM, (Fn. 2), N 122.

<sup>29</sup> Ausführlich dazu: GUIDOUM (Fn. 2), § 5 (zur Geld- bzw. Bardividende vgl. N 129–141, zur Sachdividende vgl. N 142–180).

<sup>30</sup> Ausführlich dazu: GUIDOUM (Fn. 2), N 181–185.

<sup>31</sup> Vgl. GUIDOUM (Fn. 2), N 128.

<sup>32</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 449; BEAT SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rück-erstattungspflicht, Diss. Zürich 1996 (= SSHW 171), § 7 N 74–77; KARL WEBER, Dividendenpolitik, Diss. Zürich, Einsiedeln 1955, 17 f.

<sup>33</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 450 f.; SPÖRRI (Fn. 32), § 7 N 76.

<sup>34</sup> Vgl. zur Festsetzung einer Gelddividende in einer Fremd- oder Kryptowährung: GUIDOUM (Fn. 2), N 130–141, zur Sachdividende: GUIDOUM (Fn. 2), N 142–180, und zur Wahldividende: GUIDOUM (Fn. 2), N 181–185.

### III. Voraussetzungen der Zwischendividende

#### 1. Gewinn aus dem laufenden Geschäftsjahr (Periodengewinn)

Damit eine Zwischendividende ausgeschüttet werden darf, muss im laufenden Geschäftsjahr ein Gewinn erzielt worden sein.<sup>35</sup>

Hat die Gesellschaft Verlustvorträge, so müssen diese zuerst beseitigt werden, bevor eine Zwischendividende zulasten des erzielten Periodengewinns ausgeschüttet werden darf.<sup>36</sup>

Ausserdem müssen vom erzielten Periodengewinn Zuweisungen an die gesetzlichen und allenfalls freiwilligen Gewinnreserven gemäss Art. 675a Abs. 3 OR i.V.m. Art. 675 Abs. 3 OR gemacht werden.<sup>37</sup>

Bei der Bestimmung des ausschüttbaren Gewinns sind ferner allfällige Eigenkapitalminusposten (z.B. für eigene Aktien<sup>38</sup> oder für bereits ausgerichtete Zwischendividenden<sup>39</sup>) oder Sperrbeträge für konzerninterne Darlehen mit Ausschüttungscharakter<sup>40</sup> zu beachten; solche Positionen reduzieren den als Zwischendividende ausschüttbaren Betrag, falls sie nicht anderweitig durch freies Eigenkapital gedeckt werden können.<sup>41</sup>

Sodann ist wie vor jeder Ausschüttung zu prüfen, ob seit dem Abschlussstichtag Ereignisse eingetreten sind, die sich wesentlich negativ auf das bilanzielle Eigenkapital oder die Liquidität der Gesellschaft auswirken. Ist dies der Fall, müssen die Auswirkungen der Ereignisse in die Berechnung des ausschüttbaren Eigenkapitals miteinfließen.<sup>42</sup>

Zwischendividenden, die zulasten des geschützten Eigenkapitals ausgerichtet werden, sind im Umfang des Eingriffs in das geschützte Eigenkapital nichtig.<sup>43</sup> Empfänger solcher Ausschüttungen können gegenüber der

Gesellschaft gemäss Art. 678 Abs. 1 OR oder Art. 62 ff. OR rückerstattungspflichtig werden.<sup>44</sup> Daneben können sich für die verantwortlichen Leitungsorgane Haftungsfragen stellen.<sup>45</sup>

Hat die Gesellschaft keinen ausreichenden Periodengewinn für die geplante Zwischendividende erzielt, verfügt sie aber über freies Eigenkapital aus vergangenen Geschäftsjahren, so kann eine Ausschüttung an die Aktionäre allenfalls mittels (ausser-)ordentlicher Dividende bzw. (ausser-)ordentlicher Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve realisiert werden, sofern die übrigen Voraussetzungen dieser Ausschüttungsformen erfüllt sind bzw. erfüllt werden können.<sup>46</sup>

#### 2. Zwischenabschluss (Art. 960f OR)

##### 2.1. Allgemeines

Für jede Zwischendividende muss ein Zwischenabschluss gemäss Art. 960f OR erstellt werden.<sup>47</sup> Ein Zwischendividendenbeschluss, dem kein gültiger Zwischenabschluss zugrunde liegt, ist nichtig.<sup>48</sup>

Ein Zwischenabschluss muss auch dann erstellt werden, wenn die Jahresrechnung erst vor kurzem erstellt und geprüft wurde, z.B. wenn die Zwischendividende noch während der ersten Geschäftsjahreshälfte ausgerichtet werden soll.<sup>49</sup> Grund dafür ist, dass Zwischendividenden zulasten von Gewinnen ausgeschüttet werden, die im laufenden Geschäftsjahr erzielt wurden und folglich in der letzten Jahresrechnung noch nicht ausgewiesen waren.<sup>50</sup>

Entgegen dem starren Wortlaut der Botschaft, wonach für jede Zwischendividende ein Zwischenabschluss erstellt werden muss,<sup>51</sup> sollte m.E. aber ausnahmsweise auf die Erstellung eines (weiteren) Zwischenabschlusses verzichtet werden dürfen. Konkret sollte dann kein zusätzlicher Zwischenabschluss erforderlich sein, wenn im gleichen Geschäftsjahr bereits eine Zwischendividende beschlossen wurde und aus dem dieser zugrunde liegenden Zwischenabschluss klar ersichtlich ist, dass noch genügend ausschüttbarer Periodengewinn verfügbar ist und die neue Zwischendividende ausschliesslich zulasten des übrig gebliebenen Teils dieses Periodengewinns ausgerichtet wird. Eine solche Zwischendividende ist nämlich vergleichbar mit einer ausserordentlichen Divi-

<sup>35</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 525 f. Vgl. sodann die Nachweise vorne in Fn. 19 und Fn. 20.

<sup>36</sup> Art. 675a Abs. 3 OR i.V.m. Art. 672 Abs. 1 Satz 2 OR. Vgl. auch GUIDOUM (Fn. 2), N 527; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, N 3.927.

<sup>37</sup> BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 20; GUIDOUM (Fn. 2), N 528; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 20 f.; EXPERTSUISSE (Fn. 20), N 617. A.M. BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 723.

<sup>38</sup> Art. 659a Abs. 4 OR.

<sup>39</sup> Vgl. dazu hinten III.5.

<sup>40</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 530 i.V.m. N 345–348. Vgl. auch BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 28.

<sup>41</sup> Vgl. GUIDOUM (Fn. 2), N 530.

<sup>42</sup> Vgl. ausführlich dazu: LUKAS GLANZMANN, Ereignisse nach dem Bilanzstichtag, in: Weber/Stoffel/Chenau/Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 257–272, *passim*; GUIDOUM (Fn. 2), N 531 i.V.m. N 351–376.

<sup>43</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 657; EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.4.2.

<sup>44</sup> Vgl. dazu GUIDOUM (Fn. 2), N 665–677; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 67.

<sup>45</sup> Vgl. BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 68.

<sup>46</sup> Vgl. auch BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 7.

<sup>47</sup> Art. 675a Abs. 1 OR. Vgl. auch BBl 2017 399–682 (Fn. 3), 526.

<sup>48</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 657.

<sup>49</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 19), Art. 675a N 8; AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 295; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 39.

<sup>50</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 19), Art. 675a N 8. Vgl. auch vorne III.1.

<sup>51</sup> BBl 2017 399–682 (Fn. 3), 526.

dende, die gestützt auf die letzte Jahresrechnung ausgeschüttet wird.<sup>52</sup>

## 2.2. Form

Gemäss Art. 960f Abs. 1 Satz 1 OR ist der Zwischenabschluss nach den Vorschriften zur Jahresrechnung zu erstellen. Damit gemeint sind nicht nur die Bestimmungen des zweiten Abschnitts des 32. Titels des OR (Art. 959–960f OR), sondern auch die allgemeinen Rechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 958–958f OR.<sup>53</sup>

Der Zwischenabschluss ist als solcher zu bezeichnen.<sup>54</sup> Ausserdem muss der Zweck, zu dem er erstellt wird, im Anhang des Abschlusses offengelegt werden.<sup>55</sup>

Zu beachten ist, dass gemäss Art. 960f Abs. 2 Satz 1 OR bei der Erstellung des Zwischenabschlusses gewisse Vereinfachungen und Verkürzungen erlaubt sind, sofern dies nicht zu einer Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs führt. Mindestens müssen die Überschriften und Zwischensummen ausgewiesen werden, wie sie in der letzten Jahresrechnung enthalten waren.<sup>56</sup> Ausserdem muss im Anhang auf Vereinfachungen und Verkürzungen, einschliesslich etwaiger Abweichungen von den für die letzte Jahresrechnung verwendeten Grundsätzen, hingewiesen werden.<sup>57</sup>

Fraglich ist, welche Vereinfachungen und Verkürzungen bei einem Zwischenabschluss zwecks Ausschüttung gemäss Art. 675a OR zulässig sind. Ausgeschlossen dürften alle Vereinfachungen und Verkürzungen sein, welche die Ermittlung des ausschüttbaren Eigenkapitals beeinträchtigen, weil sonst der eigentliche Zweck des entsprechenden Abschlusses vereitelt würde. In Frage kommen nach h.L. deshalb nur solche Massnahmen, die keinen wesentlichen Einfluss auf das Eigenkapital und dessen Zusammensetzung haben.<sup>58</sup>

Schliesslich fragt sich, ob im Zwischenabschluss analog zu Art. 958d Abs. 2 OR neben den Zahlen per Stichtag auch «Werte des Vorjahres» anzugeben sind. Davon ist wegen des Verweises in Art. 960f Abs. 1 OR auszugehen.<sup>59</sup> Aufgrund der zulässigen Vereinfachungen und Verkürzungen sollte es aber erlaubt sein, anstelle der periodengleichen Vorjahreszahlen die Zahlen aus der letzten Jahresrechnung als Vergleichswerte anzuge-

ben.<sup>60</sup> Liegt bereits ein Zwischenabschluss mit gleichem Stichtag aus dem Vorjahr vor, sollten der Stetigkeit halber jedoch die Zahlen aus diesem Abschluss als Vergleichswerte verwendet werden.<sup>61</sup>

## 2.3. Bestandteile

Der Zwischenabschluss setzt sich laut Art. 960f Abs. 1 Satz 1 OR aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang zusammen, wobei gemäss Art. 960f Abs. 1 Satz 2 OR die Vorschriften für grössere Unternehmen und Konzerne vorbehalten bleiben.<sup>62</sup>

Derselbe Vorbehalt für grössere Unternehmen und Konzerne findet sich in Art. 958 Abs. 2 Satz 3 OR. Nach h.L. und Praxis ist er dort so zu verstehen, dass grössere Unternehmen, d.h. solche, die zur ordentlichen Revision verpflichtet sind,<sup>63</sup> die zusätzlichen Anforderungen an den Geschäftsbericht gemäss Art. 961 OR einhalten müssen.<sup>64</sup> Konkret müssen sie (i) einen erweiterten Anhang (Art. 961a OR), (ii) eine Geldflussrechnung (Art. 961b OR) und (iii) einen Lagebericht (Art. 961c OR) erstellen, soweit nicht die Erleichterungen gemäss Art. 961d Abs. 1 OR greifen. Publikumsgesellschaften müssen zusätzlich zur Jahresrechnung einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung (Art. 962 f. OR)<sup>65</sup> und Konzerne eine Konzernrechnung (Art. 963–963b OR) anfertigen.

Fraglich ist, ob diese Regeln auch für den Vorbehalt in Art. 960f Abs. 1 Satz 2 OR gelten, sprich, ob grössere Unternehmen für die Ausschüttung einer Zwischendividende nebst dem Zwischenabschluss (i) einen erweiterten Anhang, (ii) eine Zwischengeldflussrechnung sowie (iii) einen Zwischenlagebericht und Publikumsgesellschaften einen Zwischenabschluss nach anerkanntem Standard bzw. Konzerne einen konsolidierten Zwischenabschluss erstellen müssen.

Die Botschaft des Bundesrats und ein Teil der Lehre bejahen dies.<sup>66</sup> Massgeblich scheint in diesem Zusam-

<sup>52</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 536 f.

<sup>53</sup> BBl 2017 399–682 (Fn. 3), 618; DIETER PFAFF/FLORIAN ZIHLER, Der neue Zwischenabschluss nach Art. 960f nOR, EF 2/2022, 27–34, 28; GUIDOUM (Fn. 2), N 539.

<sup>54</sup> Art. 960f Abs. 3 Satz 1 OR.

<sup>55</sup> Art. 960f Abs. 2 Satz 3 Ziff. 1 OR.

<sup>56</sup> Art. 960f Abs. 2 Satz 2 OR.

<sup>57</sup> Art. 960f Abs. 2 Satz 3 Ziff. 2 OR.

<sup>58</sup> Vgl. BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 23; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 73; GLANZMANN (Fn. 11), 764; GUIDOUM (Fn. 2), N 550 f.; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 37.

<sup>59</sup> PFAFF/ZIHLER (Fn. 53), 28; GUIDOUM (Fn. 2), N 549.

<sup>60</sup> Vgl. dazu auch GUIDOUM (Fn. 2), N 549 und die dortigen Nachweise.

<sup>61</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 549. Vgl. sodann PFAFF/ZIHLER (Fn. 53), 28, in Bezug auf die Zwischenerfolgsrechnung und die Zwischengeldflussrechnung.

<sup>62</sup> Art. 960f Abs. 1 Satz 2 OR.

<sup>63</sup> Art. 727 OR.

<sup>64</sup> PETER BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2019, N 775; OR Handkommentar-EBERLE/BUCHMANN, OR 958 N 4; veb.ch Praxiskommentar-MÜLLER/HENRY/BARMETTLER, Art. 958 OR N 39.

<sup>65</sup> In aller Regel sind diese Gesellschaften aber von der entsprechenden Pflicht befreit, da sie einen Konzernabschluss nach einem anerkannten Standard erstellen (Art. 962 Abs. 3 OR).

<sup>66</sup> BBl 2017 399–682 (Fn. 3), 618; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 19), Art. 960f N 7 f.; PFAFF/ZIHLER (Fn. 53), 28; BSK OR II-HAAG/BAUR (Fn. 7), Art. 960f N 10 f. Vgl. sodann BÖCKLI (Fn. 9), § 6 N 468 f. sowie § 8 N 720, der aber offen lässt, ob konsolidierungspflichtige Gesellschaften auch eine Zwischenkonzernrechnung erstellen müssen.

menhang jedoch, dass Art. 958 Abs. 2 OR den *Geschäftsbericht* regelt. Folglich ist der Vorbehalt für grössere Unternehmen und Konzerne gemäss Art. 958 Abs. 2 Satz 3 OR in Bezug auf den Geschäftsbericht zu verstehen. Vorbehalten bleiben also einerseits die Bestimmungen, welche die Erstellung weiterer Teile der Jahresrechnung, insb. eine Geldflussrechnung für grössere Unternehmen, verlangen.<sup>67</sup> Andererseits gilt der Vorbehalt für den Lagebericht, den Abschluss nach anerkanntem Standard und die Konzernrechnung, welche je separate Bestandteile des Geschäftsberichts – bzw. im Fall des Abschlusses nach anerkanntem Standard ein eigenständiger Abschluss<sup>68</sup> – sind.<sup>69</sup>

Demgegenüber regelt Art. 960f OR den Zwischenabschluss als unterjähriges Pendant zur Jahresrechnung.<sup>70</sup> Es geht also nicht um einen *Zwischengeschäftsbericht*. Das heisst, der Regelungsgegenstand ist hier enger gefasst als bei Art. 958 Abs. 2 OR.<sup>71</sup> Entsprechend sollten all jene Zusatzerfordernisse gemäss Art. 958 Abs. 2 Satz 3 OR, welche die Erstellung weiterer Teile des Geschäftsberichts bzw. weiterer Abschlüsse verlangen und nicht direkt die Jahresrechnung betreffen, in Art. 960f Abs. 1 Satz 2 OR nicht gelten (auch nicht analog). Aus diesem Grund stipuliert der Vorbehalt in Art. 960f Abs. 1 Satz 2 OR m.E. zwar eine Pflicht zur Erstellung einer Zwischengeldflussrechnung (als weiterer Teil des Zwischenabschlusses). Nicht erforderlich ist aber ein Zwischenlagebericht,<sup>72</sup> ein Zwischenabschluss nach anerkanntem Standard oder eine Zwischenkonzernrechnung.<sup>73</sup>

<sup>67</sup> Vgl. BÖCKLI (Fn. 64), N 782; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 25 N 125.

<sup>68</sup> BÖCKLI (Fn. 64), N 1161; CHK-LIPP, Art. 958 OR N 9; veb.ch Praxiskommentar-GLANZ (Fn. 64), Art. 961b OR N 8 und N 10; veb.ch Praxiskommentar-ZIHLER (Fn. 64), Art. 962 OR N 6. Falls allerdings ausschliesslich ein Abschluss nach einem anerkannten Standard erstellt wird, ersetzt dieser den Abschluss nach OR und wird zum Teil des Geschäftsberichts (BBl 2008 1589–1750 (Fn. 17), 1704).

<sup>69</sup> Vgl. für den *Lagebericht*: BÖCKLI (Fn. 64), N 803; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 25 N 220; RETO EBERLE, Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung, in: Jung/Krauskopf/Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 147–163, 153; veb.ch Praxiskommentar-GLANZ/PFAFF (Fn. 64), Art. 961c OR N 6; veb.ch Praxiskommentar-GLANZ/ZIHLER (Fn. 64), Art. 963 OR N 8; CHK-LIPP (Fn. 68), Art. 958 OR N 8. Vgl. für die *Konzernrechnung*: BBl 2008 1589–1750 (Fn. 17), 1723; BÖCKLI (Fn. 64), N 1286; veb.ch Praxiskommentar-GLANZ (Fn. 64), Art. 961b OR N 10; veb.ch Praxiskommentar-GLANZ/ZIHLER (Fn. 64), Art. 963 OR N 8; CHK-LIPP (Fn. 68), Art. 958 OR N 8; veb.ch Praxiskommentar-MÜLLER/HENRY/BARMETTLER (Fn. 64), Art. 958 OR N 80.

<sup>70</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 547.

<sup>71</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 547.

<sup>72</sup> Zu beachten ist aber, dass gemäss Art. 960f Abs. 2 Satz 3 Ziff. 3 OR zumindest gewisse Angaben zu Faktoren, welche die wirtschaftliche Lage des Unternehmens während der Berichtsperiode wesentlich beeinflussen haben, zu machen sind. Kritisch dazu: BÖCKLI (Fn. 64), N 537.

<sup>73</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 547.

Sollte entgegen der hier vertretenen Meinung davon ausgegangen werden, dass der Vorbehalt in Art. 960f Abs. 1 Satz 2 OR analog zu Art. 958 Abs. 2 Satz 3 OR gilt, muss bei einem Zwischenabschluss zwecks Zwischendividendenausschüttung zumindest auf die Erstellung eines Zwischenabschlusses nach anerkanntem Standard und auf eine Zwischenkonzernrechnung verzichtet werden dürfen. Denn diese Abschlüsse taugen ohnehin nicht als formelle Grundlage eines Dividendenbeschlusses gemäss Art. 675 f. OR; massgeblich für die Ermittlung des ausschüttbaren Eigenkapitals ist der OR-Einzelabschluss.<sup>74</sup>

#### 2.4. Verabschiedung durch den Verwaltungsrat

Wie die Jahresrechnung muss auch der Zwischenabschluss vom Verwaltungsrat verabschiedet und vom Vorsitzenden des Verwaltungsrats sowie der innerhalb des Unternehmens für den Zwischenabschluss zuständigen Person unterzeichnet werden.<sup>75</sup>

#### 2.5. Prüfung durch die Revisionsstelle (mit Ausnahmen)

Gemäss Art. 675a Abs. 2 Satz 1 OR muss der Zwischenabschluss grundsätzlich von der Revisionsstelle geprüft werden. Dabei ist derselbe Prüfungsstandard anzuwenden wie bei der Prüfung der Jahresrechnung.<sup>76</sup>

Die Prüfpflicht entfällt gemäss Art. 675a Abs. 2 Satz 2 OR dann, «wenn die Gesellschaft ihre Jahresrechnung nicht durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen muss». Gemeint ist damit, dass eine Gesellschaft dann nicht zur Prüfung des Zwischenabschlusses verpflichtet ist, wenn sie ein Opting-out effektiv beschlossen hat. Die Ausnahme greift also noch nicht, nur weil eine Gesellschaft die Möglichkeit hätte, ein Opting-out zu beschliessen, davon aber nicht Gebrauch gemacht hat.<sup>77</sup> Hat die Gesellschaft das Opting-out gültig beschlossen, muss sie weder den Zwischenabschluss noch den zugehörigen Ausschüttungsantrag des Verwaltungsrats prüfen lassen.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Vgl. GUIDOUM (Fn. 2), N 548 i.V.m. N 396 und die dortigen Nachweise. Vgl. auch OR Handkommentar-EBERLE/BUCHMANN (Fn. 64), OR 960f N 3.

<sup>75</sup> Art. 960f Abs. 3 Satz 2 OR, der explizit festhält, was grundsätzlich schon aufgrund von Art. 960f Abs. 1 Satz 1 OR i.V.m. Art. 958 Abs. 3 Satz 2 OR gilt. Vgl. auch GUIDOUM (Fn. 2), N 552.

<sup>76</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Verweis in Art. 675a Abs. 3 OR. Vgl. auch Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>>, 101 f.; AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 295; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 74; GLANZMANN (Fn. 11), 764; GUIDOUM (Fn. 2), N 553.

<sup>77</sup> FORSTMOSE/KÜCHLER (Fn. 19), Art. 675a N 9; GUIDOUM (Fn. 2), N 554; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 47.

<sup>78</sup> AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 295 und 298; GUIDOUM (Fn. 2), N 554; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 48; EXPERT-SUISSE (Fn. 8), III.7.4.1.

Auf die Prüfung des Zwischenabschlusses kann gemäss Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR auch dann verzichtet werden, «wenn sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden». Auch in diesem Fall muss weder der Zwischenabschluss noch der Ausschüttungsantrag des Verwaltungsrats geprüft werden.<sup>79</sup>

Zu beachten ist bei dieser zweiten Ausnahme einerseits, dass sämtliche Aktionäre der Gesellschaft (und nicht bloss alle an der GV vertretenen) der Zwischendividende zustimmen müssen.<sup>80</sup> Andererseits wird gemäss Wortlaut auf die Zustimmung der Aktionäre *zur Ausrichtung der Zwischendividende* (und nicht zum Verzicht auf die Prüfung des Zwischenabschlusses) abgestellt. Das heisst, dass unter Umständen doch noch eine Prüfung des Zwischenabschlusses durchzuführen und eine erneute GV anzusetzen ist, sollte sich an der ersten GV herausstellen, dass nicht alle Aktionäre mit der Ausrichtung einer Zwischendividende einverstanden sind. Dieses Problem kann entschärft werden, indem im Vorfeld der GV eine Zusicherung oder eine Vollmacht aller Aktionäre eingeholt wird,<sup>81</sup> was sich aber mit zunehmender Streuung des Aktionariats schwieriger gestaltet.<sup>82</sup>

Die vom Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit zum Revisionsverzicht mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre ist in der Lehre auf heftige Kritik gestossen. Vorgebracht wurde insbesondere, dass der Revisionsverzicht aus Sicht des Gläubigerschutzes nicht gerechtfertigt sei und er sich kaum mit den sonst strengen Ausschüttungsvorschriften vereinbaren lasse.<sup>83</sup>

Die geäusserte Kritik ist berechtigt, da in der Tat nicht begreiflich ist, weshalb bei der gewöhnlichen Dividende (ausser im Falle eines Opting-out) immer eine geprüfte Jahresrechnung verlangt wird, bei der Zwischendividende aber mit Zustimmung der Aktionäre auf eine Prüfung des Zwischenabschlusses verzichtet werden darf. Damit besteht aus Sicht der Gläubiger eine Schutzlücke, die auch nicht dadurch geschlossen wird, dass nur dann auf die Revision des Zwischenabschlusses verzichtet werden darf, wenn «die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden».<sup>84</sup> Denn dabei handelt es sich genau betrachtet nicht um ein zusätzliches Erfordernis. Vielmehr gilt dieses ohnehin, weil gemäss Art. 675 Abs. 2

OR Dividenden nur dann ausgeschüttet werden dürfen, wenn nach der Ausschüttung das Fremdkapital und das gesperrte Eigenkapital noch durch Aktiven gedeckt sind, das heisst, wenn der Gesellschaft trotz Ausschüttung ein Nettoaktivvermögen verbleibt.<sup>85</sup> Ausserdem muss der Verwaltungsrat auch bei «gewöhnlichen» Dividenden sicherstellen, dass die Gesellschaft über genügend Liquidität zur Ausrichtung der geplanten Dividende verfügt, um die finanzielle Stabilität der Gesellschaft und damit die Forderungen der Gläubiger nicht zu gefährden.<sup>86</sup> Sachgerechter wäre deshalb eine Lösung im Einklang mit den Vorschriften zur gewöhnlichen Dividende gewesen, sprich, wenn nur Gesellschaften mit einem Opting-out von der Prüfpflicht befreit worden wären.

Besondere Fragen stellen sich im Zusammenhang mit Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR dann, wenn sich erst nachträglich herausstellt, dass die Forderungen der Gläubiger aufgrund der ausgerichteten Zwischendividende gefährdet waren. Weil in einem solchen Fall die Voraussetzungen für den Revisionsverzicht im Beschlusszeitpunkt nicht erfüllt waren, das heisst, eigentlich eine Prüfung des Zwischenabschlusses hätte durchgeführt werden müssen, ist der entsprechende Ausschüttungsbeschluss gemäss Art. 675a Abs. 3 i.V.m. Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR nichtig.<sup>87</sup>

Die Nichtigkeit wegen unrechtmässigen Revisionsverzichts sollte aber dann als «geheilt» betrachtet werden, wenn anlässlich der nächsten ordentlichen GV eine Jahresrechnung abgenommen wird, in der mindestens ein der ausgerichteten Zwischendividende entsprechendes freies Eigenkapital ausgewiesen ist. Ist dies der Fall, hätte die GV nämlich spätestens im Zeitpunkt der ordentlichen GV anstelle der ausgerichteten Zwischendividende eine ordentliche Dividende in derselben Höhe gestützt auf die geprüfte Jahresrechnung beschliessen dürfen.<sup>88</sup>

## 2.6. Auflage und Genehmigung durch die Generalversammlung

Obwohl ein expliziter Verweis in Art. 675a Abs. 3 auf Art. 699a Abs. 1 OR fehlt, muss der Zwischenabschluss und der zugehörige Prüfbericht den Aktionären min-

<sup>79</sup> AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 295 und 298; GUIDOUM (Fn. 2), N 555; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 62; EXPERT-SUISSE (Fn. 8), III.7.4.1.

<sup>80</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 556; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 53. Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 19), Art. 675a N 9.

<sup>81</sup> AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 295; GUIDOUM (Fn. 2), N 556.

<sup>82</sup> Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 19), Art. 675a N 9; GUIDOUM (Fn. 2), N 556; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 54.

<sup>83</sup> BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 24; GLANZMANN (Fn. 11), 764; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 74.

<sup>84</sup> Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR.

<sup>85</sup> Vgl. insb. DIETER GERICKE/ANDREAS MÜLLER/DANIEL M. HÄUSERMANN/NINA HAGMANN, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 3/2020, 323–341, 331. Vgl. weiter AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 296; ROGER AMMANN/THEODOR HÄRTSCH, Berührungspunkte der Aktienrechtsrevision mit Konzernkreditfinanzierungen, GesKR 4/2020, 504–516, 512 f. FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 19), Art. 675a N 11, sprechen diesbezüglich von einer «Selbstverständlichkeit», welche den VR an seine Verantwortung erinnern soll. A.M. aber BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 56–59.

<sup>86</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 427 f.

<sup>87</sup> BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 25; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 75; AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 296; GUIDOUM (Fn. 2), N 662 f.

<sup>88</sup> Vgl. GUIDOUM (Fn. 2), N 664. GL.M. BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 26; GLANZMANN (Fn. 11), 764; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 76; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 65.

destens 20 Tage vor der GV, an welcher die Zwischendividende beschlossen werden soll, zugänglich gemacht werden.<sup>89</sup> Die Aktionäre haben den Zwischenabschluss anlässlich der GV zu genehmigen,<sup>90</sup> bevor er als Grundlage eines Zwischendividendenbeschlusses taugt.<sup>91</sup>

### 3. Zwischendividendenantrag des Verwaltungsrats

Wie bei der gewöhnlichen Dividende geht der Zwischendividende in der Regel ein Ausschüttungsantrag des Verwaltungsrats voraus.<sup>92</sup> Dieser Antrag ist von der Revisionsstelle zu prüfen, es sei denn, es werde gemäss Art. 675a Abs. 2 Satz 2 oder 3 OR auf die Prüfung des Zwischenabschlusses verzichtet.<sup>93</sup>

Eine weitere Ausnahme von der Prüfpflicht sollte m.E. dann gelten, wenn für eine Zwischendividende kein neuer Zwischenabschluss erstellt wird, weil bereits ein geprüfter Zwischenabschluss aus demselben Jahr vorliegt, gemäss dem die Gesellschaft noch über ausreichend Gewinn aus dem laufenden Jahr verfügt, und die Revisionsstelle die Ausschüttbarkeit des entsprechenden Betrags bereits im Rahmen der Prüfung dieses Zwischenabschlusses bestätigt hat.<sup>94</sup>

Zu beachten ist, dass ein fehlender Ausschüttungsantrag des Verwaltungsrats nach herrschender Auffassung weder zur Nichtigkeit noch zur Anfechtbarkeit der Zwischendividende führt. Grund dafür ist, dass die Aktionäre anlässlich der GV auch einen eigenen Ausschüttungsantrag stellen und so bspw. eine höhere Dividende gültig beschliessen können, als vom Verwaltungsrat beantragt wurde.<sup>95</sup> Daraus wird in der Lehre korrekterweise gefolgert, dass die Aktionäre auch dann eine Dividende beschliessen dürfen, wenn der Verwaltungsrat gar keine Ausschüttung beantragt hat.<sup>96</sup>

Liegt ein Ausschüttungsantrag des Verwaltungsrats vor, aber wird dieser von der Revisionsstelle trotz bestehender Prüfpflicht nicht geprüft, ist der Revisionsbericht unvollständig. Dies kann nach verschiedenen Lehrmeinungen zur Anfechtbarkeit oder gar Nichtigkeit des gestützt darauf gefassten Zwischendividendenbeschlusses

führen.<sup>97</sup> M.E. sind diese drastischen Rechtsfolgen vor dem Hintergrund, dass eine Dividende auch ohne Ausschüttungsantrag des Verwaltungsrats gültig beschlossen werden kann, kaum gerechtfertigt.<sup>98</sup>

### 4. Generalversammlungsbeschluss

Der Zwischendividendenbeschluss gehört zu den unübertragbaren Befugnissen der GV.<sup>99</sup> Ein Zwischendividendenbeschluss, der statt von der GV vom Verwaltungsrat gefasst wird, ist deshalb nichtig.<sup>100</sup>

Bei ordentlich revisionspflichtigen Gesellschaften muss die Revisionsstelle aufgrund des expliziten Verweises in Art. 675a Abs. 3 OR auf Art. 731 OR an der GV, an der die Zwischendividende beschlossen wird, teilnehmen. Vorbehalten bleibt ein einstimmiger Verzicht der an der GV vertretenen Aktionäre.<sup>101</sup> Bleibt die Revisionsstelle der GV trotz Anwesenheitspflicht fern, führt dies zur Anfechtbarkeit des Dividendenbeschlusses.<sup>102</sup>

Der Anteil des einzelnen Aktionärs an der festgesetzten Zwischendividende bestimmt sich wie bei der gewöhnlichen Dividende nach dem Prinzip der Kapitalproportionalität gemäss Art. 660 Abs. 1 und 3 sowie Art. 661 OR.<sup>103</sup>

### 5. Bilanzierung beschlossener Zwischendividenden

Nach geltender Praxis sind beschlossene Zwischendividenden und die damit zusammenhängenden Reservezuweisungen als Minusposten im Eigenkapital unter dem Jahresgewinn zu bilanzieren.<sup>104</sup> Diese Lösung ist sachge-

<sup>89</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 559; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 36), N 3.927; PFAFF/ZIHLER (Fn. 53), 34.

<sup>90</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

<sup>91</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 559 i.V.m. N 402 f.

<sup>92</sup> DIETER GERICKE, M&A und Aktivismus unter dem neuen Aktienrecht, in: Diem (Hrsg.), Merger & Acquisitions in Recht und Praxis, 23. Konferenz zu Merger & Acquisition, Tagungsband 2020, Open-Access-Publikation verfügbar unter: <<https://eizpublishing.ch/publikationen/>>, 57–80, 70; GUIDOUM (Fn. 2), N 560. Vgl. sodann BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 31.

<sup>93</sup> AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 295; GUIDOUM (Fn. 2), N 560; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 42.

<sup>94</sup> Vgl. vorne III.2.1.

<sup>95</sup> Vgl. dazu GUIDOUM (Fn. 2), N 640 f., und die dortigen Nachweise.

<sup>96</sup> GLANZMANN (Fn. 7), 98.

<sup>97</sup> Für die *Nichtigkeit*: BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 710; DIETER DUBS, Beschlussvoraussetzungen und deren Abgrenzung von anderen Bedingungen für die Rechtswirksamkeit von Aktionärsbeschlüssen, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 445–469, 461; ZK-EBERLE/LENGAUER (Fn. 17), Art. 731 OR N 88, gehen diesfalls von einem «Nicht-Beschluss» aus; KÄGI (Fn. 18), § 7 N 72; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 36), N 3.912; BSK OR II-REUTTER/VON JEINSEN (Fn. 7), Art. 731 N 7; SPÖRRI (Fn. 32), § 7 N 82. Für die *Anfechtbarkeit*: GLANZMANN (Fn. 7), 98.

<sup>98</sup> Vgl. auch GUIDOUM (Fn. 2), N 637.

<sup>99</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

<sup>100</sup> Vgl. GUIDOUM (Fn. 2), N 650 f. i.V.m. N 563 sowie die dortigen Nachweise.

<sup>101</sup> Art. 675a Abs. 3 OR i.V.m. Art. 731 Abs. 2 Satz 2 OR. Vgl. auch GUIDOUM (Fn. 2), N 564; EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.4.1.

<sup>102</sup> Art. 675a Abs. 3 OR i.V.m. Art. 731 Abs. 3 Satz 2 OR. Vgl. auch GUIDOUM (Fn. 2), N 652.

<sup>103</sup> Art. 675a Abs. 3 OR. Vgl. auch BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 660 und 661 N 1; GUIDOUM (Fn. 2), N 534; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 36), N 3.927; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 17.

<sup>104</sup> BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 27; GLANZMANN (Fn. 11), 764 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 77; AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 298; GUIDOUM (Fn. 2), N 565 f.; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 71; EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.4.2; EXPERTSUISSE (Fn. 20), N 619.

recht, weil der Jahresgewinn auf diese Weise in der Jahresrechnung ungekürzt erfasst wird.<sup>105</sup>

Fraglich ist, welche Rechtsfolge eintritt, wenn sich Ende Geschäftsjahr herausstellt, dass der erzielte Jahresgewinn diese Minusposten nicht decken kann. Nach hier vertretener Auffassung schadet dieser Umstand der Gültigkeit der beschlossenen Zwischendividende(n) dann grundsätzlich nicht, wenn im jeweiligen Beschlusszeitpunkt alle massgeblichen Voraussetzungen erfüllt waren, die Zwischendividende also insb. zulasten eines korrekt ausgewiesenen Periodengewinns entrichtet wurde.<sup>106</sup> Dies lässt sich daraus ableiten, dass auch eine gewöhnliche Dividende grundsätzlich gültig bleibt, wenn sie unter Einhaltung aller materiellen und formellen Voraussetzungen auf der Grundlage der Jahresrechnung für das Jahr X beschlossen wurde und im Jahr X + 1 ein Jahresverlust geschrieben wird.<sup>107</sup> In beiden Fällen ist der erzielte Jahresverlust aber gemäss Art. 674 Abs. 1 OR zu verrechnen.<sup>108</sup>

## 6. Besondere (Zwischen-)Dividendenverbote

Zu beachten ist, dass (Zwischen-)Dividenden in bestimmten Konstellationen generell unzulässig sind. So dürfen beispielsweise Gesellschaften in Liquidation grundsätzlich keine Dividenden mehr ausschütten.<sup>109</sup>

Ein Ausschüttungsverbot kann auch dann gelten, wenn eine Gesellschaft Covid-19-Kredite erhalten hat und deshalb z.B. den Ausschüttungsrestriktionen gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 2020 über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-SBüG) unterliegt. Aufgrund der Ratio des Covid-19-SBüG-Dividendenverbots gilt es für alle Dividendenarten und damit auch für Zwischendividenden gemäss Art. 675a OR, obgleich das Aktienrecht 2020 bei Einführung des Covid-19-SBüG noch nicht in Kraft war.<sup>110</sup>

Schliesslich können Covid-19-bezogene Dividendenrestriktionen auch dann gelten, wenn eine Gesellschaft Covid-19-Härtefallgelder in Anspruch genommen hat.<sup>111</sup>

## IV. Analoge Voraussetzungen der «Zwischenrückzahlung»

Wie bereits erwähnt, sind gemäss h.L. unter den Voraussetzungen der Zwischendividende analog auch sog. Zwischenrückzahlungen zulässig.<sup>112</sup> Zwischenrückzahlungen werden zulasten eines frei verwendbaren Teils der gesetzlichen Kapitalreserve, der erst im laufenden Geschäftsjahr eingebracht wurde, vorgenommen. Abgesehen davon entsprechen die Voraussetzungen jenen der Zwischendividende: Es muss ein Zwischenabschluss gemäss Art. 960f OR erstellt und grundsätzlich geprüft werden.<sup>113</sup> Sodann ist ein GV-Beschluss erforderlich.<sup>114</sup>

Bislang unklar ist, ob für beschlossene Zwischenrückzahlungen ein Minusposten im Eigenkapital verbucht werden muss oder sie direkt mit der gesetzlichen Kapitalreserve zu verrechnen sind. M.E. ist bei Zwischenrückzahlungen eine direkte Verrechnung mit der gesetzlichen Kapitalreserve zulässig, da sie – im Gegensatz zur Verrechnung von Zwischendividenden mit dem Jahresgewinn – nicht zu einem falschen Bilanzbild führt.<sup>115</sup>

## V. Ausschüttungsmischform gestützt auf den OR-Zwischenabschluss: Kombination aus einer Zwischendividende und einer ausserordentlichen Dividende

Besondere Fragen stellen sich dann, wenn eine Gesellschaft gemäss einem Zwischenabschluss über freies Eigenkapital verfügt, das sich einerseits aus laufendem Gewinn und andererseits aus in vergangenen Jahren geäuften Reserven zusammensetzt, und die Gesellschaft den Gesamtbetrag ausschütten möchte. Denkbar wäre dies z.B. in der folgenden Situation:

Die X-AG verfügt gemäss untenstehender Zwischenbilanz per 31. Juli über ein freies Eigenkapital von CHF 100'000, da das gesamte Aktienkapital und die gesetzlichen Gewinnreserven im Umfang von 50% des Aktienkapitals gesperrt sind (= CHF 250'000 – CHF 100'000 – 0.5 × CHF 100'000).<sup>116</sup> Das freie Eigenkapital der X-AG besteht also zur einen Hälfte aus laufendem Gewinn und zur anderen Hälfte aus freien

<sup>105</sup> BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 27; GLANZMANN (Fn. 11), 764 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 7), § 8 N 77; GUIDOUM (Fn. 2), N 566.

<sup>106</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 660 f. Vgl. auch BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 26.

<sup>107</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 661 i.V.m. N 273.

<sup>108</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 661.

<sup>109</sup> Ausführlich dazu: GUIDOUM (Fn. 2), N 570–575.

<sup>110</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 583. Gl.M. BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 29.

<sup>111</sup> Vgl. z.B. Art. 3 Bst. a Ziff. 1 der Verordnung des Bundesrats vom 02.02.2022 über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie im Jahr 2022 (Covid-19-Härtefallverordnung 2022, HFMV 22; SR 951.264).

<sup>112</sup> Vgl. vorne II.2.

<sup>113</sup> Gemäss EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.5, müssen Zwischenabschlüsse, die von revisionspflichtigen Gesellschaften zwecks «Zwischenrückzahlung» erstellt werden, in jedem Fall geprüft werden.

<sup>114</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR. GUIDOUM (Fn. 2), N 524.

<sup>115</sup> GUIDOUM (Fn. 2), N 567. A.M. BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 71.

<sup>116</sup> Vgl. Art. 672 Abs. 2 Satz 1 OR für die gesetzliche Gewinnreserve bzw. Art. 671 Abs. 2 für die gesetzliche Kapitalreserve sowie Art. 672 Abs. 2 Satz 2 und Art. 671 Abs. 3 OR für Holdinggesellschaften, bei denen eine 20%-Schwelle gilt.

(d.h. nicht gesperrten) gesetzlichen Gewinnreserven. Möchte die X-AG nun eine Dividende in der Höhe von CHF 100'000 ausschütten, fragt sich, ob dies gestützt auf den Zwischenabschluss per 31. Juli zulässig ist und, falls ja, welche Vorschriften dabei anwendbar sind. Insbesondere ist fraglich, ob mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre gemäss Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR auf die Prüfung des Zwischenabschlusses verzichtet werden darf.

Zwischenbilanz X-AG per 31. Juli  
(in TCHF)

Aktiven		Passiven	
<b>Umlaufvermögen</b>		<b>Fremdkapital</b>	
Flüssige Mittel	150	Kreditoren	50
<b>Anlagevermögen</b>		<b>Eigenkapital</b>	
Maschinen	150	Aktienkapital	100
		ges. Gewinnreserve	100
		Periodengewinn	50
	300		300

Die Besonderheit dieser Konstellation liegt darin, dass die Ausschüttung der gesetzlichen Gewinnreserven in der Höhe von CHF 50'000 definitionsgemäss eine ausserordentliche Dividende darstellt, die grundsätzlich nicht gestützt auf einen Zwischenabschluss, sondern gestützt auf die letzte Jahresrechnung zu beschliessen ist.<sup>117</sup> Nach hier vertretener Auffassung sollte der Zwischenabschluss in solchen Fällen die letzte Jahresrechnung aber als massgebender Eigenkapitalnachweis derogieren, weil er ein aktuelleres und damit verlässlicheres Bild der finanziellen Verhältnisse vermittelt.<sup>118</sup> Mit anderen Worten sollte im vorliegenden Fall die ausserordentliche Dividendenkomponente gemeinsam mit dem laufenden Gewinn gestützt auf den Zwischenabschluss ausgerichtet werden dürfen.<sup>119</sup>

Dies führt m.E. allerdings nicht dazu, dass die gesamte Ausschüttung als Zwischendividende im Sinne von Art. 675a OR qualifiziert. Vielmehr liegt in solchen Fällen eine Kombination aus einer Zwischendividende und einer ausserordentlichen Dividende vor.<sup>120</sup>

Deshalb unterliegt die Ausschüttung des frei verwendbaren Teils der gesetzlichen Gewinnreserven grundsätzlich weiterhin den Voraussetzungen der ausserordentlichen Dividende. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Ausschüttung einer ausserordentlichen Dividende nach geltender Revisionspraxis zusätzlich zu den Voraussetzungen der ordentlichen Dividende eine Bestätigung der Revisionsstelle voraussetzt, mit welcher die Gesetz- und Statutenkonformität der geplanten Ausschüttung bescheinigt wird.<sup>121</sup>

Im vorliegenden Beispiel führt diese Praxis dazu, dass die X-AG für die Ausschüttung des laufenden Gewinns von CHF 50'000 gemäss Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR auf die Prüfung des Zwischenabschlusses verzichten darf, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Für die Ausschüttung der gesetzlichen Gewinnreserven in der Höhe von CHF 50'000 muss sie hingegen eine Bestätigung der Revisionsstelle beibringen, dass die Ausschüttung der Revisionsstelle entspricht.<sup>122</sup> Dies, obwohl die entsprechenden Gewinnreserven bereits in der letzten Jahresrechnung ausgewiesen, von der Revisionsstelle geprüft und der GV genehmigt wurden.

Es fragt sich deshalb, ob es in solchen Konstellationen nicht auch hinsichtlich der ausserordentlichen Dividendenkomponente in Analogie zu Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR erlaubt sein sollte, auf die Bestätigung der Revisionsstelle zu verzichten. M.E. sollte eine analoge Anwendung zumindest dann zulässig sein, wenn einerseits die Voraussetzungen eines Verzichts auf die Revision des Zwischenabschlusses erfüllt sind und andererseits – analog zu Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR – die ausserordentliche Dividendenkomponente von allen Aktionären genehmigt wird und die Forderungen der Gläubiger auch aufgrund der ausserordentlichen Ausschüttung nicht gefährdet werden.<sup>123</sup> Ein Revisionsverzicht im Fall der Zwischendividende, die zulasten eines erst im laufenden Jahr generierten Gewinns ausgerichtet wird, ist aus Gläubigersicht nämlich heikler als ein Verzicht auf die Prüfbestätigung zum ausserordentlichen Dividendenantrag.<sup>124</sup> Denn die ausserordentliche Dividende wird – wie erwähnt – zulasten der im Rahmen der Revision der Jahresrechnung bereits geprüften und von der GV genehmigten, frei verwendbaren Gewinnreserve ausgerichtet.<sup>125</sup> Darum lässt sich die analoge Anwendung von Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR im vorliegenden Fall mit dem *argumentum a maiore ad minus* rechtfertigen.<sup>126</sup>

<sup>117</sup> Vgl. vorne II.1.

<sup>118</sup> Vgl. auch GUIDOUM (Fn. 2), N 526; KÄGI (Fn. 18), § 7 N 60.

<sup>119</sup> So grundsätzlich auch BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 719 f.; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 2 und N 25, die eine solche Ausschüttung insgesamt aber als Zwischendividende i.S.v. Art. 675a OR betrachten. Ausserdem spricht für die Zulässigkeit der kombinierten Ausschüttung gestützt auf den OR-Zwischenabschluss die Auffassung in der Lehre zum alten Aktienrecht, wonach für die Ausschüttung einer ausserordentlichen Dividende ein Zwischenabschluss erstellt werden müsse, wenn der Bilanzstichtag der Jahresrechnung mehr als sechs Monate zurückliege oder Grund zur Annahme bestehe, dass sich die tatsächliche Eigenkapitalsituation im Vergleich zur Jahresrechnung drastisch verschlechtert habe (vgl. etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 534 f.).

<sup>120</sup> A.M. BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 719 f.; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 2 und N 25.

<sup>121</sup> EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.3. Eine Übersicht zum Meinungsstand in der Lehre findet sich bei: GUIDOUM (Fn. 2), N 491–494; BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 725; BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675 N 137.

<sup>122</sup> Vgl. dazu EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.6.

<sup>123</sup> Vgl. auch AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 296.

<sup>124</sup> Ähnlich AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 296.

<sup>125</sup> Vgl. vorne II.1.

<sup>126</sup> So auch AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 296. Vgl. sodann BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675 N 137 f., welcher eine analoge Anwendung von Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR auf ausserordentliche

Analoges sollte m.E. dann gelten, wenn gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss frei verwendbare Teile der gesetzlichen Kapitalreserve an die Aktionäre zurückgeführt werden sollen und sich diese sowohl aus im laufenden als auch in vergangenen Jahren einbezahlten gesetzlichen Kapitalreserven zusammensetzen (Kombination aus einer eigentlichen «Zwischenrückzahlung» und einer ausserordentlichen Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve).

## VI. Zeitliche Gültigkeit des Zwischenabschlusses als Grundlage für Ausschüttungen gemäss Art. 675a OR

Unklar ist, wie lange gestützt auf einen bestimmten Zwischenabschluss eine Ausschüttung gemäss Art. 675a OR beschlossen werden darf. Das Gesetz regelt die Frage nicht. Es hält bloss fest, dass die Generalversammlung gestützt auf einen Zwischenabschluss die Ausrichtung einer Zwischendividende beschliessen darf.<sup>127</sup> Es liesse sich deshalb argumentieren, es bestünde keine Grenze für die zeitliche Gültigkeit des Zwischenabschlusses als Grundlage des Zwischendividendenbeschlusses, weshalb die GV gestützt auf einen bestimmten Zwischenabschluss auch noch nach langer Zeit eine Zwischendividende beschliessen dürfe.

Allerdings handelt es sich bei der Zwischendividende definitionsgemäss um eine Ausschüttung zulasten eines Gewinns aus dem *laufenden Geschäftsjahr*.<sup>128</sup> Deshalb sollte die Gültigkeit eines Zwischenabschlusses als Grundlage eines Zwischendividendenbeschlusses grundsätzlich auf die Periode zwischen dem Datum des Zwischenabschlusses und dem Ende des Geschäftsjahres begrenzt sein.<sup>129</sup> Ungeachtet dessen ist es zulässig, eine im Vorjahr bereits beschlossene Zwischendividende im laufenden Jahr an die Aktionäre auszuzahlen, z.B. dann, wenn die Fälligkeit der Zwischendividende aufgeschoben wurde.<sup>130</sup>

Innerhalb des Geschäftsjahres gilt grundsätzlich keine formelle Befristung der Gültigkeit des Zwischenabschlusses. Auf eine solche wurde im Rahmen der letzten Aktienrechtsrevision ausdrücklich verzichtet: Im Gegensatz zur Gesetz gewordenen Fassung von Art. 675a OR verlangten Art. 675a VE-OR 2014<sup>131</sup> und Art. 675a E-OR 2007<sup>132</sup> noch eine «Zwischenbilanz [...] die nicht älter als sechs Monate ist». Die Befristung auf sechs Monate wurde im E-OR 2016<sup>133</sup> dann gestrichen mit dem Argument, dass für jede Zwischendividende ein Zwischenabschluss zu erstellen sei.<sup>134</sup> Damit sollte zwar bezweckt werden, dass jeder Zwischendividende ein aktueller Zwischenabschluss zugrunde liegt.<sup>135</sup> Als formelles Gültigkeitserfordernis des Zwischenabschlusses bzw. des Zwischendividendenbeschlusses wurde die starre 6-Monatsgrenze jedoch aufgegeben. Daraus ist m.E. zu schliessen, dass es in der Verantwortung des Verwaltungsrats liegt, dafür zu sorgen, dass Zwischendividenden gestützt auf aktuelle Zwischenabschlüsse festgesetzt werden. Deshalb können sich für die Mitglieder des Verwaltungsrats bei Zwischendividenden, die gestützt auf einen Zwischenabschluss, der älter als sechs Monate ist, Haftungsfragen stellen, wenn der Gesellschaft oder ihren Gläubigern dadurch ein Schaden entsteht. Hingegen sollte ein Ausschüttungsbeschluss, der gestützt auf einen solchen mehr als sechs Monate alten Zwischenabschluss gefasst wird, grundsätzlich zulässig sein, sofern er nicht in das gesperrte Eigenkapital eingreift.<sup>136</sup>

Allerdings ist zu beachten, dass nach der Praxis gewisser Revisionsstellen Abschlüsse, die einer Ausschüttung zugrunde gelegt werden sollen, generell nicht älter als sechs bzw. – je nach Praxis – neun Monate sein dürfen. Es ist deshalb anzunehmen, dass dieselben Revisionsstellen auch einen Zwischendividendenantrag des VR, der gestützt auf einen Zwischenabschluss, welcher älter als sechs bzw. neun Monate ist, nicht gutheissen würden.

Dividenden, die gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss ausgerichtet werden, nicht ausschliesst, allerdings hinsichtlich der fraglichen Prüfbestätigung zum ausserordentlichen Dividendenantrag zu einem anderen Schluss kommt. A.M. auch EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.6.

<sup>127</sup> Art. 675a Abs. 1 OR.

<sup>128</sup> Vgl. vorne II.2.

<sup>129</sup> Gl.M. wohl BÖCKLI (Fn. 9), § 8 N 719: «Als Zwischendividende bezeichnet man eine Ausschüttung, welche von einer ausserordentlichen Generalversammlung *während des Geschäftsjahres* beschlossen wird [...]» (Hervorhebungen anders als a.a.O.). Vgl. aber EXPERTSUISSE (Fn. 8), III.7.4, wonach z.B. im Januar 20x2 eine Zwischendividende gestützt auf einen Zwischenabschluss per 30. November 20x1 beschlossen werden könne, wobei die im Jahr 20x2 beschlossene Zwischendividende als wesentliches Ereignis nach dem Bilanzstichtag (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR) behandelt werden müsse.

<sup>130</sup> Ausführlich zum Thema Fälligkeit(-saufschub) von Dividendenforderungen: GUIDOUM (Fn. 2), N 261–275.

<sup>131</sup> Vorentwurf vom 28.11.2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>>.

<sup>132</sup> Entwurf vom 21.12.2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1751–1818.

<sup>133</sup> Entwurf vom 23.11.2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683–754.

<sup>134</sup> BBl 2017 399–682 (Fn. 3), 526.

<sup>135</sup> Vgl. dazu BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 39.

<sup>136</sup> Mit gleichem Schluss in Bezug auf eine ausserordentliche Dividende, die später als sechs Monate nach dem Bilanzstichtag festgesetzt wird und deren Gesetz- und Statutenmässigkeit nicht von der Revisionsstelle bestätigt wurde: BK-GLANZMANN (Fn. 11), OR 675–677 N 16. A.M. als hier aber BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 39.

## VII. Bestimmung des für Up- und Cross-Stream-Leistungen verfügbaren Eigenkapitals gestützt auf OR-Zwischenabschlüsse

Leistungen einer Gesellschaft an eine Konzernober- oder Schwestergesellschaft (sog. Upstream- und Cross-Stream-Leistungen), die nicht zu Drittbedingungen («*at arm's length*») erfolgen, führen zur Entreicherung der leistenden Gesellschaft und qualifizieren deshalb als Eigenkapitaldispositionen.<sup>137</sup> Darum sind solche Leistungen grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen, unter denen Dividenden entrichtet werden dürfen, zulässig. Insbesondere muss die Gesellschaft im Umfang der erbrachten Upstream- oder Cross-Stream-Leistung über freies Eigenkapital verfügen.<sup>138</sup> Nach bisher h.L. und Rechtsprechung ist das freie Eigenkapital in diesem Zusammenhang auf der Grundlage der letzten Jahresrechnung zu bestimmen.<sup>139</sup>

Aufgrund der neuen Bestimmungen über Zwischendividenden fragt sich, ob auch ein Zwischenabschluss gemäss Art. 960f OR zur Ermittlung des für Up- und Cross-Stream-Leistungen verfügbaren Eigenkapitals herangezogen werden darf. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob auch ein laufender Gewinn bzw. unterjährig eingebrachte, frei verwendbare gesetzliche Kapitalreserven gemäss einem Zwischenabschluss für Up- und Cross-Stream-Leistungen, die nicht *at arm's length* sind, verfügbar sind.

Meines Erachtens ist dies zu bejahen, da Upstream- oder Cross-Stream-Leistungen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, grundsätzlich zulässig sind, wenn die Gesellschaft in demselben Umfang auch Ausschüttungen vornehmen dürfte. Deshalb sollte ein Periodengewinn, der gemäss Art. 675a OR an die Aktionäre in Form einer Zwischendividende ausgeschüttet werden darf, analog für konzerninterne Leistungen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, zur Verfügung stehen.<sup>140</sup> Gleiches muss für freie Teile der gesetzlichen Kapitalreserve gelten, die

analog zu Art. 675a OR mittels «Zwischenrückzahlung» an die Aktionäre zurückgeführt werden dürften.<sup>141</sup>

Daher sollten Gläubiger im Rahmen von Konzernkreditfinanzierungen, die ihre Forderungen durch Up- oder Cross-Stream-Sicherheiten besichern lassen, solche Sicherheiten auch gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss verwerten dürfen.

Konsequenterweise muss der zugrunde liegende Zwischenabschluss gemäss Art. 675a Abs. 2 Satz 1 OR von der Revisionsstelle geprüft werden, sofern nicht eine Ausnahme gemäss Art. 675a Abs. 2 OR Anwendung findet.<sup>142</sup>

Des Weiteren ist zu beachten, dass Upstream- oder Cross-Stream-Leistungen, die nicht *at arm's length* sind, aufgrund der analogen Anwendbarkeit der Dividendenvorschriften von der Generalversammlung formell zu genehmigen sind.<sup>143</sup> Dies muss auch dann gelten, wenn die fraglichen Leistungen zulasten eines Periodengewinns (bzw. zulasten unterjährig eingebrachter, frei verwendbarer gesetzlicher Kapitalreserven) gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss vorgenommen werden sollen. Ein solcher GV-Beschluss ist gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 bzw. Ziff. 6 OR zu fassen.

## VIII. Zusammenfassung

Gemäss den vorstehenden Ausführungen handelt es sich bei der Zwischendividende um eine Ausschüttung zulasten eines Gewinns aus dem laufenden Geschäftsjahr, die von einer ausserordentlichen GV gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss beschlossen wird. Sie unterscheidet sich deshalb von der ausserordentlichen Dividende, die zulasten des gemäss letzter Jahresrechnung frei verwendbaren Eigenkapitals ausgeschüttet wird.

Nach hier vertretener Auffassung ist es jedoch auch zulässig, gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss eine Kombination aus einer Zwischendividende und einer ausserordentlichen Dividende auszuschütten. Dabei sollte es entgegen der geltenden Praxis erlaubt sein, auch hinsichtlich der ausserordentlichen Dividendenkomponente analog zu Art. 675a Abs. 2 Satz 3 OR auf die Prüfung des ausserordentlichen Dividendenantrags durch die Revisionsstelle zu verzichten, wenn einerseits die Voraussetzungen eines Verzichts auf die Revision des Zwischenabschlusses erfüllt sind und andererseits die ausserordentliche Dividende von sämtlichen Aktionären genehmigt wird und die Forderungen der Gläubiger aufgrund der ausserordentlichen Ausschüttung nicht gefährdet werden.

<sup>137</sup> Vgl. statt vieler: LUKAS GLANZMANN, in: Vogel (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts, Tagung zu Konzernrecht, Tagungsband 2020, abrufbar unter: <<https://eizpublishing.ch/publikationen/aktuelle-herausforderungen-und-entwicklungen-des-konzernrechts/>>, 9–52, 24 f.

<sup>138</sup> GLANZMANN (Fn. 137), 43.

<sup>139</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichts ist für die Ermittlung des freien Eigenkapitals einzig die Situation per Abschlussstichtag massgeblich (BGE 140 III 533 E. 4.5 und 5.2), wohingegen die h.L. davon ausgeht, dass auch wesentliche Ereignisse nach dem Bilanzstichtag zu berücksichtigen sind (vgl. etwa LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen von neuen Herausforderungen, Praktische Auswirkungen des Urteils BGer 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014, ST 3/2015, 131–137, 135).

<sup>140</sup> Gl.M. AICHELE/VIONNET-RIEDERER (Fn. 13), 298; AMMANN/HÄRTSCH (Fn. 85), 511.

<sup>141</sup> Vgl. vorne II.2.

<sup>142</sup> Gl.M. BSK OR II-VOGT (Fn. 7), Art. 675a N 14.

<sup>143</sup> Vgl. GLANZMANN (Fn. 137), 43–45, m.w.H.

Gestützt auf einen bestimmten Zwischenabschluss darf m.E. grundsätzlich bis zum Ende des laufenden Geschäftsjahres eine Zwischendividende beschlossen werden. Bereits beschlossene Zwischendividenden dürfen auch noch im Folgejahr ausbezahlt werden, falls ihre Fälligkeit entsprechend aufgeschoben wurde.

Im Rahmen von Konzernfinanzierungen dürfen OR-Zwischenabschlüsse herangezogen werden, um das für Up- und Cross-Stream-Leistungen, die nicht *at arm's length* sind, zur Verfügung stehende freie Eigenkapital zu bestimmen. Dabei findet Art. 675a OR analog Anwendung, d.h., die Zwischenabschlüsse müssen grundsätzlich von der Revisionsstelle geprüft und die fraglichen Up- und Cross-Stream-Leistungen von der GV genehmigt werden.

Anzeige

Melinda F. Lohmann

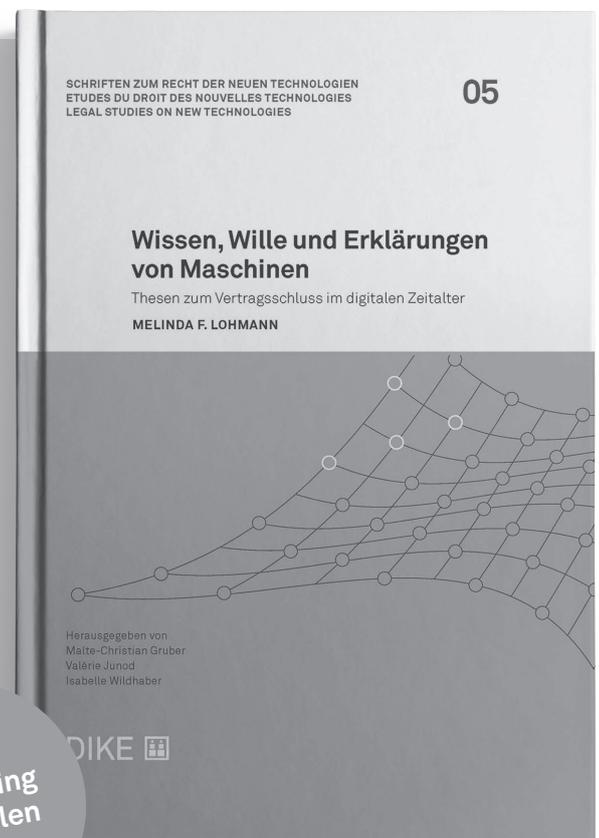
## Wissen, Wille und Erklärungen von Maschinen

### Thesen zum Vertragsschluss im digitalen Zeitalter

Künstliche Intelligenz ist in aller Munde und macht auch vor dem Vertragsschluss keinen Halt. Melinda F. Lohmann untersucht diese Entwicklungen im Lichte des Vertragsrechts und entwickelt ein einheitliches zivilrechtliches Zurechnungsmodell für Wissen und Aktionen von Maschinen.

Schriften zum Recht der neuen Technologien (RnT), Band 5  
2024, 425 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-03891-651-2  
CHF 112.–

[www.dike.ch/6512](http://www.dike.ch/6512)



Smart Contracting im digitalen Zeitalter

DIKE