

## Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, LL.M., Dr. iur. Gaudenz G. Zindel, Rechtsanwalt, LL.M., Dr. iur. Valerie Meyer Bahar, Rechtsanwältin, LL.M. (alle Zürich)\*

### I. Ausgangslage

Unternehmen können aus mannigfaltigen Gründen ein Interesse daran haben, während des Jahres anfallende Gewinne und Sondererträge an ihre Aktionäre auszuschütten. So kann namentlich im Konzern ein Bedürfnis bestehen, bei einer Tochtergesellschaft angefallene Erträge bereits während des Geschäftsjahres der Muttergesellschaft zuzuweisen.

Damit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit und den Voraussetzungen der Ausschüttung einer Interimsdividende, also einer Dividende, die während des Geschäftsjahres aus den Erträgen des laufenden Jahres ausgerichtet wird und sich nicht auf die Jahresrechnung eines abgeschlossenen Geschäftsjahres stützt.

Im Folgenden werden zunächst die unter dem geltenden Recht wenig bestrittenen Formen ausserordentlicher Ausschüttungen vorgestellt (II.). An-

schliessend folgt ein Überblick über den aktuellen Stand der Lehre und ein Blick auf die Regelung der Interimsdividende im Zuge der Aktienrechtsrevision (III.). Im Hauptteil werden sodann die Parameter für die Ausschüttung einer Interimsdividende und die damit verbundenen praktischen Aspekte analysiert (IV.), gefolgt von der Darlegung der Besonderheiten in Konzernverhältnissen (V.) und einem kurzen Vergleich mit ausländischen Regelungen (VI.). Abschliessend werden die wesentlichen Erkenntnisse zusammengefasst (VII.).

### II. Anerkannte Formen ausserordentlicher Ausschüttungen

Die folgenden Formen ausserordentlicher Ausschüttungen werden in der Schweiz als zulässig betrachtet<sup>1</sup>:

#### 1. Ausserordentliche Dividende

Bei der ausserordentlichen Dividende handelt es sich um eine Ausschüttung, die nicht im Rahmen der ordentlichen Generalversammlung, sondern zu einem späteren Zeitpunkt beschlossen wird, mit Verwendung freier Gesellschaftsmittel vergangener Geschäftsjahre. Die ausserordentliche Dividende ist somit eine Ausschüttung aus dem Gewinn eines abgeschlossenen Geschäftsjahres, über die anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung beschlossen wird. Sie ist stets zulässig, sofern ein ausschüttbarer

*Ausgehend von der traditionellen Sichtweise, wonach Ausschüttungen von Gewinnen des laufenden Geschäftsjahres als unzulässig einzustufen sind, legen die Autoren unter Einbezug der jüngeren Entwicklungen und der Aktienrechtsrevision die Parameter für rechtmässige Ausschüttungen unter dem Jahr, namentlich in Konzernverhältnissen, dar. Sie kommen zum Schluss, dass Interimsdividenden gestützt auf einen Zwischenabschluss bereits unter dem geltenden Recht zulässig sind, sofern die Kapitalschutzbestimmungen eingehalten werden und nicht betriebswirtschaftliche Gründe gegen eine Ausschüttung sprechen.*

Zi.

*Partant du point de vue traditionnel, selon lequel les distributions des gains de l'année en cours sont interdites, les auteurs présentent les éléments décisifs, notamment par rapport aux sociétés de groupe, pour des distributions valables en cours d'année, en tenant compte des développements récents et de la révision du droit de la société anonyme. Ils arrivent à la conclusion que des dividendes intermédiaires fondés sur un bouclage intermédiaire sont déjà autorisés sous le droit actuel, pour autant que les dispositions relatives à la protection du capital soient respectées et qu'aucun élément se rapportant à la gestion de l'entreprise ne s'oppose à la distribution.*

P.P.

\* Die Autoren danken Thomas Stenz und Dr. René Schwarzenbach, Ernst & Young AG, für ihre wertvollen Hinweise zu den Rechnungslegungsaspekten des Themas.

<sup>1</sup> Für die Diskussion weiterer ausserordentlicher Ausschüttungen, z.B. von Sachdividenden, siehe Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 12 N 534 ff.; ferner Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 57 f. Zur Sachdividende insbes. Peter Forstmoser, Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht, in: FS Keller, Zürich 1989, 701 ff.

Gewinn bzw. (Dividenden-)Reserven<sup>2</sup> (noch) vorhanden und die Voraussetzungen von Art. 675 Abs. 2 OR erfüllt sind sowie die Revisionsstelle bestätigt, dass die Ausschüttung gesetzes- und statutenkonform ist<sup>3</sup>.

## 2. Akontodividende

Die Akontodividende ist – rechtlich betrachtet – eine *Bevorschussung der zukünftigen Dividende*. Es liegt ein Darlehen vor, dessen Rückzahlung mit der später auszuzahlenden Dividende verrechnet werden soll. Faktisch wird die Dividende damit *im Voraus bezahlt*. Derartige Darlehen sind aus verschiedenen Gründen heikel: Ein Darlehen ist so auszugestalten, dass es nicht gegen Art. 680 Abs. 2 OR verstösst, wonach der Aktionär kein Recht auf Rückerstattung seiner Einlage hat<sup>4</sup>. Dies bedeutet insbesondere, dass die Rückzahlung nicht von vornherein ausgeschlossen werden darf, da sonst eine verdeckte Gewinnausschüttung vorläge, die nach den Regeln des Art. 680 Abs. 2 OR zurückzuerstatten wäre<sup>5</sup>. Allgemein gilt sodann das Prinzip des *dealing at arm's length* – die Gesellschaft soll sich bei der Darlehensvergabe an Aktionäre nicht anders verhalten als bei der Vergabe an Drittpersonen. Dazu gehört insbesondere, dass die Darlehensgewährung mit der gesellschaftlichen Zweckverfolgung vereinbar ist, dass sie kein Klumpenrisiko darstellt und dass die Rückzahlung wenn nicht gewollt, so doch zumindest möglich ist<sup>6</sup>.

Die Auszahlung einer Akontodividende an zahlreiche Kleinaktionäre scheidet damit praktisch aus, weil eine Rückforderung von vornherein nicht praktikabel und die Besicherung des Darlehens durch eine Drittpartei kaum erhältlich wäre<sup>7</sup>. Demgegenüber ist ein Teil der Lehre der Auffassung, dass

die Ausschüttung einer Akontodividende im Konzernverhältnis – trotz des damit einhergehenden Klumpenrisikos – zulässig ist, solange die darlehensnehmende Muttergesellschaft rückzahlungsfähig und –willig ist<sup>8</sup>.

## 3. Exkurs: Verkürzung des Geschäftsjahres

Eine vorzeitige bzw. ausserordentliche Ausschüttung von Dividenden kann ausnahmsweise auch durch eine Verkürzung des Geschäftsjahres erreicht werden<sup>9</sup>. Die Verkürzung des Geschäftsjahres taugt jedoch nicht zur Lösung des Problems, wenn die Ausschüttung einer Interimsdividende nicht ein einmaliges Ereignis ist, sondern – insbesondere innerhalb eines Konzerns – wiederholt Erträge auch während des Geschäftsjahres ausgeschüttet werden sollen<sup>10</sup>.

## 4. Zwischenergebnis

Das Ziel einer echten Ausschüttung von (Sonder-)Erträgen des laufenden Geschäftsjahres während des Geschäftsjahres wird durch diese Formen der (Dividenden-)Ausschüttung nicht erreicht; überdies sind sie mit diversen Problemen behaftet. Soll Aktiengesellschaften ermöglicht werden, bereits während des Jahres Gewinne auszuschütten, ist daher das Bedürfnis nach der Interimsdividende ausgewiesen.

<sup>2</sup> Hierzu insb. Peter Kurer, Basler Kommentar zum OR II, 3. A., Basel 2008, Art. 675 N 15 ff.

<sup>3</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1) § 40 N 54. Zu präzisieren ist, dass die Ausschüttung aufgrund des Revisionsberichts zur Jahresrechnung erfolgen kann, wenn sie innerhalb von sechs Monaten seit Abschluss des Geschäftsjahres beschlossen wird, da in diesem Zeitraum auch eine ordentliche Ausschüttung beschlossen werden könnte (vgl. Art. 699 Abs. 2 OR, wonach die [ordentliche]

Generalversammlung «innerhalb sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres» durchzuführen ist). Für die Ausschüttung zu einem späteren Zeitpunkt bedarf es (zumindest) einer Bestätigung der Rechtmässigkeit durch die Revisionsstelle, vgl. Kurer (Fn. 2) Art. 675 N 35; Böckli (Fn. 1) § 12 N 534 f., der erst nach Ablauf der Toleranzfrist von neun Monaten sowie bei Anlass zur Befürchtung, dass sich die Kapitalbasis stark verschlechtert habe, einen geprüften Zwischenabschluss verlangt. Eine Übersicht zu den (älteren) Lehrmeinungen findet sich bei Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht (Diss. Zürich 1996 = SSHW 171) § 7 N 142 ff. Spörri verneint die Zulässigkeit ausserordentlicher Dividenden «trotz praktischem Bedürfnis».

<sup>4</sup> Nach unbestrittener Lehre und Praxis folgt aus dieser Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus ein *Rückerstattungsverbot*: Kurer (Fn. 2) Art. 680 N 22; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 67 N 103 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1) § 50 N 107 ff.; Böckli (Fn. 1) § 12 N 545.

<sup>5</sup> Peter Böckli, Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: FS Vischer (Zürich 1983) 536 ff., 542.

<sup>6</sup> Zum Ganzen – mit teilweise unterschiedlichen Akzenten – Böckli (Fn. 1) § 12 N 533, 544 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1) § 40 N 57 f., 347 ff.

<sup>7</sup> Kurer (Fn. 2) Art. 675 N 37; Paul Thalmann/Tony Waibel, Endlich – die Interimsdividende setzt sich im schweizerischen Recht durch, SZW 2007 20.

<sup>8</sup> Kurer (Fn. 2) Art. 675 N 37; Bertschinger/Moser/Züger, Aktienrechtliche Rechnungslegung im Einzel- und Konzernabschluss inkl. Kontenrahmen KMU, Zürich 1998, 93; kritisch Thalmann/Waibel (Fn. 7) 20.

<sup>9</sup> Präzisierend François Ruckstuhl, Die Zulässigkeit von Interimsdividenden nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1974, 40 f., wonach das Geschäftsjahr nicht zu kurz sein darf, d.h. mindestens sechs Monate dauern sollte.

<sup>10</sup> Eine Abweichung von der Frist von 12 Monaten ist wohl nur bei der Gründung, bei Strukturveränderungen und bei anderen ausserordentlichen Anlässen wie etwa einer Sitzverlegung ohne Weiteres zulässig. Es wäre rechtswidrig, wiederholt das Geschäftsjahr zu ändern, um so die Voraussetzung für Ausschüttungen zu schaffen.

### III. Lehre und Gesetzesentwurf

#### 1. Traditionelle Sichtweise

Die Lehre ging lange Zeit davon aus, dass die Interim dividende unter schweizerischem Recht *nicht zulässig* sei. Diese Position stellt auch heute

noch die zahlenmässig überwiegende Lehrmeinung dar<sup>11, 12</sup>.

Begründet wird dieses Verbot mit der dem Kapitalschutz verpflichteten Bestimmung von Art. 675 Abs. 2 OR, welche festhält, dass Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgeschüttet werden dürfen<sup>13</sup>. Anderweitige Zahlungen der Gesellschaft an die Aktionäre sollen wegen des Verbots der Kapitalrückzahlung (Art. 680 Abs. 2 OR) nicht zulässig sein<sup>14</sup>.

Art. 675 Abs. 2 OR wurde lange Zeit in Zusammenhang mit Art. 662 Abs. 2 OR gelesen, der statuiert, dass die Jahresrechnung «aus der Erfolgsrechnung, der Bilanz und dem Anhang» besteht. Daraus wurde gefolgert, dass eine Dividende nur ausgeschüttet werden könne, wenn die Jahresrechnung genehmigt und über die Verwendung des darin ermittelten Bilanzgewinns Beschluss gefasst worden sei<sup>15</sup>. Dass die zwei weiteren Bestimmungen des OR, welche den Bilanzgewinn erwähnen, dies in einem Zug mit der Jahresrechnung tun (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 729c Abs. 1 OR), verlieh dieser Lesart zusätzlich Auftrieb<sup>16</sup>. In dogmatischer Hinsicht basiert die traditionelle Lehre somit auf der – in dem 1991 geltenden Aktienrecht noch expliziten – Verknüpfung zwischen Art. 675 Abs. 2 OR und Art. 662 OR: Die Dividende darf nur aus dem Bilanzgewinn ausgeschüttet werden (Art. 675 Abs. 2 OR), und die Bilanz ist in der Jahresrechnung enthalten (Art. 662 Abs. 2 OR). Die traditionelle Lehre geht entsprechend davon aus, dass der Bilanzgewinn (*einzig*) aus der Jahresrechnung ersichtlich ist und daher die Dividende erst nach Vorliegen einer Jahresrechnung ausgeschüttet werden kann. Gemäss traditioneller Auffassung ist es somit rechtswidrig, unter dem Jahr Gewinn

oder Sondererträge an Aktionäre auszuschütten. Vielmehr muss jeweils der Ablauf des Geschäftsjahres abgewartet werden, bevor über diese Erträge – als Teil des Geschäftsergebnisses – verfügt werden kann.

#### 2. Jüngere Entwicklungen

In den letzten Jahren haben namhafte Autoren darauf hingewiesen, dass die Ausschüttung einer Interim dividende von der herkömmlichen Lehre zwar oft als unzulässig betrachtet werde, die Interim dividende unter bestimmten Voraussetzungen aber zulässig sein sollte und könne. Nach dieser Auffassung ist die Ausschüttung einer Interim dividende dann zulässig, wenn die Gesellschaft sämtliche Anforderungen an den Kapitalschutz erfüllt. Voraussetzung für die Ausschüttung einer Zwischendividende ist danach namentlich ein Zwischenabschluss, eine Revision dieses Abschlusses mit schriftlichem Revisionsbericht<sup>17</sup>, der bestätigt, dass der Ausschüttung weder Gesetz noch Statuten entgegenstehen, sowie der Genehmigungsbeschluss und der Ausschüttungsbeschluss einer Generalversammlung<sup>18</sup>.

Schliesslich wird in der Literatur in allgemeiner Form erwähnt, dass Interim dividenden in der schweizerischen Praxis vorkämen<sup>19</sup> und bereits durch führende Revisionsstellen als gesetzeskonform testiert worden seien<sup>20</sup>. Diese liberalere Position scheint sich unter den Revisoren mittlerweile durchzusetzen.

#### 3. Gesetzesentwurf Aktienrecht

Die zunehmende Akzeptanz der Interim dividende in Lehre und Praxis zeigt sich auch im Entwurf des Bundesrates für eine Änderung des Obligationenrechts, der gegenwärtig von der vorberatenden Kommission des Stände-

<sup>11</sup> Vor der letzten grossen Aktienrechtsreform (1968/1991) war dies die herrschende Meinung: *Christoph von Greyerz*, Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel/Frankfurt 1982, 249; für einen Überblick über die ältere (ablehnende) Literatur *Ruckstuhl* (Fn. 9) 41 ff.; ebenfalls ablehnend (unter dem alten Recht) *Ernst Robert Locher*, Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1983, 162 ff.

Unter dem neuen Recht wird diese Position vertreten von *Kurer* (Fn. 2) Art. 675 N 36 sowie *Brigitte Tanner*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Zürcher Kommentar), Die Generalversammlung, Art. 698–706b, Zürich 2003, Art. 698 N 126.

<sup>12</sup> *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung*, Band 1, Zürich 1998, 435 (Neuaufgabe folgt 2009). Ein anderes Bild ergibt sich, wenn man sich auf die Autoren konzentriert, die sich in neuerer und neuester Zeit gründlich mit der Frage auseinandergesetzt haben, vgl. hinten bei Fn. 18.

<sup>13</sup> Art. 675 Abs. 2 OR: «Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden.»

<sup>14</sup> Siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 1) § 50 N 107 ff.

<sup>15</sup> *Kurer* (Fn. 2) Art. 675 N 12, 14, 25 und 36; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 1) § 22 N 42.

<sup>16</sup> Vgl. *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 18, 20.

<sup>17</sup> Dies, soweit die Aktionäre nicht gestützt auf Art. 727a Abs. 2 OR auf die Revision verzichtet haben.

<sup>18</sup> *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 18 ff.; *Böckli* (Fn. 1) § 12 N 532 sowie *Peter Böckli*, Revisionsstelle und Abschlussprüfung, Schriften zum Aktienrecht, Bd. 24, Zürich 2007, 105 f., Fn. 531; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 1) § 40 N 56; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 4) § 67 N 36; *Bertschinger/Moser/Züger* (Fn. 8) 93.

<sup>19</sup> *Daniel Schär*, Interim dividenden bei der Verrechnungssteuer, ST 2008 371, 372; für ältere Beispiele *Ruckstuhl* (Fn. 9) 38 f.

<sup>20</sup> *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 23, 26.

rates behandelt wird<sup>21</sup>. E Art. 675a OR sieht neu ausdrücklich die Ausrichtung einer sog. «Zwischendividende» vor:

<sup>1</sup>Die Generalversammlung kann die Ausrichtung einer Zwischendividende beschliessen, sofern:

1. die Statuten dies vorsehen; und
2. eine Zwischenbilanz vorliegt, die nicht älter als sechs Monate ist.

<sup>2</sup>Bei Gesellschaften, die eine Revision durchführen, muss die Zwischenbilanz vor dem Beschluss der Generalversammlung durch die Revisionsstelle geprüft werden. Die Prüfung erfolgt nach den Vorschriften zur eingeschränkten Revision.

<sup>3</sup>Die Bestimmungen zu den Dividenden finden Anwendung (Art. 660 Abs. 1 und 3, 661, 671–674, 675 Abs. 2, 677, 678 sowie 958e).

Begründet wird die Schaffung rechtlicher Grundlagen für die Ausschüttung einer Zwischendividende damit, dass sich in der Praxis ein verstärktes Bedürfnis nach der Ausrichtung von Zwischendividenden gezeigt hat<sup>22</sup>.

Es ist zu begrüssen, dass der Gesetzgeber eine explizite Regelung vorsieht und damit allenfalls noch bestehende Unsicherheiten aus dem Weg räumt. Fraglich ist allerdings, ob eine Interimsdividende nur zulässig sein soll, wenn dies *statutarisch vorgesehen* ist. Einer statutarischen Festlegung bedarf es weder im Interesse Dritter (für diese ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Kapitalschutzbestimmungen eingehalten werden) noch für die Aktionäre (sie erleiden durch die ihnen zukommende Ausschüttung in keinem Fall einen Nachteil). Ziff. 1 von E Art. 675a ist daher u.E. ersatzlos zu streichen.

Die Bestimmung, wonach zur Prüfung der Zwischenbilanz eine *eingeschränkte Revision* (auch bei ordent-

licher Prüfung der Jahresrechnung) ausreichen soll (E Art. 675a Abs. 2 Satz 2), ist sodann zu hinterfragen. Grundsätzlich wird dasselbe Prüfungsniveau zu verlangen sein wie bei einer ordentlichen Dividendenausschüttung. Allenfalls ist ein statutarisches *opting-down* vorzusehen.

#### 4. Zusammenfassung

Gemäss der traditionellen Lehre ist die Ausschüttung einer Interimsdividende nach schweizerischem Recht unzulässig. In der neueren Lehre wird die Frage jedoch eingehender behandelt und zunehmend die Ansicht vertreten, dass die Ausschüttung einer Interimsdividende nicht generell unzulässig sei, sondern vielmehr unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein solle. Obwohl die rechtlichen Grundlagen und die tatsächlichen Voraussetzungen für eine zulässige Ausschüttung erst vereinzelt analysiert worden sind, verdichtet sich mit den jüngsten Publikationen das Bild, wonach die Interimsdividende *als solche anerkannt wird*, aber strengen Voraussetzungen unterliegen soll. Damit ist eine Tendenz eingeleitet, die Interimsdividende unter bestimmten, engen Voraussetzungen zuzulassen. Diese Meinung ist in den neueren und neuesten Publikationen, welche sich vertieft mit der Problematik befassen, vorherrschend, und sie findet nun auch im Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Aktienrechtsrevision ihren Niederschlag.

#### IV. Parameter für die Ausschüttung einer Interimsdividende

Im Folgenden ist zu konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen die Ausschüttung einer Interimsdividende als rechtmässig zu beurteilen ist.

### 1. Verhältnis von Bilanzgewinn und Jahresrechnung

#### 1.1 Definition des Bilanzgewinns

Das OR aus dem Jahr 1936 verwendete den Begriff «Reingewinn». Dieser sei «auf Grund der Jahresbilanz zu rechnen» (Art. 662 aOR)<sup>23</sup>. Das geltende OR spricht hingegen in Art. 675 Abs. 2 von «Bilanzgewinn». Dabei äussert es sich nicht zur Frage, ob sich dieser Bilanzgewinn auf die Jahresbilanz (als Teil der Jahresrechnung) gemäss Art. 662 Abs. 2 OR zu stützen hat. *Böckli* führt diesbezüglich aus<sup>24</sup>:

«Entgegen einer hin und wieder anzutreffenden Ansicht, die teilweise durch das missverständliche OR 1936 bedingt war, ist der *Jahresgewinn* für die Dividende rechtlich so gut wie bedeutungslos: es geht ausschliesslich um eine Verwendung von Eigenkapital gemäss geprüfter Bilanz. Wirtschaftlich allerdings ist die Dividendenpolitik zu

<sup>21</sup> Entwurf für eine Änderung des Aktienrechts und Rechnungslegungsrechts, BBl 2008 1751 ff.; siehe hierzu (sowie speziell zu E Art. 675a OR): *Lukas Glanzmann*, Die grosse Aktienrechtsrevision, ST 2008 665 ff., 672; *Reto Eberle*, Neuregelung der Rechnungslegung – erste Eindrücke, ST 2008 395 ff., 396; *Katharina Rüdlinger*, Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?, ST 2008 18 ff., 23.

<sup>22</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., 1662.

<sup>23</sup> *Böckli* (Fn. 1) § 12 Fn. 899.

<sup>24</sup> *Böckli* (Fn. 1) § 12 N 524. Siehe jedoch auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (zit. Fn. 1) § 22 N 42 mit der Feststellung, Voraussetzung für den Beschluss der Generalversammlung über die Gewinnverwendung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4) sei: «dass vorgängig die – durch die Revisionsstelle revidierte (OR 729c I) – Jahresrechnung genehmigt worden ist, da nur dann der verwendbare Bilanzgewinn verbindlich feststeht».

Recht durch die Entwicklung des Jahresgewinns bestimmt.»

Kennzeichnend für den *Begriff des Bilanzgewinns* ist, dass es sich dabei um eine *Stichtagsbetrachtung* handelt, mit der die Aktiven und Passiven des Unternehmens zu einem bestimmten Datum ermittelt werden. Der Bilanzgewinn wird zwar grundsätzlich durch den in der *Jahresrechnung* ausgewiesenen Gewinn – korrigiert um

den Gewinn-/Verlustvortrag aus den Vorjahren – beeinflusst, er ist technisch aber nicht von der Bilanz zum Ende des Geschäftsjahres (Jahresbilanz) abhängig<sup>25</sup>. Vielmehr kann der Bilanzgewinn jederzeit festgestellt werden und zeigt dann den zu *diesem Zeitpunkt* für eine allfällige Ausschüttung zur Verfügung stehenden Betrag<sup>26</sup>.

### 1.2 Abkoppelung des Bilanzgewinns von der Jahresrechnung

Besteht nun aber keine notwendige Verbindung zwischen Bilanzgewinn und Jahresrechnung, so kann der Bilanzgewinn gemäss Art. 675 Abs. 2 OR grundsätzlich jederzeit, also auch im Laufe des (Geschäfts-)Jahres, ermittelt werden. Damit müssen grundsätzlich *Ausschüttungen zulässig sein, wann immer ein Bilanzgewinn ausgewiesen werden kann*, mithin auch während des Geschäftsjahres<sup>27</sup>. Aus rechtlicher Sicht ist es unbeachtlich, in welchem Zeitraum der zu verteilende Gewinn anfiel. Die Interim dividende wird in ihrer zeitlichen Dimension somit der ordentlichen Dividende gleichgesetzt und – sofern am gewählten Stichtag ein Bilanzgewinn vorliegt – sogar dann für zulässig erachtet, wenn am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres ein Bilanzverlust ausgewiesen werden musste<sup>28</sup>. Rechtlich von Bedeutung ist einzig, dass mit angemessener Sicherheit festgestellt wird, dass *im Zeitpunkt der Ausschüttung ein Bilanzgewinn vorliegt und die entsprechenden Kapitalschutzvorschriften eingehalten werden*.

*Zusammenfassend* kann somit festgehalten werden, dass die Abkoppelung des nach Art. 675 Abs. 2 OR relevanten Bilanzgewinnes von der Jahresrechnung bereits im geltenden

Recht erfolgt ist und dass es *für Ausschüttungen auf den Bilanzgewinn ankommt*. Liegt ein Bilanzgewinn vor, kann er grundsätzlich jederzeit ausgeschüttet werden. Voraussetzung für die Ausschüttung einer Interim dividende ist dann *einzig*, dass die (nachfolgend in Ziff. 3. dargelegten) Anforderungen an den Kapitalschutz beachtet werden.

### 2. Betriebswirtschaftliche Aspekte und Sonderkonstellationen

Die Ausschüttung einer Dividende hat für die Gesellschaft wirtschaftlich tragbar zu sein. Die Revisionsstelle wird im Rahmen ihrer Prüfungshandlungen auch die betriebswirtschaftlichen Aspekte der zur Ausschüttung vorgesehenen (Interim-)Dividende beurteilen. Bestehen Gründe zur Annahme, dass die Ausschüttung der Interim dividende einen Bilanzverlust per Ende des Geschäftsjahres nach sich ziehen wird, ist auf die Ausschüttung zu verzichten.

Dieses Problem besteht dann nicht, wenn eine *Sonderkonstellation* vorliegt, bei der bereits während des Jahres, im Zeitpunkt der Ausschüttung der Interim dividende, ein Bilanzgewinn ausgewiesen und der voraussichtliche Bilanzgewinn per Ende Jahr mit grosser Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann<sup>29</sup>, wenn also voraussehbar ist, dass die geplante Ausschüttung angesichts des zu erwartenden Jahresgewinns unproblematisch ist<sup>30</sup>. Die Gefahr einer zu hohen Ausschüttung ist in dieser Konstellation weitgehend gebannt. Eine Abkoppelung des Bilanzgewinns vom Jahresgewinn ist zwar auch in diesen Konstellationen rechnungslegungstechnisch vorausgesetzt; die Ausschüttung erscheint aber umso eher vertretbar, je besser der Jahres-

<sup>25</sup> *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 23 f. führen dazu aus, dass gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes (i) der der Ausschüttung zugrunde liegende Bilanzgewinn nicht an die Jahresbilanz geknüpft sei, (ii) die Dividendenausschüttung keinen Jahresabschluss voraussetze und (iii) die *Periode* für die Berechnung des ausschüttbaren Gewinns *nicht dem Geschäftsjahr zu entsprechen* brauche.

<sup>26</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745 ff, 889. Das Jahresergebnis ist zusätzlich um die Zuweisung an die gesetzlichen und statutarischen Reserven zu korrigieren.

<sup>27</sup> Materielle Gründe für die Gewinnermittlung auf das Ende eines Geschäftsjahres hin, welche der Ausschüttung einer Interim dividende entgegenstehen, gibt es unseres Erachtens nicht: Zwar hat die Erfassung des gesamten Geschäftsjahres in der Jahresrechnung den Vorteil, dass saisonale Schwankungen im Geschäftsergebnis ausgeglichen werden. Der schweizerische Gesetzgeber beharrt jedoch nicht darauf, dass das *Geschäftsjahr* tatsächlich ein Jahr dauert, ist es doch wie gesehen möglich, das Geschäftsjahr sowohl zu verlängern als auch zu verkürzen (*Ruckstuhl*, Fn. 9, 39 ff. hievon, gestützt auf das OR 1936; vgl. auch Ziff. I. 3.).

<sup>28</sup> Diese Position liegt dem Aufsatz von *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) zugrunde, siehe insb. 25.

<sup>29</sup> Die Anforderungen an die Prognostizierbarkeit des Jahresgewinns dürften in dieser Konstellation tiefer sein, wenn die Interim dividende vergleichsweise gering ist und daher auf jeden Fall durch den zu erwartenden Bilanzgewinn per Ende Jahr gedeckt sein wird.

<sup>30</sup> *Schär* (Fn. 19) 33.

gewinn – und damit auch der Bilanzgewinn per Ende Jahr – im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Interimsdividende vorhergesehen werden kann<sup>31</sup>.

Derartige *Sonderkonstellationen* können insbesondere im *Konzernverhältnis* auftreten sowie dann, wenn in der Gesellschaft ein *Sonderertrag* anfällt, der entweder ausserhalb der operativen Tätigkeit der ausschüttenden Gesellschaft erwirtschaftet wurde (*windfall*-Charakter) oder im Zeitpunkt der Ausschüttung offensichtlich bereits erwirtschaftet worden war. Schliesslich kann eine Interimsdividende auch aufgrund der *Umstände bzw. Modalitäten der Auszahlung* unproblematisch erscheinen, namentlich dann, wenn die Ausschüttung erst spät im Geschäftsjahr erfolgt und damit der voraussichtliche Bilanzgewinn per Ende Jahr absehbar ist oder wenn der Betrag der Interimsdividende im Verhältnis zum erwarteten Jahresgewinn (bzw. Bilanzgewinn per Ende Jahr) gering ist.

Eine *Voraussetzung* ist das Vorliegen einer solchen Sonderkonstellation indessen nicht; vielmehr ist die Zulässigkeit der Interimsdividende unseres Erachtens *stets gegeben, wenn die Kapitalschutzvorschriften eingehalten sind und die Ausschüttung aus betriebswirtschaftlicher Sicht vertretbar erscheint*.

### 3. Kapitalschutz

#### 3.1 Überblick

Das Hauptproblem bei der Ausschüttung einer Interimsdividende ist die Gewährleistung des Kapitalschutzes. Art. 675 Abs. 2 OR hält klar fest, dass Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und hierfür gebildeten Reserven ausgeschüttet werden dürfen. An die Aktionäre darf somit nur Einkommen

verteilt werden, das die Gesellschaft bereits erwirtschaftet hat. Dies ist eine Konsequenz des in Art. 680 Abs. 2 OR verankerten Kapitalrückzahlungsverbotes<sup>32</sup>. Die Auszahlung einer Interimsdividende birgt unter diesem Gesichtspunkt das Risiko, dass nicht erwirtschaftete Mittel ausgeschüttet werden und dadurch Kapital an die Aktionäre zurückerstattet wird<sup>33</sup>.

Der Teil der Lehre, welcher der Interimsdividende grundsätzlich positiv gegenübersteht, weist denn auch darauf hin, dass eine Interimsdividende dann zulässig sein sollte, wenn die Ausschüttung unter (weitgehend) denselben Voraussetzungen erfolgt wie bei der ordentlichen Dividende und dadurch *sichergestellt ist, dass nur Gewinn und keinesfalls von den Aktionären geleistetes Kapital ausbezahlt wird*<sup>34</sup>. Diese Haltung ist hinsichtlich des Kapitalschutzes – der alleinigen Ratio des Gesetzes zur Beschränkung von Ausschüttungen – überzeugend; die einzelnen sich daraus ergebenden Voraussetzungen werden im Folgenden näher erörtert.

#### 3.2 Voraussetzungen

Die Ausschüttung der Interimsdividende kann nur gestützt auf einen *Zwischenabschluss* zulässig sein<sup>35</sup>. Unseres Erachtens hat dieser Zwischenabschluss sämtlichen Anforderungen an die Jahresrechnung (Art. 662 ff. und Art. 957 ff. OR) zu genügen und ist in gleicher Weise – ordentlich oder eingeschränkt<sup>36</sup> – zu prüfen wie die Jahresrechnung<sup>37</sup>. Ist nämlich – trotz der Trennung von

<sup>31</sup> Schär (Fn. 19) 372, der jedoch die durch die Aktienrechtsreform von 1991 erfolgte Änderung nicht beachtet.

<sup>32</sup> Siehe vorn Fn. 4.

<sup>33</sup> Schär (Fn. 19) 372.

<sup>34</sup> Siehe Ziff. IV. 3.2 ff. sowie *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 24 f.

<sup>35</sup> Davon zu unterscheiden sind wie erwähnt *ausserordentliche Dividenden*, d.h. Ausschüttungen gestützt auf die letzte Jahresbilanz und den entsprechenden Gewinnausweis, die nicht an der ordentlichen, sondern einer späteren ausserordentlichen Generalversammlung beschlossen werden, vgl. vorn Ziff. II.1.

<sup>36</sup> Siehe Art. 727 f. OR.

<sup>37</sup> Anderer Ansicht *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 24 f., die die Auffassung vertreten, dass die im Fusionsgesetz für den Zwischenabschluss bei Umstrukturierungstatbeständen vorgesehenen Erleichterungen in analoger Weise auch im Zusammenhang mit der Interimsdividende zur Anwendung kommen können. Diese Erleichterungen bestehen darin, dass eine körperliche Bestandesaufnahme nicht notwendig ist und die in der letzten Bilanz vorgenommenen Bewertungen nur anhand der Bewegungen in den Geschäftsbüchern verändert werden müssen (Art. 11 Abs. 2 lit. a und b FusG). *Thalmann/Waibel* begründen ihre Ansicht damit, dass die Ausschüttung einer Interimsdividende in der Regel deutlich weniger heikel sei als die Umstrukturierungen, auf die das Fusionsgesetz Anwendung findet. Dies mag zutreffen, kann aber wohl nur rechtspolitisch, nicht aber *lege lata* massgebend sein.

Bei der Erhöhung des Gesellschaftskapitals aus (frei verwendbarem) Eigenkapital, die der Ausschüttung von Gesellschaftsmitteln insofern vergleichbar ist, als frei verfügbare Mittel zu Gunsten der Aktionäre (in jenem Fall zur Erfüllung ihrer Liberierungspflicht) verwendet werden, wird die Erstellung einer Zwischenbilanz als notwendig erachtet, wenn die Verhältnisse ungewiss sind und/oder der Bilanzstichtag bereits mehr als sechs (nach *Böckli* neun) Monate zurückliegt (*Böckli*, Fn. 1, § 2 N 119; *Roger Groner*, Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel 2003, 141 f.; *Ernst Giger*, Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1995, 88). Der Zwischenabschluss wird in diesem Zusammenhang umschrieben als «eine etwas vereinfachte Rechnung ..., die sich sinngemäss an die Vorschriften über die Jahresrechnung anschliesst, also aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang besteht» (*Böckli*, Fn. 1, § 2 N 120).

Bilanzgewinn und Jahresgewinn – davon auszugehen, dass der Bilanzgewinn in der Regel in einer Jahresrechnung festgestellt wird, dann ist in Analogie davon auszugehen, dass für die Gewinnausschüttung im Laufe des Jahres ein Zwischenabschluss zu erstellen ist, der grundsätzlich den für die Jahresrechnung geltenden Vorschriften zu entsprechen hat und dass dieser auch in gleicher Weise wie die Jahresrechnung zu revidieren ist.

Eine Dividende darf erst festgesetzt werden, nachdem die erforderlichen Zuweisungen an die Reserven vorgenommen worden sind (Art. 674 Abs. 1 OR). Das Gesetz sieht für die zweite Reservenzuweisung gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR keine Höchstgrenze vor. In Praxis und Lehre wird es – mit

Blick auf Art. 671 Abs. 3 OR – jedoch als vertretbar erachtet, von einer zweiten Zuweisung abzusehen, wenn die Gesellschaft bereits eine allgemeine Reserve ausweist, die 50% des allgemeinen Aktienkapitals entspricht<sup>38</sup>. Die Generalversammlung ist damit in materieller Hinsicht in der Ausschüttung von Dividenden frei, sobald ihr Reinvermögen den Betrag von 150% des Aktienkapitals übersteigt. Ist dies nicht der Fall, sind aus dem Gewinn zunächst die Reserven zu speisen. Dies gilt für die Interimsdividende genauso wie für die ordentliche Dividende.

Die hier vertretene Beschränkung der Reserveöffnung ist insbesondere im Konzernverhältnis wichtig, würde doch andernfalls die Weitergabe eines ausserordentlichen Ertrages von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft unter Umständen eine extensive Reservenbildung auslösen. Freilich sind Holdinggesellschaften<sup>39</sup> von der zweiten Zuweisung ohnehin befreit (Art. 671 Abs. 4 OR): Die Ausschüttungssperre soll auf der Ebene der Untergesellschaften greifen; die Ebene der Obergesellschaft soll demgegenüber möglichst wenig eingeschränkt werden<sup>40</sup>.

Die Genehmigung der Rechnung und die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung, d.h. die Festsetzung der Dividende, ist der Generalversammlung vorbehalten (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Die Ausschüttung einer Interimsdividende setzt daher voraus, dass eine ausserordentliche Generalversammlung den Zwischenabschluss genehmigt und die Sonderausschüttung beschliesst<sup>41</sup>. Im Konzernverhältnis wird dies dadurch erleichtert, dass die Versammlung jederzeit als Universalversammlung durchgeführt werden kann (Art. 701 OR).

#### 4. Rechtsfolgen der unzulässigen Ausschüttung einer Interimsdividende

Für die Ausschüttung von Interimsdividenden gelten dieselben Grundsätze wie für die ordentliche Dividendenzahlung: Der Ausschüttungsbeschluss ist *anfechtbar*, wenn er gegen Gesetz oder Statuten verstösst (Art. 706 Abs. 1 OR)<sup>42</sup>, z.B. wenn die Bestimmungen über die Anwesenheit der Revisionsstelle missachtet werden (Art. 731 Abs. 3 Satz 2) oder der Bilanzstichtag weiter als sechs Monate zurückliegt. Verletzt der Beschluss die Bestimmungen zum Kapitalschutz in elementarer Weise, ist der Ausschüttungsbeschluss *nichtig* (Art. 706b Ziff. 3 OR). Dies ist namentlich der Fall, wenn das Grundkapital<sup>43</sup> oder die gebundenen Reserven beeinträchtigt wurden<sup>44,45</sup>, wenn die Ausschüttung eine Kapitalrückzahlung darstellt oder wenn eine Bilanz gänzlich fehlt. Nichtig sind Beschlüsse zur Verwendung von Bilanzgewinn auch, wenn der erforderliche Revisionsbericht nicht vorliegt (Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR); der Revisionsbericht ist eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für die Beschlussfassung über die Ausschüttung einer Dividende<sup>46</sup>.

Stellt sich heraus, dass eine bereits ausgerichtete Dividende gestützt auf einen nichtigen oder erfolgreich angefochtenen Dividendenbeschluss bezahlt wurde, ist dies eine Leistung ohne Rechtsgrund, und es stellt sich die Frage nach der Rückerstattungspflicht. Aktionäre, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden bezogen haben, sind zu deren Rückerstattung verpflichtet (Art. 678 Abs. 1 OR). Der Anspruch steht der Gesellschaft sowie den Aktionären zu, wobei er sich im letzteren Fall auf Leistung an die Gesellschaft richtet (Art. 678 Abs. 3 OR). Ob der Gesellschaft

<sup>38</sup> Markus Neuhaus/Patrick Balkanyi, Basler Kommentar zum OR II, 3. A., Basel 2008, Art. 671 N 14; *Handbuch Wirtschaftsprüfung* (Fn. 12) 428.

<sup>39</sup> Holdinggesellschaften sind Gesellschaften, deren Aktiven mehrheitlich aus Beteiligungen und anderen Finanzanlagen bestehen. Einbezogen sind auch jene Gesellschaften, welche die Holdingfunktion nicht hauptsächlich durch das Halten von Beteiligungen, sondern zusätzlich durch die Gewährung von Darlehen an die Beteiligungsgesellschaften erfüllen (*Handbuch Wirtschaftsprüfung*, Fn. 12, 425).

<sup>40</sup> Böckli (Fn. 1) § 8 N 272; *Handbuch Wirtschaftsprüfung* (Fn. 12) 425.

<sup>41</sup> Böckli (Fn. 1) § 12 N 532.

<sup>42</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1) § 25 N 13 ff., 99 ff.; *Kurer* (Fn. 2) Art. 706 N 8 ff.

<sup>43</sup> Verbot der Rückgewähr der Einlagen der Aktionäre, Art. 680 Abs. 2 OR, siehe vorn bei Fn. 4.

<sup>44</sup> Dieter Dubs/Roland Truffer, Basler Kommentar zum OR II, 3. A., Basel 2008, Art. 706b N 16a.

<sup>45</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1) § 25 N 97 ff.; *Kurer* (Fn. 2) Art. 675 N 28 und Art. 680 N 25 ff.

<sup>46</sup> Dubs/Truffer (Fn. 44) Art. 731 N 6 und 8.

bei Gutgläubigkeit der Aktionäre ein Rückerstattungsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zusteht oder ob die Rückzahlung der ungerechtfertigt bezogenen Dividende nur bei Bösgläubigkeit des Empfängers verlangt werden kann, ist umstritten<sup>47</sup>.

Durch die Ausschüttung einer Dividende verringert sich zwangsläufig das Vermögen der Gesellschaft. Erfolgt eine Vermögensverminderung rechtswidrig, kann dies eine Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates nach sich ziehen, falls die kumulativen Voraussetzungen von Art. 754 OR erfüllt sind. Die rechtmässige Ausschüttung stellt zwar eine Vermögensverminderung dar, nicht aber einen Schaden im Rechtssinne. Unseres Erachtens besteht mithin *kein Haftungsrisiko* der Antrag stellenden Organe, wenn eine Interimsdividende unter den vorliegend dargestellten, qualifizierten Parametern ausgeschüttet wird<sup>48</sup>.

## V. Die Interimsdividende im Konzernverhältnis

### 1. Ausgangslage

Die Besonderheit des Konzernverhältnisses besteht darin, dass der Konzern zwar wirtschaftlich, nicht aber rechtlich eine Einheit darstellt<sup>49</sup>. Aus Sicht der Aktionäre der Muttergesellschaft ist eine erleichterte Gewinnausschüttung seitens der (100%igen) Tochtergesellschaft häufig wünschbar und sinnvoll. Dem stehen jedoch die Interessen der Gläubiger der Tochtergesellschaft entgegen, welche auf die Durchsetzung der dem Gläubigerschutz dienenden Kapitalschutzvorschriften (auch) im Konzernverbund pochen können<sup>50</sup>. Da das Schweizer Recht kein spezielles Konzernrecht

kennt, ist auch im Konzern der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaften Rechnung zu tragen; dies erschwert eine gegenüber unabhängigen Gesellschaften weiter gehende Vereinfachung oder Liberalisierung der Dividendenzahlung.

Praktisch besteht auch im Konzern die der Interimsdividende inhärente Gefahr darin, dass zum Zeitpunkt ihrer Ausschüttung der zu erwartende Jahresgewinn der Gesellschaft zu hoch veranschlagt wird und die Gesellschaft am Ende des Geschäftsjahres wider Erwarten einen Bilanzverlust ausweisen muss, der durch den Verzicht auf die vorzeitige Dividendenausschüttung hätte vermieden oder zumindest verringert werden können. In einem solchen Fall erhielten somit die Aktionäre zulasten der Gesellschaft und im Konkursfall ihrer Gläubiger eine ungerechtfertigte Zuwendung.

### 2. Besonderheiten der Konzernstruktur

Die Ausschüttung einer Interimsdividende durch die zu 100% beherrschte Tochtergesellschaft erscheint insbesondere dann gerechtfertigt, wenn sie dazu dient, einen *ausserordentlichen Ertrag* auszuschütten, der mit der operativen Tätigkeit der ausschüttenden Gesellschaft nichts zu tun hat<sup>51</sup>. Ein derartiger Sonderertrag fällt bei der Tochtergesellschaft nicht aufgrund einer betriebswirtschaftlichen Logik an, sondern er ist die *Konsequenz der Konzernstruktur* bzw. des – häufig vor allem steuerlich motivierten – Entscheides der Muttergesellschaft, gewisse Aktiven bei einer bestimmten Tochtergesellschaft zu halten.

Die Auswirkungen eines derartigen Ertrags auf die Jahresrechnung können *einfach prognostiziert* werden:

Der zu erwartende operative Gewinn der Gesellschaft wird zusammen mit dem Sonderertrag den Jahresgewinn bilden, und der Bilanzgewinn wird daher entsprechend höher ausfallen. Jedenfalls in jenen Fällen, in welchen bereits gestützt auf den mutmasslichen operativen Ertrag mit der Zulässigkeit einer Dividendenzahlung zu rechnen ist, sollte der ausserordentliche Ertrag unverzüglich an die Konzernmuttergesellschaft ausgeschüttet werden können. Mit anderen Worten: Bildet der auszuschüttende Betrag einen *vom operativen Geschäft* der betreffenden Gesellschaft (weitgehend oder gänzlich) *unabhängigen Sonderertrag*, so darf dieser im Laufe des Jahres an die Konzernmuttergesellschaft weitergereicht werden, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dadurch der Bilanzgewinn am Ende des Geschäftsjahres negativ sein könnte oder Kapitalschutzvorschriften nicht eingehalten werden.

Die Gläubigerinteressen können im Konzern sodann gegebenenfalls – soweit nicht steuerrechtliche oder

<sup>47</sup> Kurer (Fn. 2) Art. 678 N 3.

<sup>48</sup> Aktionäre, die dem Ausschüttungsbeschluss zustimmten, dürften – in Analogie zur Anfechtungsklage – nicht über das für die Klage notwendige Rechtsschutzinteresse verfügen. Die Aktionäre können sodann gestützt auf Art. 756 Abs. 1 OR ohnehin einzig Leistung an die Gesellschaft verlangen. Den Gläubigern wiederum steht ein Klagerecht nur im Konkursfall zu (Art. 757 OR).

<sup>49</sup> Art. 663e Abs. 1 OR, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1) § 60 N 25.

<sup>50</sup> Allgemein zum Gläubigerschutz im Konzern siehe Roland von Büren, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, 2. A., Basel 2005, 151 ff.

<sup>51</sup> Siehe Ziff. IV.2. hier vor. Ein Beispiel ist etwa der aus der Veräusserung einer Beteiligung resultierende Sonderertrag.

andere Gründe entgegenstehen<sup>52</sup> – durch eine Zusage der Muttergesellschaft geschützt werden, wonach die als Interimsdividende ausgeschütteten Mittel der Tochtergesellschaft zur Deckung eines allfälligen Verlusts wieder zur Verfügung gestellt würden. Eine derartige Zusage ist einer Patronatserklärung vergleichbar<sup>53</sup>, aber rechtlich von stärkerem Gewicht.

### 3. Abgeschwächtes Rückerstattungsrisiko

Im Konzern ist die Gefahr einer Rückerstattungspflicht und/oder einer persönlichen Haftung der Organe noch geringer als bei selbständigen Gesell-

schaften. Wie bereits erwähnt, kann die Rückerstattung ungerechtfertigt und bösgläubig bezogener Dividenden bei einer aufrecht stehenden Gesellschaft einzig von dieser selbst und ihren Aktionären gefordert werden (Art. 678 Abs. 3 OR). Diese Regelung der Aktivlegitimation hat zur Konsequenz, dass ein Rückerstattungsanspruch bei Ausschüttung einer Interimsdividende durch eine 100%ige Tochtergesellschaft kaum je geltend gemacht werden und im Regelfall auch missbräuchlich sein bzw. gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium* verstossen dürfte.

Der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft kann sich zusätzlich absichern, wenn er sich mit der Ausschüttung nur dann einverstanden erklärt, wenn ihm von der Muttergesellschaft eine entsprechende Schadloshaltungserklärung ausgestellt wird.

Eine allfällige Haftung kann auch die *Konzernmuttergesellschaft* treffen, falls sie als faktisches Organ eine unrechtmässige Gewinnausschüttung veranlasst hat. Dies würde freilich lediglich zu einer Rückerstattungspflicht führen, womit die Konzernmuttergesellschaft gleich gestellt wäre, wie wenn sie die Zwischendividende nicht veranlasst hätte. Darüber hinaus könnte das «Durchreichen» ausserordentlicher Erträge von der Tochter an die Muttergesellschaft zu einer Aufweichung der rechtlichen Selbständigkeit der beiden Gesellschaften führen, die im Krisenfall einen Durchgriff begünstigen könnte: Wird unter dem Jahr eine Interimsdividende ausgeschüttet und weist die Tochtergesellschaft – wenn auch wider Erwarten – zum Ende des Geschäftsjahres einen Verlust aus, dürften Gerichte aufgrund des vorangegangenen Mittel(ab)flusses an die Muttergesellschaft tendenziell eher geneigt sein, eine

Beistandspflicht der Mutter gegenüber der Tochter zu bejahen.

## VI. Vergleich mit ausländischen Regelungen

Ausländische Rechtsordnungen tun sich mit Interimsdividenden weniger schwer als die schweizerische: Frankreich, Italien und Luxemburg erlauben die Ausschüttung einer Interimsdividende unter bestimmten Voraussetzungen. In den USA, Kanada und den Niederlanden ist die Ausschüttung von Quartalsdividenden aufgrund von Zwischenberichten zulässig; in England kann gestützt auf einen Halbjahresbericht eine Semesterdividende ausgeschüttet werden. In Japan sind Quartalsdividenden üblich<sup>54</sup>.

Das deutsche Recht kennt die Interimsdividende hingegen – wie das schweizerische – grundsätzlich nicht. Zulässig sind aber sog. Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn gemäss § 59 AktG<sup>55</sup>. Diese Zahlungen an die Aktionäre erfolgen *in Anrechnung* an den erwarteten Gewinn, bevor der Reingewinn anhand der Jahresbilanz festgestellt worden ist. Da diese Abschlagszahlungen aber erst nach Ablauf des Geschäftsjahres ausgerichtet werden können, ist ihre praktische Bedeutung gering<sup>56</sup>.

Das EU-Recht kennt auf der Basis der Kapitalrichtlinie (77/91 EWG) ebenfalls Abschlagszahlungen, sofern die Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates solche gestatten<sup>57</sup>. Diese Abschlagszahlungen auf Dividenden sind (mindestens) folgenden Bedingungen unterworfen: (1) Erstellung einer Zwischenbilanz, aus der hervorgeht, dass genügend Mittel für die Ausschüttungen zur Verfügung stehen; (2) der auszuschüttende Betrag darf den Betrag des Ergebnisses, das seit dem

<sup>52</sup> Entgegenstehen könnte, dass die Bilanz der Muttergesellschaft nicht mit solchen Zusagen belastet werden soll.

<sup>53</sup> Dazu Böckli (Fn. 1) § 11 N 496 ff.

<sup>54</sup> *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 19, mit Nachweisen zu den einzelnen Ländern.

<sup>55</sup> § 59 AktG (Abschlagszahlung auf den Bilanzgewinn):

«(1) Die Satzung kann den Vorstand ermächtigen, nach Ablauf des Geschäftsjahrs auf den voraussichtlichen Bilanzgewinn einen Abschlag an die Aktionäre zu zahlen.

(2) Der Vorstand darf einen Abschlag nur zahlen, wenn ein vorläufiger Abschluß für das vergangene Geschäftsjahr einen Jahresüberschuß ergibt. Als Abschlag darf höchstens die Hälfte des Betrags gezahlt werden, der von dem Jahresüberschuß nach Abzug der Beträge verbleibt, die nach Gesetz oder Satzung in Gewinnrücklagen einzustellen sind. Außerdem darf der Abschlag nicht die Hälfte des vorjährigen Bilanzgewinns übersteigen.

(3) Die Zahlung eines Abschlags bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats.»

<sup>56</sup> *Thalmann/Waibel* (Fn. 7) 19, mit weiteren Nachweisen.

<sup>57</sup> Zweite Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976, mit seitherigen Anpassungen, Art. 15 Abs. 2.

Ende des letzten Geschäftsjahres erzielt worden ist, nicht überschreiten<sup>58</sup>.

### VII. Erkenntnisse und Folgerungen

Das Bedürfnis von Aktiengesellschaften, namentlich im Konzernverbund, auch aus Erträgen des laufenden Jahres Dividenden ausschütten zu können, hat in jüngerer Zeit im Zuge einer konsequenten Bewirtschaftung der verfügbaren Mittel zugenommen. Mit Ausschüttungen in Form von ausserordentlichen Dividenden oder Akontodividenden lässt sich dieses Ziel häufig nicht befriedigend erreichen.

Die traditionelle Auffassung, wonach die Ausschüttung einer Interimsdividende nach schweizerischem Recht unzulässig sein soll, basiert auf einem allzu engen, an der Terminologie von Art. 675 OR orientierten Verständnis und auf wenig vertieften Analysen der daraus folgenden Anforderungen an den Kapitalschutz. Die jüngere Tendenz, wonach die Interimsdividende als solche rechtlich anerkannt wird, aber strengen Voraussetzungen unterliegt, verdient Unterstützung. Untermauert wird die hier dargelegte Auffassung durch die anstehende Aktienrechtsrevision, welche die Zulässigkeit von Interimsdividenden bestätigt<sup>59</sup>.

Die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit der Interimsdividende ergibt sich aus der – rechtlich und betriebswirtschaftlich gegebenen – *Abkoppelung des Bilanzgewinns von der Jahresrechnung* (Art. 662 Abs. 2 OR). Diese führt dazu, dass sich auch vor bzw. unabhängig vom Vorliegen der Jahresrechnung ein Bilanzgewinn ermitteln lässt. Dies ist unseres Erachtens – in Abweichung von der traditionellen Lehre – *zu jedem Zeitpunkt im Verlauf des Geschäftsjahres* möglich. Der Wortlaut des geltenden Aktienrechts setzt – anders als der bis 1992 geltende Text – nicht voraus, dass der Bilanzgewinn nur gestützt auf die Jahresrechnung ermittelt werden kann.

Unproblematisch ist die Ausschüttung einer Interimsdividende – auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht – dann, wenn der auszuschüttende Ertrag einen *Sonderertrag* darstellt, der ausserhalb des operativen Geschäftsgangs erzielt worden ist, sowie dann, wenn zum Zeitpunkt der Ausschüttung der Interimsdividende ein Jahresgewinn mindestens im Ausmass der vorgezogenen Dividende mit grosser Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann.

Erforderlich sind bei der Ausschüttung von Interimsdividenden die folgenden, den *Kapitalschutz* sichernden

Elemente, wie sie auch für die Ausschüttung einer ordentlichen Dividende zu erfüllen sind: Der Bilanzgewinn muss in einem Zwischenabschluss nachgewiesen werden, und die Revisionsstelle hat diesen zu prüfen und einen schriftlichen Prüfungsbericht zu verfassen, der die Bestätigung enthält, dass die vorgesehene Ausschüttung rechtmässig erfolgt<sup>60</sup>. Gestützt darauf ist eine ausserordentliche Generalversammlung durchzuführen, welche den Bericht der Revisionsstelle genehmigt und den Ausschüttungsbeschluss fasst.

Werden die hier dargelegten Parameter eingehalten, ist die Ausschüttung von Interimsdividenden unter geltendem schweizerischem Recht *zulässig*.

<sup>58</sup> Ermittelt wird dieses Ergebnis zuzüglich Gewinnvortrag und Entnahmen aus Rücklagen und vermindert um die Verluste aus früheren Geschäftsjahren sowie die in Rücklagen einzustellenden Beträge (Kapitalrichtlinie, Art. 15 Abs. 2 lit. b).

<sup>59</sup> Die vorgeschlagene Ordnung ist freilich im Einzelnen noch zu überdenken, vgl. vorn Ziff. III.3.

<sup>60</sup> Vorbehalten bleibt der Fall, dass die Gesellschaft auf eine Revision verzichtet hat (Art. 727a Abs. 2 OR).