

DIE ZWISCHENDIVIDENDE IM REVIDIERTEN AKTIENRECHT

Voraussetzungen und Auswirkungen auf andere Eigenkapitaltransaktionen

Das revidierte Aktienrecht schafft mit Art. 675a nOR eine gesetzliche Grundlage für die Ausschüttung einer Zwischendividende. Dieser Beitrag zeigt den Geltungsbereich dieser neuen Bestimmung auf und wie sie ausgelegt und in der Praxis angewendet werden kann.

1. EINLEITUNG

Das geltende Aktienrecht enthält keine gesetzliche Grundlage für die Ausschüttung einer Zwischendividende, d. h. für eine Dividende aus dem Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs. Aus diesem Grund ist die Zulässigkeit einer Zwischendividende rechtlich umstritten. Ein Teil der Lehre hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Ausschüttung einer Dividende aus unterjährigem Gewinn zulässig sein soll, wenn sie dieselben Voraussetzungen wie eine ordentliche Dividende erfüllt [1]. Die Revisionspraxis [2] lehnte dies jedoch im Einklang mit der vorherrschenden Lehrmeinung [3] mangels gesetzlicher Grundlage ab. Erschwerend ist noch der Swisscargo-Entscheid des Bundesgerichts [4] hinzugekommen, welcher die strikte Begrenzung des Ausschüttungsbetrags auf das in der letzten Jahresrechnung ausgewiesene frei verwendbare Eigenkapital festgelegt hat, sodass auch unterjährig geäufnete Reserven oder infolge Kapitalherabsetzung nicht mehr gesperrte gesetzliche Kapital- oder Gewinnreserven vor dem Vorliegen eines neuen Jahresabschlusses nicht ausgeschüttet werden durften (obwohl das keine laufenden Gewinne sind, sondern neue oder frei gewordene Reserven, welche aber in der letzten Jahresrechnung nicht ausgewiesen bzw. noch gesperrt waren). Auf Begehrten der Wirtschaft und in Anlehnung an viele andere Rechtsordnungen wurde im verabschiedeten revidierten Aktienrecht nunmehr eine gesetzliche Grundlage für Zwischendividenden geschaffen.



PHILIPP AICHELE,
LIC. IUR., ADVOKAT,
DIRECTOR LEGAL SERVICES,
PWC SCHWEIZ

2. AUSSCHÜTTUNGSMÖGLICHKEITEN GEMÄSS GELTENDEM AKTIENRECHT

2.1 Ordentliche Dividende. Die ordentliche Dividende wird aus dem Bilanzgewinn und/oder aus hierfür gebildeten Reserven gestützt auf den (geprüften) Jahresabschluss entrichtet [5]. Die Revisionsstelle hat die Jahresrechnung und den Antrag des VR zur Gewinnverwendung zu prüfen, sofern nicht sämtliche Aktionäre gültig auf eine Revision verzichtet haben [6]. Die Generalversammlung beschliesst so dann die Ausschüttung der Dividende, wobei auch mehrere Dividendenausschüttungen beschlossen werden können (gestaffelte Dividenden) [7]. Die geltende Regelung der ordentlichen Dividende birgt keine grösseren Auslegungsprobleme.

2.2 Ausserordentliche Dividende. Als ausserordentliche Dividende wird die Ausschüttung bezeichnet, welche an einer ausserordentlichen Generalversammlung beschlossen wird und zulasten des – verbleibenden, d. h. nicht bereits anlässlich der ordentlichen Generalversammlung ausgeschütteten – frei verwendbaren Eigenkapitals gemäss letzter geprüfter und bereits in der ordentlichen Generalversammlung genehmigter Jahresrechnung geht [8]. Die Revisionsstelle muss den Dividendenantrag des VR prüfen, sofern die Gesellschaft eine Revisionsstelle hat [9]. Für den Fall, dass entweder a) sechs Monate seit dem Bilanzstichtag verstrichen sind oder b) Grund zur Annahme besteht, dass sich das Eigenkapital drastisch verschlechtert hat, stellt sich ein Teil der



FLURIN VIONNET-RIEDERER,
DR. IUR., RECHTSANWALT,
SENIOR ASSOCIATE LEGAL
SERVICES, PWC
SCHWEIZ

Lehre auf den Standpunkt, dass in Analogie zu Art. 652d OR zusätzlich ein (zu prüfender) aktueller Zwischenabschluss zu erstellen ist [10]. Gemäss einem anderen Teil der Lehre und im Einklang mit der Revisionspraxis muss (nach geltendem Recht) zwar der ausserordentliche Dividendenantrag des VR von der Revisionsstelle geprüft, aber mangels gesetzlicher Grundlage nicht zwingend ein aktueller Zwischenabschluss erstellt und geprüft werden [11]. Es liegt vielmehr im professionellen Ermessen des Prüfers, ob er in der konkreten Situation einen Zwischenabschluss einverlangt und welche Prüfungshandlungen er durchführen muss, um seine Prüfungsbestätigung abgeben zu können.

2.3 Zeitgleiche Gewinnverwendung. In Konzernverhältnissen hat sich die Praxis dem Konzept der zeitgleichen Gewinnverwendung bedient, auch bekannt als phasenkongruente Dividende [12]. Demnach kann die Obergesellschaft im Jahr n den Beteiligungsertrag der Untergesellschaft bereits transitorisch erfassen (transitorische Aktiven an Beteiligungsertrag). Bei der Eröffnung der Buchhaltung des Geschäftsjahrs n+1 wird diese Buchung wieder rückgängig gemacht (Beteiligungsertrag an transitorische Aktiven). Die definitive, erfolgswirksame Verbuchung muss im Zeitpunkt der Ausschüttung vorgenommen werden (Jahr n+1; Aktivkonto [Bank] an Beteiligungsertrag) [13].

Die zeitgleiche Gewinnverwendung ist nur zulässig, wenn [14]

- der Bilanzstichtag der Untergesellschaft nicht nach dem der Obergesellschaft liegt;
- die Generalversammlung der Untergesellschaft über die Gewinnausschüttung bereits vor der Generalversammlung der Obergesellschaft Beschluss gefasst hat; und
- dieser Sachverhalt im Anhang der Obergesellschaft offengelegt wird.

Dadurch kann wirtschaftlich ein ähnliches Ergebnis wie bei einer Zwischendividende erzielt werden, indem die Obergesellschaft den «laufenden» Gewinn der Untergesellschaft in der gleichen Periode vereinnahmen kann. Die Untergesellschaft hat in ihrer Jahresrechnung aber – anders als bei einer Zwischendividende – den vollen Jahresgewinn auszuweisen und entsprechend höhere Kapitalsteuer zu entrichten.

2.4 Akontodividende. Auch eine Dividendenbevorschusung (sog. Akontodividende) in Anrechnung an die ordentliche Dividende ist möglich [15]. Es handelt sich dabei technisch gesehen aber nicht um eine Dividende, sondern um (kurzfristige) Darlehen, welche die Gesellschaft den Aktionären gewährt und die später mit dem Dividendenanspruch verrechnet werden [16]. Da die Akontodividende bis zum Ausschüttungsbeschluss und der damit einhergehenden Verrechnung ein Darlehen an Aktionäre darstellt, darf dies nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR verstossen. Da i. d. R. im Zeitpunkt der Akontodividende kein frei verfügbares Eigenkapital vorhanden ist (sonst hätte man wohl eine ausserordentliche Dividende ausgerichtet), muss dieses Darlehen zu Drittbedingungen gewährt werden [17].

3. REVIDIERTES AKTIENRECHT

3.1 Neue gesetzliche Grundlage. Mit Art. 675a nOR erhält die Zwischendividende neu eine gesetzliche Grundlage [18], ebenso der hierfür erforderliche Zwischenabschluss mit Art. 960f nOR [19]. Zudem wurden die unübertragbaren Beaufnisse der Generalversammlung um die Bestimmung Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 nOR erweitert, wonach der Generalversammlung die Kompetenz zukommt, den Zwischenabschluss zu genehmigen und die Zwischendividende zu beschliessen. Ändern werden sich auch die Bestimmung zu den gesetzlichen Reserven (Art. 671ff. nOR), welche allenfalls auch zulasten von Zwischengewinnen im Falle einer Ausschüttung von Zwischendividenden geäufnet werden müssen [20].

3.2 Abriss der Entstehungsgeschichte des Art. 675a nOR. Der Vorentwurf enthielt bereits eine Bestimmung zur Zwischendividende [21]. Diese Bestimmung war jedoch restriktiver ausgestaltet als die vom Gesetzgeber beschlossene. Demnach hätte die Generalversammlung die Ausschüttung einer Zwischendividende nur beschliessen können, wenn die Statuten eine solche Ausschüttung vorgesehen hätten und der Zwischenabschluss durch die Revisionsstelle geprüft worden wäre. «Die Generalversammlung kann die Ausschüttung einer Zwischendividende beschliessen, sofern: 1. die Statuten dies vorsehen; und 2. eine Zwischenbilanz vorliegt, die nicht älter als sechs Monate ist. Die Revisionsstelle muss die Zwischenbilanz vor dem Beschluss der Generalversammlung prüfen [22].»

Die Aufweichung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Ausschüttung einer Zwischendividende wurde vom Nationalrat angestossen [23]. Die Mehrheit des Nationalrats unterstützte den Antrag, die Voraussetzungen herabzusetzen. Demnach sollte die Voraussetzung einer statutarischen Grundlage für die Zwischendividende nicht erforderlich sein. Zudem war eine Gleichbehandlung mit der ordentlichen Dividende angestrebt, mit dem Ziel, dass Gesellschaften, welche auf die Revision verzichtet haben (Opting-out), keine Prüfung durchführen müssen bzw. auch ohne Revisionsstelle eine Zwischendividende beschliessen können. Damit wollte der Nationalrat sicherstellen, dass für die Ausschüttung einer Zwischendividende nicht eine höhere Hürde genommen werden muss als für eine ordentliche Dividende [24]. Mit dem dritten Satz sollte zudem für sämtliche Unternehmen eine Möglichkeit geschaffen werden, auf die Prüfung der Revisionsstelle zu verzichten; nämlich, wenn sämtliche Aktionäre der Ausschüttung der Zwischendividende zustimmen. Dieser Antrag wurde im Nationalrat am 19. Dezember 2019 mit 102 zu 81 Stimmen bei einer Enthaltung angenommen [25]. Das Geschäft ging zurück an den Ständerat, welcher den Vorschlag des Nationalrats am 18. Juni 2020 einstimmig bei drei Enthaltungen annahm [26]. Keinen Eingang hat jedoch die Möglichkeit gefunden, dass die Generalversammlung den VR statutarisch bereits vorab ermächtigen kann, eine Zwischendividende auszuschütten, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind [27].

3.3 Geltungsbereich. Die neue Bestimmung zur Zwischendividende ist auch für die GmbH anwendbar (Art. 798 nOR).



Aufgrund der Verweisnorm in Art. 764 Abs. 2 OR können Zwischendividenden auch in Kommanditaktiengesellschaften ausbezahlt werden. Für die Genossenschaft, welche Anteilscheine ausgegeben hat, sieht der Gesetzgeber lediglich eine Beschränkung in der Höhe der Dividende vor (Art. 859 Abs. 3 OR)[28]. In analoger Anwendung von Art. 675a nOR sollte eine Zwischendividende auch in Genossenschaften möglich sein, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind[29]. In Vereinen ist die Ausschüttung einer Dividende grundsätzlich nicht vorgesehen [30].

3.4 Voraussetzungen

3.4.1 Zwischenabschluss. Für das Ausrichten einer Zwischendividende ist die Erstellung eines Zwischenabschlusses zwingend, d. h., auch wenn eine Zwischendividende noch innerhalb sechs Monaten nach dem ordentlichen Jahresabschluss beschlossen werden soll [31]. Der Zwischenabschluss ist gemäss Art. 960f Abs. 1 nOR nach den Vorschriften zur Jahresrechnung zu erstellen und hat grundsätzlich aus einer Bilanz, einer Erfolgsrechnung und einem Anhang zu bestehen, wobei für grössere Unternehmen und Konzerne die anwendbaren Vorschriften vorbehalten sind. Zulässig sind Vereinfachungen und Verkürzungen, sofern keine Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs entsteht (Art. 960f Abs. 2 Satz 1 nOR)[32].

Der Gewinnverwendungsantrag muss neben der Gewinnverwendung auch die Zuweisung an die Reserven aufzeigen. Für die Zuweisung hat der Gesetzgeber eine neue Bestimmung vorgesehen, welche für sämtliche Ausschüttungen auf eine zweite Zuweisung verzichtet (Art. 671 ff. nOR)[33].

Vollständigkeitshalber muss darauf hingewiesen werden, dass die Ausschüttung einer Zwischendividende nicht zulässig ist, sofern ein Covid-19-Überbrückungskredit besteht, der noch nicht vollständig zurückbezahlt worden ist (Art. 2 Abs. 2 lit. a Covid-19-SBüG).

3.4.2 Prüfung durch die Revisionsstelle

3.4.2.1 Grundsatz. Art. 675a Abs. 2 Satz 1 nOR gibt lediglich den Grundsatz und die zeitliche Abfolge wieder: Grundsätzlich hat eine Prüfung des Zwischenabschlusses durch die Revisionsstelle zu erfolgen und diese Prüfung muss vor dem Bechluss der Generalversammlung stattfinden. Für den Inhalt der Prüfung wird auf die ordentliche Dividende verwiesen (Art. 675a Abs. 3 nOR)[34]. Gegenstand der Prüfung ist demnach der Zwischenabschluss [35] und der Antrag des VR an die Generalversammlung zur Verwendung des Zwischengewinns [36]. Die Prüfungstiefe orientiert sich an der für die Gesellschaft geltenden Revision. Dabei sind Erleichterungen denkbar [37].

Die Prüfung des Zwischenabschlusses ist jedoch nicht erforderlich, wenn die Gesellschaft auf eine Revisionsstelle verzichtet hat (Art. 675a Abs. 2 Satz 2 nOR) oder wenn sämtliche Aktionäre der Ausschüttung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden (Art. 675a Abs. 2 Satz 3 nOR)[38]. Die Erstellung des Zwischenabschlusses ist jedoch in jedem Fall zwingend.

Eine restriktive Auslegung des Art. 675a Abs. 2 Satz 2 und 3 nOR könnte zum Schluss führen, dass nur auf die Prüfung

des Zwischenabschlusses verzichtet werden kann, nicht aber auf die Prüfung des Gewinnverwendungsantrags, weil sich der Wortlaut des Abs. 2 nur auf die Prüfung des Zwischenabschlusses bezieht. Abs. 2 bezweckt aber gerade, die Hürde für das Ausrichten einer Zwischendividende abzubauen. Dieser Zweck wäre nicht erfüllt, wenn die Revisionsstelle den Antrag des VR zwingend prüfen müsste, obschon auf eine Prüfung des zugrunde liegenden Zwischenabschlusses verzichtet werden kann. Sollte diese Ansicht vertreten werden, könnte sich die Praxis (nur) damit behelfen, dass der Aktionär anstelle des VR den Dividendenantrag stellt, da ein Dividendenantrag eines Aktionärs mangels gesetzlicher Grundlage grundsätzlich nicht prüfpflichtig ist [39]. Richtigerweise muss sich aber die Möglichkeit, auf eine Prüfung des Zwischenabschlusses durch die Revisionsstelle zu verzichten, auch auf die Prüfung des Antrags des VR beziehen. Es wäre zweckfremd, eine Gesellschaft zu verpflichten, den Antrag des VR prüfen zu lassen, wenn der Zwischenabschluss nicht geprüft werden müsste.

3.4.2.2 Ausnahme 1: Opting-out. Gesellschaften, welche gemäss Art. 727a Abs. 3 OR auf die Durchführung einer Revision verzichtet haben, müssen für die Ausschüttung einer Zwischendividende keine Prüfung durchführen lassen.

3.4.2.3 Ausnahme 2: Zustimmung sämtlicher Aktionäre. Auf die Prüfung kann verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen. Vom Verzicht auf die Prüfung werden insb. Gesellschaften Gebrauch machen, deren Aktien von einer einzigen (natürlichen oder juristischen) Person gehalten werden. In dieser Konstellation macht der Wortlaut der Bestimmung keine Probleme, denn stimmt die Alleinaktionärin der Ausschüttung zu, braucht es keine Prüfung und die Dividende wird ausgeschüttet. Problematisch ist der Wortlaut aber, wenn mehrere Aktionäre an der Gesellschaft beteiligt sind. Es wäre sachgerechter gewesen, hätte der Gesetzgeber nicht an die Zustimmung zur Ausrichtung der Zwischendividende, sondern an die Zustimmung zum Verzicht auf die Prüfung des Zwischenabschlusses angeknüpft. Damit wäre der Prüfungsverzicht kohärent zum Opting-out behandelt worden, was einen Pauschalverzicht (bspw. in einem Aktionärsbindungsvertrag) auf die Durchführung der Prüfung ermöglicht hätte. Gemäss Wortlaut müssen nun aber alle Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen, womit ein Pauschalverzicht nicht möglich ist und weshalb der VR grundsätzlich Gefahr läuft, dass er eine zweite Generalversammlung ansetzen muss. Die einfachste Lösung dieses Problems wird darin liegen, von sämtlichen Aktionären vor der außerordentlichen Generalversammlung eine Vertretungsvollmacht zu verlangen. Erst wenn der Vertreter von sämtlichen Aktionären bevollmächtigt worden ist, der Zwischendividende zuzustimmen, kann die Generalversammlung als Universalversammlung durchgeführt und die Ausschüttung der Zwischendividende gültig beschlossen werden, ohne dass eine Prüfung stattfinden muss.

Auf die Prüfung kann jedoch trotz Zustimmung aller Aktionäre nur verzichtet werden, wenn die Forderungen der

Gläubiger durch die Ausschüttung nicht gefährdet werden (Art. 675a Abs. 2 Satz 3 Teilsatz 2 nOR). Dieser Zusatz entstammt einem Kompromissvorschlag der Einigungskonferenz und sollte die Einigung im Ständerat unterstützen [40]. Gemäss den Materialien sollen die Forderungen insb. dann gefährdet sein, «wenn wegen der Auszahlung der Dividende die Eigenkapitalquote der Gesellschaft und deren Liquidität nicht mehr in betriebsnotwendiger Höhe bestehen, wobei auch mögliche, wenn auch realistische, ausserordentliche Verschlechterungen der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage in die Beurteilung mit einzubeziehen sind» [41]. Dem VR kommt auch ohne diese Voraussetzung bereits die Pflicht der Finanzplanung zu [42]. Darunter fallen auch die Sicherstellung genügender Liquidität und die Festlegung des anzustrebenden Verhältnisses zwischen Fremd- und Eigenkapitalfinanzierung [43]. Diese Zusatzanforderung ergibt sich somit bereits ohne ausdrückliche Anordnung in Art. 675a Abs. 2 nOR.

Hätte die Gesellschaft eine Prüfung durch die Revisionsstelle durchführen müssen, aber darauf verzichtet, obwohl die Forderungen der Gläubiger gefährdet sind, ist der Dividendenbeschluss nichtig [44].

3.4.3 Ausserordentliche Generalversammlung. Zwingend ist die Durchführung einer Generalversammlung (Art. 688 Abs. 2 Ziff. 5 nOR) [45]. Die Generalversammlung findet nach der Erstellung des Zwischenabschlusses statt und nachdem dieser gegebenenfalls durch die Revisionsstelle geprüft worden ist.

3.5 Auswirkungen der neuen Regelung der Zwischendividende auf andere Eigenkapitaltransaktionen

3.5.1 Ausserordentliche Dividenden. Auch ausserordentliche Dividenden sind unter dem revidierten Recht noch möglich [46]. Die Aktienrechtsrevision hat aber nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen eine solche Dividende ausgerichtet werden darf. Wie oben gezeigt, braucht es für ausserordentliche Dividenden nach geltendem Recht zwar eine Prüfung des Gewinnverwendungsantrags, nicht aber (zwingend) die Erstellung und Prüfung eines Zwischenabschlusses. Es stellt sich nun die Frage, ob die neue Regelung der Zwischendividende einen Einfluss auf die Voraussetzungen für die Ausschüttung von ausserordentlichen Dividenden hat. U.E. kann aus dem Erfordernis zur Erstellung und allfälligen Prüfung eines Zwischenabschlusses gemäss Art. 675a nOR nicht geschlossen werden, dass es dies jetzt auch analog für die ausserordentliche Dividende braucht. Schliesslich ist es sachgerecht, an die Ausschüttung aus dem laufenden Gewinn höhere Anforderungen zu stellen als an die Ausschüttung von bereits im (geprüften) und genehmigten Jahresabschluss ausgewiesinem Eigenkapital. Daher wäre es sachfremd, nunmehr auch bei einer ausserordentlichen Dividende die Erstellung (und Prüfung) eines Zwischenabschlusses zu fordern [47].

Für die Befreiung von der Prüfung durch die Revisionsstelle kann jedoch Art. 675a Abs. 2 nOR mit dem Argument a maiore ad minus Anwendung finden und kann allenfalls auf eine Prüfung des Gewinnverwendungsantrags verzichtet

werden. Es wäre nicht sachgerecht, wenn der Gewinnverwendungsantrag des VR bei der ausserordentlichen Dividende immer zwingend zu prüfen wäre, nicht aber bei der Zwischendividende. M.a.W. kann es nicht sein, dass für eine ausserordentliche Dividende, welche gestützt auf einen (geprüften) Jahresabschluss ausgerichtet werden soll, zwingend eine Prüfung des Gewinnverwendungsantrags zu erfolgen hat, wenn die Gesellschaft für die Ausschüttung aus dem laufenden Gewinn (sofern alle Aktionäre einverstanden sind) auf eine solche verzichten kann.

Nur mit dieser relativen Gleichschaltung der Voraussetzungen für die ausserordentliche Dividende und die Zwischendividende können Abgrenzungsfragen einfach gelöst werden. Diese Problematik soll in folgendem Beispiel veranschaulicht werden: Eine Gesellschaft hat ihren ausschüttbaren Bilanzgewinn von CHF 2 Mio. gemäss geprüfter Jahresrechnung (vorerst) auf neue Rechnung vorgetragen. Im laufenden Geschäftsjahr wurde ein Zwischengewinn von CHF 1 Mio. erwirtschaftet. Auf Antrag des VR soll nun eine ausserordentliche und eine Zwischendividende über insgesamt CHF 3 Mio. mit dem Einverständnis sämtlicher Aktionäre ausgeschüttet werden. Folgt man der Lehrmeinung, wäre für die Ausschüttung der CHF 2 Mio. aus dem (bereits geprüften) Bilanzgewinn eine Prüfung durch die Revisionsstelle notwendig, während für die Ausschüttung der CHF 1 Mio. aus dem laufenden Zwischengewinn infolge der in Art. 675a Abs. 2 nOR vorgesehenen Befreiungsmöglichkeit aber auf die Prüfung verzichtet werden könnte. Dies wäre nicht sachgerecht und entsprechend sollte die Befreiungsmöglichkeit von Art. 675a Abs. 2 nOR auch für ausserordentliche Dividendenausschüttungen Anwendung finden. Der Unterschied zwischen den Voraussetzungen für die Ausschüttung der ausserordentlichen Dividende und der Zwischendividende besteht somit nur darin, dass für das Ausrichten einer Zwischendividende die Erstellung des Zwischenabschlusses zwingend ist.

3.5.2 Rückkauf eigener Aktien. Gemäss Art. 659 Abs. 1 nOR darf eine Gesellschaft eigene Aktien dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Kaufpreises vorhanden ist [48]. Massgeblich für den maximalen Kaufpreis für einen Aktienrückkauf ist die letzte (geprüfte) Jahresrechnung; Zwischengewinne dürfen gemäss einem Teil der Lehre und der Revisionspraxis unter dem geltenden Recht grundsätzlich nicht berücksichtigt werden [49].

Ahnlich wie bei einer Dividende wird bei einem Aktienrückkauf frei verwendbares Eigenkapital an den Aktionär ausgeschüttet. Der Unterschied zur Dividende liegt lediglich darin, dass die Gesellschaft beim Aktienrückkauf einen Gegenwert für die ausgeschütteten Mittel erhält, nämlich eigene Aktien [50]. Aufgrund der neu geschaffenen gesetzlichen Grundlage für die Ausschüttung von Zwischendividenden muss es entsprechend neu auch in Analogie zu Art. 675a nOR möglich sein, dass der laufende Gewinn für einen Aktienrückkauf verwendet werden kann, wenn dafür ein Zwischenabschluss erstellt und dieser (gegebenenfalls) durch die Revisionsstelle geprüft wird [51]. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen auf die Prüfung eines sol-

chen Zwischenabschlusses verzichtet werden kann. Eine Zustimmung sämtlicher Aktionäre analog Art. 675a Abs. 2 nOR zu verlangen, ergibt bei einem Aktienrückkauf keinen Sinn, weil die Kompetenz des Aktienrückkaufs beim VR und nicht bei der Generalversammlung liegt [52]. Entsprechend sollte der VR auf die Prüfung des Zwischenabschlusses durch die Revisionsstelle verzichten können, wenn die Forderungen der Gläubiger durch den Aktienrückkauf nicht gefährdet werden [53]. In Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ist der VR aber dennoch gut beraten, die Prüfung durch die Revisionsstelle in jedem Fall durchführen zu lassen, um sein Haftungsrisiko zu minimieren.

3.5.3 Ausschüttung von unterjährigen Reserven. Ebenfalls sollte klar sein, dass in Analogie zu Art. 675a nOR nunmehr auch unterjährig geäufnete Reserven oder infolge Kapitalherabsetzung nicht mehr gesperrte gesetzliche Kapital- oder Gewinnreserven basierend auf einen (geprüften) Zwischenabschluss ausgeschüttet werden dürfen [54].

3.5.4 Upstream- bzw. Crossstream-Darlehen, -Sicherheiten und -Garantien. Ähnliches wie für den Aktienrückkauf hat auch für Upstream- bzw. Crossstream-Darlehen oder -Sicherheiten und -Garantien zu gelten. Der zulässige Umfang solcher Leistungen sollte analog zu Art. 675a OR auf den laufenden Gewinn ausgeweitet werden [55]. Gleichzeitig muss jedoch beachtet werden, dass, soweit konzerninterne Darlehen nicht unter Drittbedingungen ausgerichtet worden sind, das freie Eigenkapital im Umfang der gewährten Darlehen gesperrt ist [56], was auch für die Festsetzung der Höhe der Zwischendividende zu berücksichtigen ist.

3.6 Verbuchung und steuerliche Behandlung. Im Hinblick auf den Jahresabschluss sollte im Zeitpunkt der Dividendausschüttung die Zwischendividende erfolgsneutral verbucht und als Minusposten im Eigenkapital ausgewiesen werden. Dadurch kann sichergestellt werden, dass im Jahresabschluss der Jahresgewinn ungeschmälert erfasst wird. Nicht sachgerecht wäre die Verrechnung der Zwischendividende mit dem Gewinnvortrag oder mit einer anderen Reserve, weil bei einer Zwischendividende ja gerade Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs ausgeschüttet wird [57].

Fussnoten: 1) Böckli, P., Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 532; Egle, C., Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Zürich 2018, N 465; Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P., Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 56; Handschin, L., Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016, N 907; Kleibold, T., Ausschüttungsregulierung und Insolvenzmessung, Zürich 2012, S. 32; Forstmoser, P./Zindel, G.G./Meyer Bahar, V., Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, in: SJZ 105 (2009), S. 205 ff., 208 ff.; Kägi, U., Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Zürich 2012, § 7 N 52; Thalmann, P./Waibel, T./Bundi, D., Endlich – die Interimsdividende setzt sich im schweizerischen Recht durch, in: SZW 2007, S. 18 ff.; BSK OR II-Vogt, H.-U., in: Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Art. 675 N 36 f.; Stählin, W./Kistler, M., Erhöhte

Flexibilität bei der Ergebnisabführung im Konzern, in: Der Schweizer Treuhänder 2013/11, S. 855 ff.; Bühler, C. B., Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, in: GesKR 4/2013, S. 541 ff., S. 545 f. 2) HWP, Band Buchführung und Rechnungslegung (HWP BR), 2014, S. 239; vgl. auch HWP, Band: Ordentliche Revision, 2016 (zit. HWP OR), S. 401 f. 3) Vgl. dazu BSK OR II-Dubs, D./Truffer, R., in: Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Art. 698 N 22; eher ablehnend ZK OR-Eberle, R./Lengauer, D., in: Handschin, L. (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zürich 2016, Art. 728a N 171; Müller, R./Lipp, L./Plüss, A., Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich 2014, S. 601; ZK OR-Tanner, B., in: Handschin, L. (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Art. 698–726, und 731 OR, Zürich 2018, Art. 698 N 126; OFK OR-Dekker, S., Aktienrecht Kommentar, Zürich

Auch die Zwischendividenden unterliegen der Verrechnungssteuer (Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG). Die Zwischendividende ist im Anhang des nächsten ordentlichen Jahresabschlusses anzugeben [58]. Beim Empfänger ist die Zwischendividende in dem Geschäftsjahr zu verbuchen, in dem er die Zwischendividende erhalten hat. Damit sollte er die Voraussetzungen gemäss Art. 25 Abs. 1 VStG erfüllen [59].

4. FAZIT UND AUSBLICK

Mit Art. 675a nOR hat der Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage für die Ausschüttung einer Zwischendividende geschaffen. Für Zwischendividenden gelten dabei hauptsächlich dieselben Voraussetzungen wie für die ordentliche Dividende. Der VR hat zwingend einen Zwischenabschluss zu erstellen. Grundsätzlich muss die Revisionsstelle sowohl den Gewinnverwendungsantrag des VR als auch den Zwischenabschluss prüfen. Auf eine Prüfung des Zwischenabschlusses durch die Revisionsstelle kann aber verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Ausschüttung der Zwischendividende zustimmen. Die Verzichtsmöglichkeit bezieht sich zudem nicht nur auf die Prüfung des Zwischenabschlusses, sondern auch auf die Prüfung des Gewinnverwendungsantrags des VR als solchem.

Art. 675a nOR ist nach Auffassung der Autoren auch für die Ausschüttung von ausserordentlichen Dividenden und bei Aktienrückkäufen analog anwendbar. Bei der ausserordentlichen Dividende kann somit auf die Prüfung des Gewinnverwendungsantrags des VR verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Ausschüttung zustimmen. Laufende Gewinne können sodann für einen Aktienrückkauf verwendet werden, sofern sie in einem (geprüften) Zwischenabschluss ausgewiesen sind. Auf die Prüfung des Zwischenabschlusses kann verzichtet werden, wenn der geplante Aktienrückkauf die Forderungen der Gläubiger nicht gefährdet.

Die Akontodividende wird unter dem neuen Recht aufgrund der Möglichkeit der Zwischendividende an Bedeutung verlieren. Die zeitgleiche Gewinnverwendung bleibt hingegen weiterhin ein interessantes Instrument, um ohne Erstellung eines (zu prüfenden) Zwischenabschlusses «laufende» Gewinne an die Muttergesellschaft ausschütten zu können. ■

2016, Art. 675 N 14. 4) BGE 140 III 533 ff. 5) Art. 675 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 727f. OR; vgl. HWP BR (Fn. 2), S. 237f.; ZK OR-Bahar, R./Peyer, M., in: Handschin, L./Jung, P. (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 660–697m OR, Art. 675 N 50; Druey, J. N./Druey Just, E./Glanzmann, L., Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021, § 8 N 62 ff.; von der Crone, H. C., Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 17 N 953 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 40 N 17 ff. 6) Art. 727a Abs. 3 OR; vgl. zu den Voraussetzungen der Dividendausschüttung statt vieler Böckli (Fn. 1), § 12 N 518 ff. 7) Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), vom 23. November 2016, BBl 2017, S. 399 ff., S. 526 f.; ZK OR-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 675 N 54 f.; Meier-Hayoz, A./Forstmoser, P./Sethe, R., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, N 239; Bertschinger, M./Mühlemann, M., Steuerliche Auswirkungen der Aktienrechtsrevision, in:

StR 75/2020 S. 882 ff., S. 898. **8)** HWP BR (Fn. 2), S. 238; ZK OR-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 675 N 51; Böckli (Fn. 1), § 12 N 534; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 70; ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 728a N 170 Fn. 282; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 40 N 54; Forstmoser/Zindel/Bahar (Fn. 1), S. 205; Schär, D., Interimsdividenden bei der Verrechnungssteuer, ST 4/2001, S. 371 ff., S. 371. **9)** Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR; HWP BR (Fn. 2), S. 238; HWP OR (Fn. 2), S. 400; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 70; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 40 N 54; BSK OR II-Vogt (Fn. 1), Art. 675 N 35. **10)** Böckli (Fn. 1), § 12 N 534; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 40 N 54, verlangen immer einen Zwischenabschluss. **11)** HWP BR (Fn. 2), S. 238; HWP OR (Fn. 2), S. 400 f.; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 70; Glanzmann, L., Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: Kunz, P. V./Jörg, F. S./Arter, O. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, S. 99; BSK OR II-Vogt (Fn. 1), Art. 675 N 35. **12)** HWP BR (Fn. 2), S. 180 f.; ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 728a N 170; für die steuerliche Behandlung vgl. ESTV, Zeitgleiche Dividendenverbuchung in Konzernverhältnissen, Mitteilung 008 DVS 2018-d vom 10. Juli 2018. **13)** ESTV, Zeitgleiche Dividendenverbuchung in Konzernverhältnissen, Mitteilung 008 DVS 2018-d vom 10. Juli 2018; HWP BR (Fn. 2), S. 180 f.; ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 728a N 170. **14)** HWP BR (Fn. 2), S. 180 f. **15)** Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 79; ZK OR-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 675 N 64; ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 728a N 170. **16)** ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 728a N 170; vgl. auch Böckli (Fn. 1), § 12 N 533. **17)** Glanzmann (Fn. 11), S. 85; vgl. auch Expertsuisse, Selected questions and answers on the assessment of intragroup receivables, cash pooling and dividends with regard to article 680 paragraph 2 of the Swiss Code of Obligations, Stand 22. August 2016. **18)** Vgl. dazu Bertschinger/Mühlemann (Fn. 7), S. 897 ff.; Facinanni, N./Sutter, R., Schwerpunkte der geplanten Aktienrechtsrevision, in: Trex 2018, S. 40 ff., S. 41; Forstmoser, P./Küchler, M., Schweizerische Aktienrechtsreform. Die Schlussrunde ist eingeläutet!, in: Jusletter, 10. Februar 2020, N 19; Gericke, D./Müller, A./Häusermann, D./Hagmann, N., Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, in: GesKR 3/2020, S. 330 f.; Gericke, D./Müller, A./Häusermann, D./Hagmann, N., Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, in: GesKR 2017, S. 33; Oesch, V., Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, Reprax 4/2019, S. 161 ff., S. 180 f. **19)** Bei der Kapitalherabsetzung ist gemäss Art. 653l nOR ein Zwischenabschluss nur dann zwingend, wenn der Bilanzstichtag im Zeitpunkt der Generalversammlung mehr als sechs Monate zurückliegt. Im geltenden Recht gab es nur eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für einen Zwischenabschluss, nämlich Art. 652d Abs. 2 OR. Art. 587 Abs. 2, Art. 725 Abs. 2, Art. 743 Abs. 5, Art. 903 Abs. 1 und 2 OR sehen eine Zwischenbilanz vor. **20)** Art. 675a Abs. 3 nOR verweist auf Art. 660 Abs. 1 und 3, 661, 671–674, 675 Abs. 2, 677, 678, 731 sowie 958c OR. **21)** Blanc, O., Der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, in:

Expert Focus 2016/1–2, S. 100 ff., S. 101 f. **22)** Botschaft (Fn. 7), S. 526; Kägi (Fn. 1), § 7 N 53; Oesch (Fn. 18), S. 180; vgl. zur Stellungnahme von Expertsuisse, Rückblick auf die Wintersession 2019, S. 13; Art. 675a E 2007-OR; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBL 2008, S. 1589 ff., S. 1662 f.; Kleibold (Fn. 1), S. 32. **23)** AB 2019 N 2388; vgl. Ammann, R./Härtsch, T., Berührungspunkte der Aktienrechtsrevision mit Konzernkreditfinanzierungen, GesKR 2020, S. 504 ff., S. 512.; Poggio, K.; Viertter Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, in: Expert Focus 2020/9, S. 660 ff., S. 666; Oesch (Fn. 18), S. 180 f. **24)** AB 2020 S 580. **25)** Geschäftsziffernnummer 16.077/19921. **26)** AB 2020 S. 579 ff. **27)** Vgl. zur Anregung Gericke, D./Müller, A./Häusermann, D./Hagmann, N., Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, in: GesKR 2017, S. 25 ff., S. 33. **28)** BSK OR II-Neuhaus, M. R./Balkanyi, P., in: Honsell, H./Vogt, N. P./Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Art. 859 N 7; Taisch, F./Troxler, T., Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften, in: AJP 2013, S. 407 ff., S. 417. **29)** Gemäss Art. 659 Abs. 1 OR ist für eine Dividende eine statutarische Grundlage notwendig. Andernfalls fällt der Reinertrag im ganzen Umfang in das Genossenschaftsvermögen. Vgl. dazu BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi (Fn. 28), Art. 859 N 2 ff.; Jutzi, T./Herzog, M., Das Beteiligungskapital von Genossenschaften, in: ZBVJ 15/2021, S. 23 ff., S. 29. **30)** Vgl. Bericht in Erfüllung des Auskunftsersuchens zu internationalen Sportorganisationen der WBK-N, vom 25. September 2015, S. 8. **31)** Botschaft (Fn. 7), S. 526; vgl. Böckli, P., OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2019, N 532 ff. **32)** Vgl. von der Crone (Fn. 5), § 7 N 123; Pfaff, D., Rechnungslegung nach OR – Wesentliche Neuerungen durch die Aktienrechtsrevision, in: Rechnungswesen und Controlling, 2020, S. 23 ff., S. 24; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 72 f. **33)** Botschaft (Fn. 7), S. 524. **34)** Rüdlinger, R., Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht? Von der Stärkung der Aktionärsrechte über die Haftung der Revisionsstelle bis zu den Kapitalstrukturen, Der Schweizer Treuhänder 2008/1–2 S. 18 ff., S. 23. **35)** Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR. **36)** Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR. Der Antrag eines Aktionärs wäre dagegen nicht durch die Revisionsstelle auf deren Gesetzes- oder Statutenkonformität hin zu prüfen, Böckli (Fn. 1), § 15 N 246; ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 728a N 169; vgl. zum geänderten Antrag HWP OR (Fn. 2), S. 403 ff. **37)** Erläuternder Bericht VE-OR 2014, S. 101; ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 727a N 6; Blanc (Fn. 21), S. 101, S. 104. **38)** Vgl. Oesch (Fn. 18), S. 181. **39)** Böckli (Fn. 1), § 15 N 246; ZK OR-Eberle/Lengauer (Fn. 3), Art. 728a N 169. **40)** AB 2020 N 982 f.; Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann (Fn. 18), GesKR 3/2020, S. 331. **41)** AB 2020 N 984; vgl. dazu auch Ammann/Härtsch (Fn. 23), S. 512. **42)** Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR. **43)** Ammann/Härtsch (Fn. 23), S. 512; vgl. auch Simoniello, D., Die Überwachung der Liquidität durch den Verwaltungsrat, in: SJZ 22/2017, S. 541 ff. **44)** Art. 731 Abs. 3 OR; vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 75 f., welche vorsehen, dass die Nichtigkeit wegen fehlender Prüfung des Zwischenabschlusses dann

nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn die Generalversammlung die geprüfte Jahresrechnung des betreffenden Geschäftsjahrs genehmigt hat und diese einen mindestens der Zwischendividende entsprechenden Jahresgewinn ausweist. **45)** Auch für die Gewährung von Upstream- oder Crossstream-Sicherheiten oder -Garantien ist ein Generalversammlungsbeschluss notwendig; vgl. dazu Ammann/Härtsch (Fn. 23), S. 511 f.; Vischer, M., Die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Sicherheiten, Expert Focus 2018/8, S. 597 ff., S. 598. **46)** Vgl. Botschaft (Fn. 7), S. 527. **47)** ZK OR-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 675 N 52; Kägi (Fn. 1), § 7 N 63; vgl. zu den anderen Meinungen Fn. 10. **48)** Botschaft (Fn. 7), S. 519 ff.; vgl. zu den eigenen Aktien Handschin (Fn. 1), N 911ff. **49)** CHK OR-Trüb, H. R., in: Roberto, V./Trüb, H. R. (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 659 N 9; BSK OR II-Lenz, C./von Planta, A., in: Honsell, H./Vogt, N. P./Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Art. 659 N 7. Nach einem Teil der Lehre ist die Berücksichtigung möglich, wenn in Analogie zu Art. 652d Abs. 2 OR ein (geprüfter) Zwischenabschluss vorliegt, vgl. Böckli (Fn. 1), § 4 N 228, ZK OR-Handschin, L., in: Handschin, L. (Hrsg.), Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Zürich 2016, Art. 659–659b N 69; OFK OR-Amstutz, M./Marti, A. H., in: Kren Kostkiewicz, J., et al. (Hrsg.), OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Art. 659 N 51; unklar Bodmer, H./Blumenfeld, M., in: Wibmer, J. K. (Hrsg.), OFK – Orell Füssli Kommentar, Aktienrecht Kommentar, Art. 659 N 8. Gemäss Kägi (Fn. 1), § 7 N 51 f. und CR CO II-Trigo Trindade, R., in: Tercier, P./Amstutz, M./Trigo Trindade, R. (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Basel 2017, Art. 659, 659a N 30 muss zusätzlich die Generalversammlung den Zwischenabschluss vorgängig genehmigt und die Gewinnverteilung beschlossen haben. **50)** Anders als im alten Recht sind diese eigenen Aktien aber gemäss Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR als negative Reserve zu bilanzieren. **51)** Unter dem geltenden Recht wurde eine (geprüfte) Zwischenbilanz nur dann als notwendig erachtet, wenn der Aktienrückkauf sechs Monate nach dem Bilanzstichtag erfolgen sollte oder Grund zur Annahme besteht, dass sich das Eigenkapital drastisch verringert hat, Böckli (Fn. 1), § 4 N 228, ZK OR-Handschin (Fn. 49), Art. 659–659b N 68; vgl. auch Kägi (Fn. 1), § 7 N 51; BSK OR II-Lenz, C./von Planta, A., in: Honsell, H./Vogt, N. P./Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Art. 659 N 7. **52)** Böckli (Fn. 1), § 4 N 235; ZK OR-Handschin (Fn. 49), Art. 659–659b N 67; OFK OR-Amstutz/Marti (Fn. 49), Art. 659 N 29. **53)** Art. 675a Abs. 2 Satz 3 nOR. **54)** Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 72. **55)** Ammann/Härtsch (Fn. 23), S. 511; Glanzmann (Fn. 11), S. 99 f., S. 112 f.; BGE 140 III 533, E. 4.2.; vgl. auch HWP OR (Fn. 2), S. 405. **56)** BGE 140 III 533, E. 6.2.2.; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 66; vgl. insb. zum Cash-Pooling Böckli (Fn. 31), N 485 ff. **57)** Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 5), § 8 N 77. **58)** Böckli (Fn. 1), § 12 N 533 f.; Böckli (Fn. 31), N 738. **59)** Bertschinger/Mühlemann (Fn. 7), S. 898.