

Alex Zumtaugwald

Der Dividendenanspruch im Aktienrecht

ISBN 978-3-03916-287-1

Editions Weblaw
Bern 2025

Zitiervorschlag:

Alex Zumtaugwald, Der Dividendenanspruch im Aktienrecht,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2025

Der Dividendenanspruch im Aktienrecht

Masterarbeit HS 2024


Vorgelegt bei:

Prof. Dr. Peter V. Kunz

Universität Bern, Institut für Wirtschaftsrecht

verfasst von:

Alex Zumtaugwald


alex.zumtaugwald@students.unibe.ch


Matrikelnummer: 

Bern, 20. Dezember 2024

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
Materialienverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	X
I. Einleitung.....	1
A. Motivation & Ausgangslage	1
B. Gang der Untersuchung.....	1
II. Einordnung des Rechts auf Dividende als Vermögensrecht	3
III. Der Dividendenanspruch im Besonderen	4
A. Grundlegendes	4
1. Gesetzliche Konzeption	4
2. Dreiteilung des «Rechts auf Dividende».....	4
a. Recht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft.....	5
b. Recht auf jährliche Dividendenausschüttung	5
c. Recht auf Bezug der beschlossenen Dividende	6
3. Verjährung	7
4. Unterschied ordentliche und ausserordentliche Dividende	7
5. Verhältnis zum Recht auf Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve	8
6. Verhältnis zur «Liquidationsdividende»	9
7. Abgrenzung der Akonto-Dividende.....	9
B. Arten von Dividenden	10
1. Gelddividende.....	10
2. Sachdividende.....	11
3. Wahldividende	13
C. Anspruchsvoraussetzungen	13
1. Materielle Voraussetzungen.....	14
a. Frei verwendbares Eigenkapital	14
b. Respektierung des Gleichbehandlungsgebots.....	16
2. Formelle Voraussetzungen.....	17
a. Vorliegen einer von der Revisionsstelle geprüften Jahresrechnung	17
b. Geprüfter VR-Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns	18
c. Revisionsbericht	19
d. Beschluss der GV	20
3. Fazit	21

D.	Delegation des Dividendenbeschlusses von der GV an den VR	21
E.	Durchsetzbarkeit des Rechts auf Dividende	22
1.	Szenario 1: Gültiger GV-Beschluss, eine Dividende auszuschütten.....	22
2.	Szenario 2: Die GV beschliesst eine Thesaurierung des Gewinns.....	23
IV.	Zwischendividende.....	26
A.	Entstehungsgeschichte und gesetzliche Verankerung.....	26
B.	Generelles.....	26
C.	Voraussetzungen.....	27
1.	Materielle Voraussetzungen.....	28
a.	Ausschüttbarer Periodengewinn	28
b.	Respektierung des Gleichbehandlungsgebots.....	28
2.	Formelle Voraussetzungen.....	29
a.	Von der Revisionsstelle geprüfter Zwischenabschluss.....	29
b.	Ausschüttungsantrag.....	30
c.	GV-Beschluss	30
V.	Rechtsschutz bei zu Unrecht bezogener Dividende	31
A.	Rückerstattungsklage gem. Art. 678 f. OR	31
B.	Verhältnis zur Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR	33
VI.	Schutz für Minderheitsaktionäre	35
	Selbständigkeitserklärung	XV

Literaturverzeichnis

- AICHELE PHILIPP/VIONNET-RIEDERER FLURIN, Die Zwischendividende im revidierten Aktienrecht, Voraussetzungen und Auswirkungen auf andere Eigenkapitaltransaktionen, EF 2021, S. 293–298.
- AMMANN ROGER/HÄRTSCH THEODOR, Berührungspunkte der Aktienrechtsrevision mit Konzernkreditfinanzierungen, GesKR 2020, S. 504–516.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, Aktienrecht mit Rechnungslegung, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022.
- DAZIO GIOVANNI/VON DER CRONE HANS CASPAR, Das Vorrecht auf Dividende bei Vorzugsaktien und Vorzugspartizipationsscheinen, Bundesgerichtsurteil 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 (zur Publikation vorgesehen), SZW 2021, S. 236–249.
- DERUNGS MERENS, Die digitale Aktie, Eine privatrechtliche Untersuchung einer als Registerwertrecht ausgestalteten Aktie gemäss revidiertem Wertpapierrecht, Diss. Zürich 2022, Zürich 2024.
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- FORSTMOSER PETER, Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht, in: Forstmoser Peter/Heini Anton/Giger Hans/Schlupe Walter R. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Zürich 1989, S. 701–714.
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FORSTMOSER PETER/ZINDEL GAUDENZ G./MEYER BAHAR VALERIE, Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, SJZ 2009, S. 205–214.

- FRÉSARD PHILIPPE/HELLER JAN, Kryptowährungen als Kapitaleinlagen, Ein Trend mit Zukunft?, Jusletter vom 9. September 2019.
- GERMANN SANDRO, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich 2015, Zürich 2015.
- GLANZMANN LUKAS, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, S. 83–119 (zit. GLANZMANN, Dividenden).
- GLANZMANN LUKAS, Das Eigenkapital gemäss neuem Aktienrecht, Zusammensetzung, Schutz und Verwendung bei der AG und GmbH, SJZ 2022, S. 755–767 (zit. GLANZMANN, Eigenkapital).
- GUIDOUM SAMMY, Ausschüttungen gestützt auf OR-Zwischenabschlüsse, GesKR 2024, S. 166–179 (zit. GUIDOUM, Ausschüttungen).
- GUIDOUM SAMMY, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Konzeptionelle Aspekte, Voraussetzungen und Verletzungsfolgen, Diss. St. Gallen 2023, Zürich/St. Gallen 2023 (zit. GUIDOUM, Dividenden).
- HAAG STEFAN/GWERDER RUTH, Überblick über die wichtigsten Änderungen im HWP OR 2024, Prüfung des Antrags des Verwaltungsrats auf die Verwendung des Bilanzgewinns, EF 2024, S. 480–483.
- HABEGGER PHILIPP, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR, Diss. Zürich 1996, Bern 1996.
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 727–731a OR, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZK OR-BEARBEITER, Art. x N y).
- HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016.
- HANDSCHIN LUKAS/JUNG PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 660–697m OR, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. ZK OR-BEARBEITER, Art. x (Art. x OR 2020) N y).

- HÄUSERMANN DANIEL M./OESTERHELT STEFAN, Die Wahldividende (Cash-or-Title Dividend, COTD), Zivil- und steuerrechtliche Aspekte unter neuem Aktienrecht, GesKR 2022, S. 370–379.
- HÖHN JAKOB, Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR, in: Schluep Walter R./Isler Peter R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 113–130.
- JUNG PETER/KUNZ PETER V./BÄRTSCHI HARALD, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- JUTZI THOMAS, Mehrheitenschutz – oder wie steht es um den Minderheitsmissbrauch im Aktienrecht?, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, S. 49–92.
- JUTZI THOMAS/MEIER QUIRIN, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 3./4. Mai 2023, Bern 2023, S. 1–83.
- KÄGI URS, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg 2012, Zürich/St. Gallen 2012.
- KÄGI URS/STUDER UELI/TSÜN KELSANG, Aktienkapital und Kapitalschutz bei Bilanzierung in Fremdwährung, Währung des Aktienkapitals und Auswirkungen des Einzelabschlusses in fremder Präsentationswährung nach der Aktienrechtsrevision, GesKR 2021, S. 163–186.
- KAUFMANN OTTO K., Das Recht auf Dividende, St. Gallen 1947.
- KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2011.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK OR-BEARBEITER, Art. x N y).

- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Habil. Bern 2001, Bern 2001 (zit. KUNZ, Minderheitenschutz).
- KUNZ PETER V., Erweiterte Verwaltungsratspflichten im Aktienrecht?, SJZ 2024, S. 651–664 (zit. KUNZ, Verwaltungsratspflichten).
- KUNZ PETER V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhaltung, GesKR 2014, S. 52–62 (zit. KUNZ, Grundpfeiler).
- KUNZ PETER V., Neues und Altes beim Eigen- bzw. Aktienkapital, recht 2024, S. 112–124 (zit. KUNZ, Aktienkapital).
- KUNZ PETER V., Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019 (zit. KUNZ, Wirtschaftsrecht).
- LIPP LORENZ, Zwischendividende neu zulässig!, RR-VR 2/2024, S. 2–4.
- LOCHER ERNST ROBERT, Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1983, Diessenhofen 1983.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Bern 2023.
- MESSER RÉMY, Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Eine Untersuchung der Rückwirkung von Rechtsfolgen am Beispiel der Aktiengesellschaft unter Ausschluss von Aspekten des intertemporalen Rechts, Diss. Bern 2012, Bern 2013.
- MILANI DOMINIK/PENON ILIJA/SCHÜRCH PHILIPP, Die Dividende aus paulianischer Perspektive, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 581–599.
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- NOBEL PETER/MÜLLER CHRISTOPH (Hrsg.), Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Das Aktienrecht, Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023 (zit. BK OR-BEARBEITER, Art. x N y).

- PASSARDI MARCO, Aktienrechtsrevision: Neuerungen in der Rechnungslegung, RR-VR 3/2022, S. 5–7.
- PFISTERER STEFANIE/WYLER SEBASTIAN, Vorrechte bei Vorzugsaktien und (Vorzugs-)Partizipationsscheinen, wie insbesondere Dividendenvorrechte, sowie deren Schutz und Durchsetzung, SJZ 2022, S. 888–897.
- RENGGLI KARL/KISSLING RAPHAEL/CAMPONOVO RICO A./HONOLD TOBIAS/KEEL THOMAS, Die eingeschränkte Revision, 3. Aufl., Zürich 2023.
- ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530–771 OR, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. CHK OR-BEARBEITER, Art. x N y).
- ROHDE THOMAS/BERGER DIMITRIOS, Privatautonomer Schutz der Minderheitsrechte oder Mehrheitsrechte in den Statuten oder Gesellschaftsverträgen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, S. 93–121.
- ROUILLER NICOLAS, Droit des sociétés, Bern 2024.
- RUCKSTUHL FRANÇOIS, Die Zulässigkeit von Interimsdividenden nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1973, Zürich 1974.
- SANWALD RETO, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2008, Zürich 2009.
- SCHLUEP WALTER RENÉ, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, Zürich/St. Gallen 1955.
- SIMONIELLO DANIELE, Die Aktie ohne Dividende, in: Jung Peter/ Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 599–610.
- SPOERLÉ PHILIP, Die Inhaberaktie, Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFL-Gesetzesrevision, Diss. St. Gallen 2015, Zürich/St. Gallen 2015.
- SPÖRRI BEAT, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 1996, Zürich 1996.

- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER, Art. x N y).
- STEIGER KARL, Der Anspruch des Aktionärs auf die Dividende, Diss. Bern 1946, Bern 1947.
- TERCIER PIERRE/TRIGO TRINDADE RITA/CANAPA DAMIANO (Hrsg.), Commentaire Romand Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, Introductions à la LFus et la LTI, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR CO II-BEARBEITER, Art. x N y).
- THALMANN PAUL/WAIBEL TONY/BUNDI DAVID, Endlich – die Interimsdividende setzt sich im schweizerischen Recht durch, SZW 2007, S. 18–26.
- VOGT HANS-UELI/ENDERLI THOMAS, Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR) – Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 278 ff., recht 2010, S. 238–250.
- VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/MAUCHLE YVES, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 2015, S. 199–208.
- WATTER ROLF/VOGT HANS-UELI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964/ OR, inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK OR II-BEARBEITER, Art. x N y).
- WEBER ROLF H., Vertrags- bzw. Statutengestaltung und Minderheitenschutz, in: Schweizerischer Anwaltsverband (Hrsg.), Das neue Aktienrecht (Wichtige Reformen aus anwaltlicher Sicht), Zürich 1992, S. 71–90.

Materialienverzeichnis

Hinweis: Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 20. Dezember 2024.

Bär & Karrer, Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision vom 16. März 2015, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14/stgn-weitere-tn-3.pdf.download.pdf/stgn-weitere-tn-3.pdf>> (zit. Bär & Karrer, Stellungnahme).

Bericht des Bundesrates zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate Schwaab (13.3687) und Weibel (13.4070) vom 25. Juni 2014, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/35361.pdf>> (zit. Bericht Währungen).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2016).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2007).

Entwurf vom 21. Dezember 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 ff. (zit. E-OR 2007).

Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683 ff. (zit. E-OR 2016).

Fahne 16.077n N1 D, OR. Aktienrecht, Sommersession 2018 Nationalrat, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/N1%20D.pdf>> (zit. Fahne SS NR 2018).

Obligationenrecht. Aktienrecht, Fortsetzung, AB StR 1988 S. 505 ff.

OR. Aktienrecht, Fortsetzung, AB NR 2018 S. 1089 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BEG	Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG) vom 3. Oktober 2008 (SR 957.1)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe(n)
bzw.	beziehungsweise
CaS	causa sport, Zeitschrift für Sport- sowie für Geld- und Glücksspielrecht im interdisziplinären und internationalen Kontext
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Code des obligations (franz. für «OR», siehe dort)
COTD	Cash-or-Title Dividend
CR	Commentaire Romand
Diss.	Dissertation

Abkürzungsverzeichnis

Dr.	Doktor
E	Entwurf
E.	Erwägung
EF	Expert Focus
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FATF	Financial Action Task Force
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1)
FN	Fussnote
franz.	französisch
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GAFI	Groupe d'action financière (franz. für «FATF», siehe dort)
gem.	gemäss
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitationsschrift
HR	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber

Abkürzungsverzeichnis

HS	Herbstsemester
HWP OR	Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Ordentliche Revision» (EXPERTsuisse)
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
LFus	Loi sur la fusion (franz. für «FusG», siehe dort)
LIMF	Loi sur l'infrastructure des marchés financiers (franz. für «Fin-fraG», siehe dort)
LTi	Loi fédérale sur les titres intermédiés (franz. für «BEG», siehe dort)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n), Randnote(n)
NR	Nationalrat
o.Ä.	oder Ähnliches
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

Abkürzungsverzeichnis

RR-VR	Recht relevant. für Verwaltungsräte
RSL RW	Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai. 2014 (Studienreglement RW [RSL RW])
RW	Rechtswissenschaften
S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SS	Sommersession
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
WZG	Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel vom 22. Dezember 1999 (SR 941.10)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich

Abkürzungsverzeichnis

Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. September 2008 (SR 272)

I. Einleitung

A. Motivation & Ausgangslage

- ¹ Mindestens einmal jährlich hält jede Aktiengesellschaft eine GV ab.¹ Eines der zentralsten Traktanden anlässlich der GV einer Aktiengesellschaft ist die Beschlussfassung bezüglich auszuschüttender Dividenden.² Das Recht auf Dividende stellt mithin das wichtigste Vermögensrecht eines Aktionärs dar³ und ist oft auch der Anreiz für eine Investition in eine Aktiengesellschaft.⁴
- ² Im Zuge der letzten Aktienrechtsrevision wurde mit Art. 675a OR nun auch die vorher umstrittene, aber teilweise auch schon zugebilligte Möglichkeit zur Ausschüttung von Zwischendividenden gesetzlich verankert.⁵
- ³ Mit dieser Neuerung sind jedoch noch lange nicht alle umstrittenen Fragen geklärt und es gibt weiterhin viele spannende Fragen in diesem Themenbereich. Angesichts der hohen Bedeutung dieses Vermögensrechts für die Aktionäre zielt die vorliegende Abhandlung darauf ab, den Dividendenanspruch bei der Aktiengesellschaft und die sich dabei aufdrängenden Fragen konzise zu beleuchten.
- ⁴ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich indessen ausschliesslich auf den gewöhnlichen Dividendenanspruch bei der Aktiengesellschaft, wobei jedoch die dargestellten Erkenntnisse – aufgrund der Verweise in Art. 764 Abs. 2 und Art. 798 OR – grösstenteils sinngemäss auch für die Kommanditaktiengesellschaft sowie für die GmbH herangezogen werden können.⁶

B. Gang der Untersuchung

- ⁵ Ausgangspunkt dieser Thematik bildet der aktionärsrechtliche Dividendenanspruch. Teil III beleuchtet den Dividendenanspruch im Besonderen. Nach den Grundlagen setzt sich dieser Teil insbesondere mit den Ausschüttungsarten, den Anspruchsvoraussetzungen, der Delegation des Dividendenbeschlusses sowie mit der Durchsetzbarkeit des Rechts auf Dividende auseinander. Teil IV widmet sich sodann der neu eingeführten Zwischendividende und deren Eigenheiten.

¹ Art. 699 Abs. 2 OR.

² SCHERRER URS, «lex corona» derogat «lex scripta», CaS 2020, S. 86–89, S. 89.

³ KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 2 N 239; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660 N 2.

⁴ SIMONIELLO, S. 600; BÖCKLI, § 8 N 664.

⁵ GUIDOUM, Ausschüttungen, S. 166; FORSTMOSER/ZINDEL/MEYER BAHAR, S. 207; GUIDOUM, Dividenden, N 522.

⁶ Zur Übereinstimmung mit den Vorschriften bei der GmbH: KUNZ, Grundpfeiler, S. 60; ROUILLER, N 1954.

In Teil V soll der Rechtsschutz bei zu Unrecht bezogener Dividende unter die Lupe genommen werden, bevor die Arbeit mit dem in Teil VI thematisierten Schutz für Minderheitsaktionäre abgerundet wird.

II. Einordnung des Rechts auf Dividende als Vermögensrecht

- 6 Kraft seiner Stellung als Gesellschafter, erwachsen dem Aktionär gewisse Pflichten und Rechte.⁷
- 7 Abgesehen von der «echten» Aktionärspflicht zur Liberierung seiner Aktien, den Pflichten, die sich aus den GAFI-Bestimmungen gem. Art. 697j–697m OR ergeben und der Offenlegungs- sowie Angebotspflicht für Aktionäre von Publikumsgesellschaften gem. Art. 120 und Art. 135 FinfraG können Aktionäre nach Art. 680 Abs. 1 OR auch durch die Statuten nicht weiter verpflichtet werden.⁸
- 8 Im Gegenzug fallen dem Aktionär zusätzlich zu den obengenannten Pflichten auch diverse Rechte zu. Nebst einer Gliederung nach deren Voraussetzungen für ihre Ausübung,⁹ können die Aktionärsrechte auch in Mitwirkungs- und Vermögensrechte eingeteilt werden,¹⁰ wobei sie in den zahlreichen Darstellungen des Aktienrechts verschieden klassifiziert werden und die Terminologie nicht immer einheitlich ist.¹¹
- 9 Als mitunter bedeutendste Mitwirkungsrechte können beispielhaft das Recht auf Teilnahme an der GV gem. Art. 689 OR sowie das Stimm- und Wahlrecht in der GV gem. Art. 692 OR genannt werden.¹²
- 10 Daneben gibt es die Vermögensrechte, welche u.a. das Recht auf Dividende umfassen.¹³ Dieses Recht leitet sich als eine von drei Komponenten aus dem Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn gem. Art. 660 OR ab.¹⁴ Das Recht auf Gewinn- und Liquidationsanteil stellt das wichtigste vermögensmässige Aktionärsrecht dar,¹⁵ was nicht zuletzt durch dessen Platzierung an erster Stelle im zweiten Abschnitt des 26. Titels des OR verdeutlicht wird.¹⁶ Es soll deshalb im Folgenden genauer unter die Lupe genommen werden.

⁷ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 1 ff. Siehe ferner: KUNZ, Grundpfeiler, S. 54.

⁸ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7 N 16. Eingehend dazu: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 242 ff.

⁹ VON DER CRONE, N 765.

¹⁰ BÖCKLI, § 1 N 90; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 5.

¹¹ Siehe etwa: BÖCKLI, § 1 N 90 ff.; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 8 N 188 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 273 ff.; VON DER CRONE, N 765 ff.

¹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 306 ff. Für eine vollständige Aufzählung der Mitwirkungsrechte eines Aktionärs statt vieler: JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 8 N 188 f.; BÖCKLI, § 1 N 93 ff.

¹³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 275. Für eine komplette Auflistung der Vermögensrechte eines Aktionärs: VON DER CRONE, N 768.

¹⁴ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 4.

¹⁵ SIMONIELLO, S. 600; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660 N 2.

¹⁶ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 1.

III. Der Dividendenanspruch im Besonderen

Dieser Teil widmet sich den zentralen Aspekten des Dividendenanspruchs. Nach einem Grundlagenteil behandelt der Autor die verschiedenen Arten von Dividenden. Anschliessend werden die Anspruchsvoraussetzungen, unterteilt in materielle und formelle Voraussetzungen, erläutert sowie die Delegation des Dividendenbeschlusses von der GV an den VR erörtert, bevor zum Schluss des Kapitels ein Blick auf die Durchsetzbarkeit des Dividendenrechts geworfen wird.

11

A. Grundlegendes

1. Gesetzliche Konzeption

Das Vermögensrecht auf Dividende ist im zweiten Abschnitt des sechszwanzigsten Kapitels des schweizerischen Obligationenrechts (SR 220) geregelt. Gem. Art. 660 Abs. 1 OR hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist. Der wirkliche Ausgangspunkt dieses Vermögensrechts ist aber wohl Art. 675 Abs. 2 OR, der die Marginalie «Dividenden» trägt.¹⁷ Damit dem Aktionär tatsächlich ein Anteil am Bilanzgewinn zufällt bzw. eine Dividende ausbezahlt wird, müssen jedoch zusätzlich gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. Diese sind verstreut im zweiten sowie dritten Abschnitt des 26. Kapitels des OR geregelt.¹⁸

12

2. Dreiteilung des «Rechts auf Dividende»

Das «Recht auf Dividende» wird von der Doktrin herkömmlich in drei Teilansprüche unterteilt.¹⁹ Dabei handelt es sich erstens um das Recht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft, zweitens um den Anspruch auf jährliche Dividendenausschüttung sowie drittens um das Recht auf Bezahlung der einmal beschlossenen Dividende.²⁰

13

¹⁷ KÄGI, § 5 N 29.

¹⁸ BÖCKLI, § 8 N 676 ff. Wichtig sind in diesem Zusammenhang insbesondere: Art. 671 OR, Art. 674 OR, Art. 675 Abs. 2 und Abs. 3 OR, Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR, Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR. Für die Anspruchsvoraussetzungen siehe ferner hinten: N 35 ff.

¹⁹ LOCHER, S. 213 ff.; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 660/661 N 3; KÄGI, § 5 N 18; GUIDOUM, Dividenden, N 16; DAZIO/VON DER CRONE, S. 241; SCHLUEP, S. 51 f.

²⁰ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 4; SANWALD, S. 76; GERMANN, N 960; GUIDOUM, Dividenden, N 16; SCHLUEP, S. 51 f.; SPOERLÉ, N 1065; DAZIO/VON DER CRONE, S. 241; KAUFMANN, S. 16–19. Vereinzelt gibt es in der Literatur auch Stimmen, welche das Recht auf Gewinnstrebigkeit losgelöst vom «Recht auf Dividende» betrachten: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 882 ff. und N 898; KNOBLOCH, S. 239 f. und S. 245 ff.

a. Recht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft

- 14 Das Recht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ist *absolut* und kann nur durch die Gründungsstatuten oder im Rahmen einer einstimmig durch die GV beschlossenen Statutenrevision gem. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR entzogen werden.²¹ Der absolute Anspruch des Aktionärs auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft – welcher sich aus ebendiesem Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR ableitet – wird aber insofern relativiert, dass eine Gesellschaft beim Beteiligungsbeschluss nebst dem Interesse zur Gewinnerzielung auch noch andere Interessen des sozialen Umfelds wie z.B. Investitionen oder Existenzsicherung der Arbeitnehmer wahrnehmen muss.²² So verstösst eine Aktiengesellschaft mit einer nur nachhaltig auf Gewinn ausgerichteten Gesellschaftspolitik nicht gegen das Aktionärsrecht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft.²³

b. Recht auf jährliche Dividendenausschüttung

- 15 Im Gegensatz zum Recht auf Gewinnstrebigkeit ist das Recht auf jährliche Dividendenausschüttung nur *relativ* wohlervorben.²⁴ Für den Aktionär besteht demnach kein klagbarer Anspruch auf Ausschüttung einer jährlichen Dividende.²⁵ Als Basis für die Dividendenausschüttung dient der Bilanzgewinn sowie die dafür gebildeten Reserven.²⁶
- 16 Im Rahmen ihrer unübertragbaren Kompetenz gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR kann die GV – nach Berücksichtigung der statutarischen und gesetzlichen Vorschriften über die Festsetzung und Verteilung des Gewinns – selbst entscheiden, welchen Teil des ausschüttbaren Gewinns sie tatsächlich ausrichtet und welcher Teil im Rahmen von freiwilligen Gewinnreserven²⁷ oder als Gewinnvortrag²⁸ thesauriert werden soll.²⁹ Die GV verfügt besonders bei der Festsetzung von Bestand und Höhe der Dividende über ein grosses Ermessen, wobei ein Gericht die ent-

²¹ MILANI/PENON/SCHÜRCH, S. 583; GERMANN, N 961; CHK OR-TSCHUDIN, Art. 660 N 1.

²² BGE 100 II 384 E. 4 S. 393; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 438; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660 N 8.

²³ BGE 100 II 384 E. 4 S. 393; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 660/661 N 6 f.; GUIDOUM, Dividenden, N 17.

²⁴ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 11; LOCHER, S. 218; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 438.

²⁵ PFISTERER/WYLER, S. 894; GUIDOUM, Dividenden, N 19.

²⁶ Art. 675 Abs. 2 OR. Siehe ferner: CHK OR-SCHMID/WALTER, Art. 675 N 3 f.

²⁷ Art. 673 Abs. 2 OR.

²⁸ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f OR.

²⁹ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 17 ff.; SCHLUEP, S. 52; GUIDOUM, Dividenden, N 19.

sprechenden Beschlüsse nicht auf ihre Angemessenheit, sondern höchstens auf Willkür überprüft.³⁰ Infolgedessen muss nicht der vollständige für die Ausschüttung zur Verfügung stehende Gewinn ausgeschüttet werden.³¹

Nicht nur die GV, sondern auch der VR kann bei der Dividendenausschüttung entscheidend Einfluss nehmen: Der VR kann insbesondere durch die Bildung oder Beibehaltung von nicht mehr benötigten stillen Reserven³² oder Rückstellungen³³ den Bilanzgewinn reduzieren und so die Dividendenausschüttung mittelbar beeinflussen.³⁴ Ferner kann das Recht auf jährliche Dividendenausschüttung auch durch die Emission neuer Beteiligungsrechte oder durch die Ausschüttung von Tantiemen eingeschränkt werden.³⁵ 17

c. Recht auf Bezug der beschlossenen Dividende

Beim dritten Teilanspruch handelt es sich um das Forderungsrecht der einmal von der GV beschlossenen Dividende, welches kein Mitgliedschaftsrecht, sondern ein reines Gläubigerrecht gegenüber der Gesellschaft darstellt.³⁶ Aus rechnerischer Perspektive handelt es sich um eine Umschichtung von zur Gewinnverwendung verfügbarem Eigenkapital, welches im Zeitpunkt des Dividendenbeschlusses in eine Forderung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft umgewandelt wird, die ihrerseits sodann durch die Ausschüttung getilgt wird.³⁷ Der Anspruch ist auf Dritte übertragbar und kann als unentziehbares Forderungsrecht auch noch im Konkurs³⁸ der Gesellschaft geltend gemacht werden.³⁹ Das Recht auf Bezug der beschlossenen Dividende entsteht, sobald die Dividende nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR durch die GV festgesetzt wurde und wird – mangels abweichenden Fälligkeitstermins – auch umgehend im Zeitpunkt des Beschlusses fällig.⁴⁰ 18

³⁰ BGE 99 II 55 E. 4b S. 62; DAZIO/VON DER CRONE, S. 242.

³¹ BGE 99 II 55 E. 3 S. 59 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 438; ROUILLER, N 1957; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660 N 10a.

³² Art. 960a Abs. 4 OR.

³³ Art. 960e Abs. 3 und Abs. 4 OR.

³⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 38 f. und N 49; BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 660 N 16.

³⁵ Eingehend dazu: ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 26 ff.

³⁶ RUCKSTUHL, S. 17; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 438.

³⁷ MILANI/PENON/SCHÜRCH, S. 586.

³⁸ Die Dividendenforderung kann im Konkurs der Gesellschaft gem. h.L. als gewöhnliche Forderung der 3. Klasse kollektiert werden. Hierzu eingehend und m.w.H.: GUIDOUM, Dividenden, N 288–300.

³⁹ KAUFMANN, S. 18 f.; SPÖRRI, § 7 N 118.

⁴⁰ SPOERLÉ, N 1065; SANWALD, S. 76. Eingehend: GUIDOUM, Dividenden, N 261 ff.

3. Verjährung

- 19 Was die Verjährung der Dividendenforderung angeht, sind sich Rechtsprechung⁴¹ und Lehre⁴² einig.⁴³ Durch die Qualifikation der Dividenden als «*andere periodische Leistungen*», fallen diese unter die fünfjährige Verjährungsfrist gem. Art. 128 Ziff. 1 OR.⁴⁴ Art. 129 OR zufolge ist diese Frist zwingend und kann von den Parteien nicht abgeändert werden.

4. Unterschied ordentliche und ausserordentliche Dividende

- 20 Das Gesetz differenziert in Art. 675 und Art. 675a OR nur zwischen der «gewöhnlichen» Dividende und der Zwischendividende.⁴⁵ Überdies lässt sich die gewöhnliche Dividende gem. Praxis und Lehre jedoch in ordentliche und ausserordentliche Dividende unterteilen, obschon dies gesetzlich so nicht vorgesehen ist.⁴⁶ Während die ordentliche sowie die ausserordentliche Dividende stets auf Basis der bereits von der GV genehmigten Jahresrechnung ausgeschüttet werden, wird die Zwischendividende zulasten vermuteter Gewinne des laufenden Geschäftsjahrs ausgeschüttet.⁴⁷
- 21 Die ordentliche Dividende ist diejenige Dividende, welche anlässlich der jährlichen ordentlichen GV – an welcher auch die letzte Jahresrechnung genehmigt wird – beschlossen wird.⁴⁸
- 22 Im Gegensatz dazu sind ausserordentliche Dividenden diejenigen, die im Rahmen einer ausserordentlichen GV beschlossen und aus Gewinnen früherer Jahre (beruhend auf bereits genehmigten Jahresabschlüssen) ausgeschüttet werden.⁴⁹ Ausserordentliche Dividenden können m.a.W. grundsätzlich immer im laufenden Geschäftsjahr und nach der ordentlichen GV ausgeschüttet werden, wobei eine solche Ausschüttung auch mehrfach vorgenommen werden kann.⁵⁰ Bei der ausserordentlichen Dividende gelten sodann die gleichen Voraussetzungen wie bei der ordentlichen, wobei Besonderheiten beachtet werden müssen, wenn der Dividendenbeschluss

⁴¹ BGE 47 II 335 E. 1 S. 337; BGE 31 II 441 E. 3 S. 457.

⁴² Statt aller: ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 31.

⁴³ SPOERLÉ, N 1065.

⁴⁴ GUIDOUM, Dividenden, N 279; STEIGER, S. 28.

⁴⁵ BK OR-GLANZMANN, Art. 675–677 N 13.

⁴⁶ GUIDOUM, Ausschüttungen, S. 167.

⁴⁷ KUNZ, Verwaltungsratspflichten, S. 663; LIPP, S. 2; AMMANN/HÄRTSCH, S. 511. Zur Zwischendividende siehe ferner hinten: N 72 ff.

⁴⁸ GLANZMANN, Dividenden, S. 84 f.; BK OR-GLANZMANN, Art. 675–677 N 15.

⁴⁹ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 51; THALMANN/WAIBEL/BUNDI, S. 18 f.; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 136; FORSTMOSER/ZINDEL/MEYER BAHAR, S. 205. Daraus folgt, dass die Zuweisung an die gesetzlichen Gewinnreserven bei einer ausserordentlichen Dividende nicht erneut vorgenommen werden muss, weil sie ja bereits erfolgte. Hierzu: HAAG/GWERDER, S. 481.

⁵⁰ GUIDOUM, Ausschüttungen, S. 167; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 51.

der GV später als sechs Monate nach dem Bilanzstichtag erfolgt.⁵¹ So muss insbesondere die Revisionsstelle bestätigen, dass das notwendige verwendbare Eigenkapital immer noch vorhanden ist und der Ausschüttungsantrag gesetzes- und statutenkonform ist.⁵² Ebenso ist insbesondere die Zuweisung an die gesetzliche Gewinnreserve nicht mehr vorzunehmen, da diese ja bereits erfolgte.⁵³

5. Verhältnis zum Recht auf Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve

Seit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts am 1. Januar 2023 unterscheidet Art. 698 Abs. 2 OR neu zwischen «Dividenden» (Ziff. 4 und Ziff. 5) und «Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve» (Ziff. 6).⁵⁴ Das kann dazu führen, dass eine Gesellschaft in gewissen Fällen eine Dividende ausschütten kann, aber nicht zur Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserven fähig ist.⁵⁵ Eine ordentliche Dividendenausschüttung erfolgt nämlich zulasten der frei verwendbaren Gewinnreserven, während eine ordentliche Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserven zulasten des frei verwendbaren Teils der gesetzlichen Kapitalreserven erfolgt.⁵⁶ Die neu eingeführte Differenzierung wurde zwar aus nachvollziehbaren steuerrechtlichen Überlegungen geschaffen,⁵⁷ ist jedoch gesellschaftsrechtlich weder begründbar noch geglückt, zumal es der Gesetzgeber verpasst hat, die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserven und deren Voraussetzungen vollständig zu regeln.⁵⁸ Die Lehre ist sich jedoch einig, dass – sofern eine ausdrückliche Regelung zum Rückzahlungstatbestand fehlt – die Dividendenvorschriften analog zur Anwendung gelangen.⁵⁹ Dies macht Sinn, da das Gläubigerschutzbedürfnis der beiden Tatbestände deckungsgleich ist.⁶⁰

⁵¹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 70; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 54.

⁵² BÖCKLI, § 8 N 725; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 70.

⁵³ HAAG/GWERDER, S. 481.

⁵⁴ Botschaft Aktienrecht 2016, S. 548.

⁵⁵ GUIDOUM, Dividenden, N 35.

⁵⁶ GUIDOUM, Ausschüttungen, S. 168.

⁵⁷ HANDSCHIN, N 828; Botschaft Aktienrecht 2016, S. 548. Aufgrund des Kapitaleinlageprinzips sind Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve grundsätzlich steuerfrei. Eingehend: GUIDOUM, Dividenden, N 36 ff.

⁵⁸ GLANZMANN, Eigenkapital, S. 762; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 61; GUIDOUM, Dividenden, N 39 ff.

⁵⁹ GUIDOUM, Ausschüttungen, S. 168; GLANZMANN, Eigenkapital, S. 762; Bär & Karrer, Stellungnahme, N 113. Gl.M. in Bezug auf die Zwischendividende: AICHELE/VIONNET-RIEDERER, S. 298.

⁶⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 41.

6. Verhältnis zur «Liquidationsdividende»

- 24 Der den Aktionären nach Art. 745 Abs. 1 i.V.m. Art. 660 Abs. 2 und Abs. 3 OR zustehende Anteil am Liquidationsergebnis wird zuweilen in der Literatur fälschlicherweise als «Liquidationsdividende» oder «Schlussdividende» bezeichnet.⁶¹ Der Liquidationsüberschuss wird, im Gegensatz zur Dividende, erst nach der Liquidation einer Gesellschaft verteilt und umfasst insofern nicht nur die Gewinnbeteiligung, sondern stellt – in der Höhe des ursprünglich einbezahlten Liberierungsbetrags bis zur Höhe des Nennwerts – eine Kapitalrückzahlung dar.⁶² Obnehin und unabhängig vom Liquidationsüberschuss ist fraglich, ob eine Gesellschaft auch in der Liquidationsphase⁶³ noch Dividenden ausrichten darf.⁶⁴ Dies wird jedoch m.E. richtigerweise von der wohl h.L. verneint.⁶⁵

7. Abgrenzung der Akonto-Dividende

- 25 Bei der Akonto-Dividende handelt es sich aus rechtlicher Sicht nicht um eine Dividende, sondern vielmehr um ein kurzfristiges Darlehen an den Aktionär.⁶⁶ Der Betrag der Akonto-Dividende stellt ein Vorschuss einer zukünftigen Dividende dar und soll mit der später von der GV beschlossenen Dividende verrechnet werden.⁶⁷ Das bedeutet, dass die Darlehensschuld des Aktionärs durch Verrechnung mit seiner Dividendenforderung gegenüber der Gesellschaft getilgt wird.⁶⁸ Fällt der später geplante Dividendenbeschluss negativ oder zu tief aus, muss der VR entweder eine Kapitalherabsetzung vornehmen oder die nun ohne Rechtsgrund ausgeschütteten Gelder wieder eintreiben.⁶⁹ Aufgrund ihrer Rechtsnatur als Darlehen untersteht die Akonto-Dividende denselben Restriktionen wie ein normales Darlehen an die Aktionäre.⁷⁰

⁶¹ Dies ebenso feststellend: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 99; GUIDOUM, Dividenden, N 70 m.w.H.

⁶² ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 36; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 302.

⁶³ Die nach einem der in Art. 736 OR genannten Gründe aufgelöste Gesellschaft tritt gem. Art. 738 OR in Liquidation.

⁶⁴ GUIDOUM, Dividenden, N 72.

⁶⁵ BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 739 N 1 und N 9, Art. 743 N 21; BÖCKLI, § 15 N 79. Eingehend und m.w.H.: GUIDOUM, Dividenden, N 570–575. A.M.: VISCHER MARKUS, Dividenden bei der Aktiengesellschaft in Liquidation, SJZ 115/2019, S. 555–563, S. 561 f. mit Verweis auf BGE 123 III 473; CR CO II-RAYROUX, Art. 745 N 10.

⁶⁶ BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 145; GUIDOUM, Dividenden, N 122.

⁶⁷ FORSTMOSER/ZINDEL/MEYER BAHAR, S. 206; BÖCKLI, § 8 N 726.

⁶⁸ BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 145.

⁶⁹ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 64 f.; BÖCKLI, § 8 N 726.

⁷⁰ ROUILLER, N 1959; KÄGI, § 5 N 34; FORSTMOSER/ZINDEL/MEYER BAHAR, S. 206 m.w.H.

B. Arten von Dividenden

Dividendenleistungen können auf verschiedene Arten an deren Empfänger ausgeschüttet werden.⁷¹ Während es beispielsweise bei Brauereien im Trend liegt, ihre Dividendenleistung als Sachdividende⁷² in Bier auszuschütten,⁷³ ist bei der gewöhnlichen Aktiengesellschaft eher eine Barausschüttung bzw. eine Ausschüttung in Form einer Geldleistung⁷⁴ üblich.⁷⁵ Im folgenden Kapitel soll auf die verschiedenen Ausschüttungsformen eingegangen werden. Diese Formen der Ausschüttung gelangen nicht nur bei der ordentlichen und ausserordentlichen Dividende, sondern auch bei der Zwischendividende und bei der Verteilung des Liquidationserlöses zur Anwendung.⁷⁶ Auf die Zwischendividende wird sodann separat in Kapitel IV⁷⁷ eingegangen.

1. Gelddividende

Üblicherweise schütten Gesellschaften ihre Dividenden als Geldleistung aus.⁷⁸ Dies geschieht heutzutage regelmässig elektronisch, wobei unter Geldleistung jede Form von «Verkehrsgeld» – das heisst nebst CHF oder Fremdwährung auch Checks, Wechsel oder WIR-Geld – fallen kann.⁷⁹

Eine Fremdwährungsdividende wird teilweise von der Lehre auch als Sachdividende qualifiziert.⁸⁰ Diese Auffassung dürfte wohl spätestens mit der neusten Aktienrechtsrevision, welche Art. 621 OR zufolge ein Aktienkapital in Fremdwährung zulässt, überholt sein.⁸¹ Dennoch ge-

⁷¹ Vgl. GUIDOUM, Dividenden, N 129 ff.

⁷² Um Unklarheiten zu vermeiden, verwendet der Verfasser «Sachdividende» und «Naturaldividende» synonym. Zu deren uneinheitlichen Begriffsverwendung in der Lehre: GUIDOUM, Dividenden, N 143.

⁷³ SIMONIELLO, S. 601; BÜRGI MARC, Wie Schweizer Brauereien Aktionäre bei der Stange halten, Handelszeitung vom 11. September 2018: <<https://www.handelszeitung.ch/geld/wie-schweizer-brauereien-aktionare-bei-der-stange-halten>> (zuletzt besucht am 20. Dezember 2024). Die Brauereien sind indes kein Einzelfall; so erhalten z.B. Lindt-Aktionäre anlässlich der GV einen Koffer voller Schokolade: <<https://www.selma.com/de-ch/learn/Akademie/Finanzen%20101/naturaldividenden-lindt-calida-zoo>> (zuletzt besucht am 20. Dezember 2024).

⁷⁴ Mit der Bezeichnung «Bardividende» wird verkannt, dass heutzutage Dividendenausschüttungen überwiegend in elektronischer Geldleistung erfolgen, weshalb der Begriff «Gelddividende» zeitgemässer ist: GUIDOUM, Dividenden, N 126 und N 129.

⁷⁵ HANDSCHIN, N 906; FORSTMOSER, S. 701; GLANZMANN, Dividenden, S. 110.

⁷⁶ BK OR-GLANZMANN, Art. 675–677 N 29; RENGGLI/KISSLING/CAMPOUNOVO/HONOLD/KEEL, S. 744.

⁷⁷ Dazu hinten: N 72 ff.

⁷⁸ LOCHER, S. 147; FORSTMOSER, S. 701; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 896; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 1.

⁷⁹ GUIDOUM, Dividenden, N 129 m.w.H.

⁸⁰ SPÖRRI, § 7 N 107. Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Fremdwährungsdividende findet sich bei: KÄGI/STUDER/TSÜN, S. 179 ff.

⁸¹ GUIDOUM, Dividenden, N 129 und insbesondere FN 360; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 675 N 28 und insbesondere FN 47; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 153; BÖCKLI, § 8 N 728 f.

hen einige Autoren davon aus, dass für eine Fremdwährungsdividende – analog zu den Aktionärsschutzvorschriften bei der Sachdividende – ein GV-Beschluss mit qualifiziertem Quorum vonnöten ist.⁸² Nach der hier vertretenen Auffassung ist es jedoch nicht angezeigt, bei Verfolgung der modernen Ansicht und damit bei Differenzierung von Fremdwährungs- und Sachdividenden gleichzeitig trotzdem die Aktionärsschutzvorschriften der Sachdividende analog zur Anwendung bringen zu wollen, ohne dass es hierfür einen erkennbaren sachlichen Grund gibt. Vielmehr sollte m.E. der Meinung von GUIDOUM gefolgt werden, wonach das ordentliche Quorum immer dann genügt, wenn die Fremdwährungsdividende sachlich begründet ist und in einer frei in CHF konvertierbaren Währung ausgeschüttet wird.⁸³ Nur in den Fällen, in denen die Fremdwährungsdividende in einer nicht frei konvertierbaren Währung ausgeschüttet werden soll, ist ein besonderes Schutzbedürfnis des Aktionärs angezeigt und demzufolge für den Dividendenbeschluss – analog zu den Aktionärsschutzvorschriften bei der Sachdividende – das qualifizierte Quorum zu verlangen.⁸⁴

- 29 Dividenden in Kryptowährung werden hingegen weiterhin als Sachdividenden qualifiziert,⁸⁵ weil sie u.a. vom Bund nicht als Geld i.e.S. anerkannt werden,⁸⁶ kein gesetzliches Zahlungsmittel sind⁸⁷ und auch bei der Liberierung stets als Sacheinlagen qualifiziert und behandelt werden.⁸⁸

2. Sachdividende

- 30 Obwohl dies im Gesetz nicht explizit erwähnt ist und sich das BGer noch nie dazu geäußert hat, geht die Lehre einstimmig davon aus, dass statt einer Geldausschüttung der Dividende grundsätzlich auch eine Ausschüttung als Sachleistung möglich ist.⁸⁹ Unter den Begriff der Sachdividende fallen nebst Ausschüttungen von Sachen im Rechtssinne und Kryptowährungen⁹⁰ auch noch Dividenden in Form der Rechtsübertragung oder Schuldübernahme sowie Ausschüttungen von eigenen oder fremden Kapitalanteilen.⁹¹ Beim Ausrichten einer Sachdividende

⁸² BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 155; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 70.

⁸³ GUIDOUM, Dividenden, N 132 ff.

⁸⁴ Eingehend und zum Ganzen: GUIDOUM, Dividenden, N 131 ff.

⁸⁵ Statt vieler: DERUNGS, N 454; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 675 N 28.

⁸⁶ Bericht Währungen, S. 10 und S. 29 f.

⁸⁷ Art. 2 WZG *e contrario*. Siehe ferner: FRÉSARD/HELLER, N 3 f.

⁸⁸ GUIDOUM, Dividenden, N 139. Zu den Kryptowährungen als Sacheinlagen: FRÉSARD/HELLER, N 4–14.

⁸⁹ Statt aller: DERUNGS, N 449; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 896; BK OR-GLANZMANN, Art. 675–677 N 29; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 675 N 28.

⁹⁰ Dazu vorne: N 29.

⁹¹ Eingehend: GUIDOUM, Dividenden, N 142.

muss stets das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre beachtet werden, sprich alle Aktionäre müssen gleichwertige und gleichartige Sachleistungen erhalten.⁹²

Zum erforderlichen Quorum bei einer Sachdividende gilt es vorab festzuhalten, dass sich 31 Art. 704 Abs. 1 OR nicht zum Beschluss über die Sachdividende äussert und dass auch in der Lehre viele verschiedene Ansätze verfolgt werden. Einig ist man sich in der Literatur darüber, dass Dividenden immer als beliebige Sachwerte ausgeschüttet werden können, sofern die Anspruchsvoraussetzungen⁹³ erfüllt sind und die Zustimmung aller Aktionäre vorliegt.⁹⁴ Ebenso genügt gem. h.L. ein GV-Beschluss mit ordentlichem Quorum für gleichartige und gleichwertige Sachdividenden, die leicht verwertbar und werthaltig (bzw. kurant) sind oder eine besondere Nähe zum Gesellschaftszweck aufweisen.⁹⁵ In allen anderen Fällen, in welchen eine gleichartige und gleichwertige Sachdividende ausgeschüttet werden soll, ist wohl ein GV-Beschluss mit qualifiziertem Quorum erforderlich.⁹⁶ Während gewisse Autoren in diesen Fällen das qualifizierte Quorum in Analogie zu den Vorschriften für die Sacheinlage fordern,⁹⁷ sprechen sich andere ausdrücklich dagegen aus.⁹⁸ Einen interessanten und nach vorliegender Auffassung überzeugenden Ansatz verfolgt GUIDOUM, demzufolge sich das qualifizierte Quorum deshalb rechtfertigt, weil sich der Aktionär unter den gleichen Voraussetzungen die Ausgabe von u.U. nicht leicht veräusserbaren bzw. nicht leicht in Geld umwandelbaren Gratisaktien infolge Kapitalerhöhung aus freiem Eigenkapital⁹⁹ gefallen lassen muss, womit dem Aktionär der Zugang zu flüssigen Mitteln in ähnlicher Weise verwehrt wird, wie im hier interessierenden Falle einer beispielsweise nicht leicht verwertbaren Sachdividende.¹⁰⁰ Wichtig ist stets, dass die Sachdividende ausdrücklich beantragt und von der GV explizit als solche beschlossen werden

⁹² VON DER CRONE, N 958; FORSTMOSER, S. 706. Eingehend: GUIDOUM, Dividenden, N 146 ff., welcher für die Ausschüttung von ungleichartigen oder ungleichwertigen Dividenden einen einstimmigen GV-Beschluss verlangt.

⁹³ Dazu hinten: N 35 ff.

⁹⁴ BÖCKLI, § 8 N 728; FORSTMOSER, S. 704; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 75; GUIDOUM, Dividenden, N 165.

⁹⁵ FORSTMOSER, S. 705 f.; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 72. Eingehend: GUIDOUM, Dividenden, N 156 f., N 161 f. und N 167. A.M.: KNOBLOCH, S. 245, wonach bei der Ausschüttung einer Sachdividende immer das qualifizierte Quorum verlangt werden muss.

⁹⁶ GUIDOUM, Dividenden, N 167; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 675 N 28a; BÖCKLI, § 8 N 728. Ähnlich auch: ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 74, welche jedoch einen einstimmigen Beschluss verlangen, wenn der Aktionär als Bestandteil der Sachdividende Schulden übernimmt, weil so entgegen Art. 680 OR eine weitere Aktionärspflicht entsteht. A.M. im Ergebnis wohl: FORSTMOSER, S. 704 ff.

⁹⁷ BÖCKLI, § 8 N 728; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 74.

⁹⁸ So etwa: GUIDOUM, Dividenden, N 160.

⁹⁹ Art. 652d OR.

¹⁰⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 159; KNOBLOCH, S. 245.

muss, ansonsten eine Sachdividende unzulässig ist und die entsprechende Dividende als Geldleistung ausgeschüttet werden muss.¹⁰¹

3. Wahldividende

- 32 Mit einer Wahldividende¹⁰² wird einem Aktionär das Recht verlieht, zwischen einer Gelddividende und einer Dividende in Form von neuen Aktien der Gesellschaft zu wählen.¹⁰³ Sofern dabei für die Aktionäre wertmässig identische Optionen zur Verfügung stehen, kann die Wahldividende von der GV mit dem ordentlichen Quorum beschlossen werden.¹⁰⁴
- 33 Aktionäre, welche ihr Wahlrecht bis zum Ende der im GV-Beschluss über die Wahldividende festgelegten Frist nicht ausüben, erhalten in der Regel ihre Dividende als Geldleistung ausgerichtet.¹⁰⁵
- 34 Die Vorteile einer Wahldividende sind, dass sie einerseits die Aktie attraktiver macht sowie einkommens- und verrechnungssteuerrechtlich attraktiv ist und dass sie andererseits für die Gesellschaft tendenziell liquiditätsschonend ist.¹⁰⁶

C. Anspruchsvoraussetzungen

- 35 Nachfolgend sollen die Voraussetzungen für eine Dividendenausschüttung erörtert werden. Für den rechtmässigen Beschluss einer ordentlichen Dividende müssen diese kumulativ erfüllt werden.¹⁰⁷ Mit der Unterteilung in formelle und materielle Voraussetzungen – wie es auch von der Lehre¹⁰⁸ häufig gemacht wird – soll bloss die inhaltliche Dimension der Dividende (materielle Voraussetzungen) vom eigentlichen Ausschüttungsprozedere (formelle Voraussetzungen) abgegrenzt werden und es sollen damit keine unterschiedlichen Verletzungsfolgen o.Ä. indiziert werden.¹⁰⁹

¹⁰¹ BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 158.

¹⁰² Die Wahldividende wird englisch auch Cash-or-Title Dividend genannt.

¹⁰³ HÄUSERMANN/OESTERHELT, S. 370; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 171. Einigen Lehrmeinungen zufolge soll auch die Sachdividende Teil einer Wahldividende sein können: FORSTMOSER, S. 706; KÄGI, § 5 N 38; GUIDOUM, Dividenden, N 183 m.w.H.

¹⁰⁴ GUIDOUM, Dividenden, N 182.

¹⁰⁵ HÄUSERMANN/OESTERHELT, S. 374; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 171.

¹⁰⁶ Eingehend und zum Ganzen: HÄUSERMANN/OESTERHELT, S. 370 ff.

¹⁰⁷ GUIDOUM, Dividenden, N 481.

¹⁰⁸ Statt vieler: KÄGI, § 7 N 5 f.; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 660/661 N 15 ff.

¹⁰⁹ GUIDOUM, Dividenden, N 301.

1. Materielle Voraussetzungen

a. Frei verwendbares Eigenkapital

Art. 675 Abs. 2 OR besagt, dass Dividenden «nur aus dem *Bilanzgewinn und aus den hierfür gebildeten Reserven* ausgerichtet werden» dürfen.¹¹⁰ Diese Bestimmung täuscht allerdings in verschiedener Hinsicht, dürfen doch einerseits nicht der ganze «Bilanzgewinn» und andererseits nicht nur die speziell für die Dividendenausschüttung gebildeten Reserven ausgeschüttet werden.¹¹¹ 36

Obwohl im Aktien- und Gesellschaftsrecht etliche Male vom Bilanzgewinn gesprochen wird, wird dieser an keiner Stelle im Gesetz genau definiert.¹¹² Die h.L. versteht unter dem Bilanzgewinn indessen – in Anlehnung an das alte Rechnungslegungsrecht – «*die positive Summe von Gewinn- bzw. Verlustvortrag¹¹³ und Jahresgewinn bzw. -verlust¹¹⁴*». ¹¹⁵ Eine solche Definition des Bilanzgewinns ergibt, dass durch eine entsprechende Kompensation auch bei einem Jahresverlust oder Verlustvortrag im Endergebnis ein Bilanzgewinn vorliegen kann und somit das Ausrichten einer Dividende bei einem schlechten Ergebnis im laufenden oder in den vergangenen Geschäftsjahren trotzdem nicht ausgeschlossen ist.¹¹⁶ Bevor der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden kann, muss insbesondere zuerst ein allfälliger Verlustvortrag beseitigt werden¹¹⁷ sowie anschliessend die Zuweisungen an die gesetzlichen bzw. freiwilligen Gewinnreserven vorgenommen werden.¹¹⁸ 37

Die gesetzliche Gewinnreserve muss gem. Art. 675 Abs. 3 i.V.m. Art. 672 OR bei Vorliegen eines Jahresgewinnes bis zum Erreichen der gesetzmässig definierten 50%¹¹⁹ des im HR eingetragenen Aktienkapitals mit 5% des Jahresgewinnes gespiesen werden.¹²⁰ M.a.W. ist die gesetzliche Gewinnreserve so lange zu bilden, bis sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalre- 38

¹¹⁰ KUNZ, Grundpfeiler, S. 58.

¹¹¹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 62 ff.; ROUILLER, N 1957; GUIDOUM, Dividenden, N 306.

¹¹² BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 30; GUIDOUM, Dividenden, N 313; KÄGI, § 5 N 29 f.

¹¹³ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f OR.

¹¹⁴ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. g OR.

¹¹⁵ Statt vieler: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 63; BK OR-GLANZMANN, Art. 675–677 N 8; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 30.

¹¹⁶ BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 30; CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 675 N 9.

¹¹⁷ Art. 672 Abs. 1 Satz 2 OR.

¹¹⁸ BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 33; GUIDOUM, Dividenden, N 315 ff.

¹¹⁹ Bei Holdinggesellschaften lediglich 20% des im HR eingetragenen Aktienkapitals.

¹²⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 315 ff.

serve 50% (bzw. 20% bei Holdinggesellschaften) des im HR eingetragenen Aktienkapitals beträgt.¹²¹ Bei dieser Berechnung werden die beiden Werte folglich addiert. Geht es im Anschluss um die Ausschüttung, werden sie allerdings separat behandelt und es können keine Mittel aus dem frei verwendbaren Teil der gesetzlichen Kapitalreserven¹²² für die Dividendenausschüttung verwendet werden.¹²³

- 39 Ebenso kann in den Statuten oder durch GV-Beschluss eine über die gesetzliche Ordnung hinausgehende Pflicht zur Bildung freiwilliger Gewinnreserven gem. Art. 673 OR vorgesehen werden, welche ebenso vor der Ausschüttung des Bilanzgewinns erfüllt werden muss.¹²⁴ Bei der Bildung freiwilliger Gewinnreserven gelten allerdings zwei Einschränkungen: Einerseits kann die GV die Pflicht zur Bildung freiwilliger Gewinnreserven jederzeit durch Statutenanpassung wieder aufheben und andererseits dürfen freiwillige Gewinnreserven entsprechend Art. 673 Abs. 2 OR nur gebildet werden, «wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionärinnen und Aktionäre dies rechtfertigt».¹²⁵ Der sich nach den Zuweisungen an die gesetzlichen und freiwilligen Gewinnreserven ergebende Betrag wird als *Nettobilanzgewinn* bezeichnet und bildet den ersten Summanden bei der Berechnung des als Dividende ausschüttbaren Höchstbetrags.¹²⁶
- 40 Nebst dem Nettobilanzgewinn dürfen Dividenden gem. Art. 675 Abs. 2 OR auch aus «*hierfür gebildeten Reserven*» ausgerichtet werden. Die h.L. vertritt dabei den Standpunkt, dass alle Reserven ausschüttbar sind, die nicht gesetzlich geschützt sind.¹²⁷
- 41 Da seit der Einführung des neuen Aktienrechts differenziert wird zwischen Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve, muss nun – zur Ermittlung des als Dividende ausschüttbaren Betrags – vom freien Eigenkapital der Betrag der freien gesetzlichen Kapitalreserve abgezogen werden.¹²⁸

¹²¹ Art. 672 Abs. 2 OR.

¹²² Dazu vorne: N 23.

¹²³ Sogleich hinten: N 41. GUIDOUM, Dividenden, N 41 und N 338. Zu den gesetzlichen Kapitalreserven siehe ferner: Art. 671 OR.

¹²⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 175 und N 278; GUIDOUM, Dividenden, N 315 und N 318.

¹²⁵ Botschaft Aktienrecht 2016, S. 524; GUIDOUM, Dividenden, N 318 ff.

¹²⁶ GUIDOUM, Dividenden, N 322.

¹²⁷ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 64. Eine Auflistung der gesetzlich geschützten, nicht ausschüttbaren Reserven findet sich bei: GUIDOUM, Dividenden, N 324.

¹²⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER, Einleitung N 150 und Art. 698 OR N 11; GUIDOUM, Dividenden, N 34 ff. und N 325 f. A.M.: BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 53, der den verwendbaren Anteil der gesetzlichen Kapitalreserve nach wie vor zur Ausschüttung der Dividende zulassen will.

Weiter müssen sodann von der Summe aus Nettobilanzgewinn und ausschüttbaren Reserven noch allfällige Minuspositionen für eigene Aktien oder Zwischendividenden inkl. deren Reservezuweisungen abgezogen werden.¹²⁹ Ebenso bleibt das daraus resultierende frei verwendbare Eigenkapital gem. BGer in der Höhe von allfälligen, nicht zu Drittbedingungen gewährten konzerninternen Up- oder Crossstream-Darlehen für Ausschüttungen gesperrt.¹³⁰ 42

Somit bestimmt sich der als ordentliche Dividende ausschüttbare Betrag aus Nettobilanzgewinn und den nicht gesetzlich geschützten Reserven, abzüglich der soeben erwähnten Posten.¹³¹ 43

Als massgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist in dieser Sache auf den Bilanzstichtag bzw. den letzten Tag des Geschäftsjahres abzustellen, wobei Ereignisse, die nach dem Bilanzstichtag eingetreten sind und die Vermögens-/Finanzierungslage der Gesellschaft spürbar verschlechtert haben, vom VR im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht gem. Art. 717 Abs. 1 OR dennoch berücksichtigt werden müssen.¹³² 44

b. Respektierung des Gleichbehandlungsgebots

Eine zusätzliche materielle Voraussetzung bildet die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots.¹³³ Dieses wird durch den Grundsatz der Kapitalproportionalität gem. Art. 660 Abs. 1 bzw. Art. 661 OR präzisiert.¹³⁴ Demgemäss hat jeder Aktionär Anspruch auf eine Dividende im Verhältnis zu seinem tatsächlich einbezahlten Aktienkapital.¹³⁵ 45

Von diesem Grundsatz kann in gewissen Fällen und bei erfüllten Voraussetzungen berechtigterweise abgewichen werden, so z.B. bei statutarisch begründeten Vorzugsaktien nach Art. 654 ff. OR.¹³⁶ Dem Gleichbehandlungsgebot ist bei der Ausschüttung einer Sachdividende besonders Rechnung zu tragen.¹³⁷ 46

¹²⁹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 66; GUIDOUM, Dividenden, N 342–344.

¹³⁰ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 542 und E. 4.5 S. 545; GUIDOUM, Dividenden, N 345 m.w.H.

¹³¹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 62 ff. Eine tabellarische Aufstellung der Berechnung findet sich bei: GUIDOUM, Dividenden, N 349.

¹³² BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 26 und N 107; GUIDOUM, Dividenden, N 351–376, N 415, N 420 und N 428.

¹³³ KÄGI, § 7 N 5.

¹³⁴ GUIDOUM, Dividenden, N 392.

¹³⁵ BSK OR II-BALKANYI/NEUHAUS, Art. 661 N 2.

¹³⁶ BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 132. Eingehend und zum Ganzen: GUIDOUM, Dividenden, N 199–216 und N 392 f.

¹³⁷ GUIDOUM, Dividenden, N 393. Dazu auch vorne: N 30 f.

2. Formelle Voraussetzungen

a. Vorliegen einer von der Revisionsstelle geprüften Jahresrechnung

- 47 Aus Art. 731 Abs. 1 OR ergibt sich, dass für einen gültigen Dividendenbeschluss eine Jahresrechnung vorliegen muss, zumal sich der Revisionsbericht nur zu einer Jahresrechnung äussern kann,¹³⁸ wenn auch eine solche vorliegt.¹³⁹ Die Jahresrechnung muss auch von Gesellschaften erstellt werden, welche durch Opting-out¹⁴⁰ auf die Revision verzichtet haben.¹⁴¹ Bei der für ordentliche Ausschüttungen massgeblichen Jahresrechnung handelt es sich ausschliesslich um den sog. handelsrechtlichen Abschluss für die einzelne Gesellschaft nach Art. 957 ff. OR, der aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang besteht.¹⁴² Der Bilanzgewinn lässt sich dann definitionsgemäss¹⁴³ mittels Addition bzw. Subtraktion der beiden Positionen aus Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f und Bst. g OR berechnen.¹⁴⁴
- 48 Sodann gehört es gem. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR zu den unentziehbaren Aufgaben des VR, den Geschäftsbericht zu erstellen. M.a.W. muss er Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang vorgängig verabschieden, damit diese dann im Anschluss der Revisionsstelle und der GV als Jahresrechnung vorgelegt werden können.¹⁴⁵ Der Geschäftsbericht, zu dessen Bestandteilen auch die Jahresrechnung zählt, muss sodann vom Vorsitzenden des VR und von der innerhalb des Unternehmens für die Rechnungslegung zuständigen Person unterzeichnet werden.¹⁴⁶
- 49 Sofern die Gesellschaft nicht von einem Opting-out nach Art. 727a Abs. 2 OR Gebrauch gemacht hat, muss sie Ihre Jahresrechnung vor der Genehmigung durch die GV durch die Revisionsstelle prüfen lassen.¹⁴⁷ Im Anschluss muss die Jahresrechnung – also auch die Jahresrechnung einer Gesellschaft, welche durch Opting-out auf die Revision verzichtet hat – durch die

¹³⁸ Gem. Art. 728b Abs. 2 i.V.m. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR bzw. Art. 729b Abs. 1 i.V.m. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR muss sich der Revisionsbericht zur Jahresrechnung äussern.

¹³⁹ GLANZMANN, Dividenden, S. 86.

¹⁴⁰ Art. 727a Abs. 2 OR.

¹⁴¹ Handelsgericht (ZH) HG130149-O vom 7. Dezember 2015, E. 2.3.4.3b S. 26 ff. und insbesondere S. 28 *in fine*; GLANZMANN, Dividenden, S. 86.

¹⁴² VON DER CRONE, N 511; HANDSCHIN, N 905; GUIDOUM, Dividenden, N 396 f.

¹⁴³ Dazu vorne: N 37.

¹⁴⁴ GUIDOUM, Dividenden, N 396 f.

¹⁴⁵ GLANZMANN, Dividenden, S. 87.

¹⁴⁶ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 25 N 85–87; BSK OR II-SUTER/HAAG/NEUHAUS, Art. 958 N 2 und N 16.

¹⁴⁷ GLANZMANN, Dividenden, S. 95; VON DER CRONE, N 949.

GV genehmigt¹⁴⁸ werden, damit verbindlich feststeht, ob und wie viel ausschüttbares Eigenkapital vorhanden ist.¹⁴⁹

b. Geprüfter VR-Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns

In der Lehre wird der Dividendenantrag des VR meist als Bestandteil der Voraussetzung des Revisionsberichts aufgeführt.¹⁵⁰ Um klarzustellen, dass die Pflicht zur Formulierung eines Dividendenantrags – als Teil der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe des VR zur Erstellung des Geschäftsberichts gem. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR¹⁵¹ – immer und insbesondere auch für nicht revisionspflichtige Gesellschaften gilt,¹⁵² sollten diese Voraussetzungen jedoch separat voneinander behandelt werden.¹⁵³

Der VR ist anlässlich der Stellung des Dividendenantrags im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten dafür verantwortlich, dass es aufgrund der Ausschüttung weder zu einem Eingriff in das gesetzlich geschützte Eigenkapital noch zu einem unverantwortbaren Liquiditätsentzug kommt.¹⁵⁴ Die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns steht ausschliesslich der GV zu, weshalb ihr der VR auch in denjenigen Fällen einen Antrag unterbreiten muss, in welchen keine Dividende ausgeschüttet werden soll.¹⁵⁵ Der Ausschüttungsantrag wird dabei gewöhnlich als Teil des Geschäftsberichts dargestellt und ist in der Einladung zur ordentlichen GV als separates Traktandum aufzuführen.¹⁵⁶ Er bildet sodann gem. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR Prüfgegenstand der Revision und wird demnach durch die Revisionsstelle auf seine Gesetzes- und Statutenkonformität geprüft.¹⁵⁷

Der Dividendenantrag ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Verbindlichkeit, welche auch in der Bilanz der Gesellschaft erfasst wird, erst mit dem Ausschüttungsbeschluss der GV entsteht.¹⁵⁸ Zudem ist der Ausschüttungsantrag des VR für die GV zumindest gem. herrschen-

¹⁴⁸ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

¹⁴⁹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 30 f.; VON DER CRONE, N 949–951; GUIDOUM, Dividenden, N 402.

¹⁵⁰ So z.B. bei: GLANZMANN, Dividenden, S. 97.

¹⁵¹ Dies dürfte zumindest die Ansicht der h.L. sein. Statt vieler: OFK OR-CHAPUIS/VON JEINSEN, Art. 716a N 16; GUIDOUM, Dividenden, N 423 m.w.H.

¹⁵² BSK OR II-WATTER/BÄNZIGER, Art. 727a N 28.

¹⁵³ Eingehend und mit weiteren Gründen für die separate Behandlung: GUIDOUM, Dividenden, N 423–426.

¹⁵⁴ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 18; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, N 3.888; BSK OR II-PFIFNER, Art. 728a N 34a.

¹⁵⁵ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, N 3.883.

¹⁵⁶ GUIDOUM, Dividenden, N 429.

¹⁵⁷ BSK OR II-PFIFNER, Art. 728a N 33a–34b; GLANZMANN, Dividenden, S. 95.

¹⁵⁸ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 31. Dazu auch vorne: N 18.

der Auffassung nicht bindend und diese kann in den Schranken des ausgewiesenen Bilanzgewinnes davon abweichen.¹⁵⁹ Sodann sind auch Ausschüttungsbeschlüsse der GV gültig, bei welchen sie einem vom Antrag des VR abweichenden Dividendenantrag eines Aktionärs folgt, solange genügend ausschüttbare Mittel vorliegen.¹⁶⁰

c. Revisionsbericht

- 53 Nach Art. 731 Abs. 1 und Abs. 3 OR muss bei revisionspflichtigen Gesellschaften ein Revisionsbericht vorliegen, damit ein gültiger ordentlicher GV-Beschluss über die Dividendenausschüttung gefasst werden kann. Mit dem in Art. 731 Abs. 3 OR erwähnten «erforderlichen Revisionsbericht» ist der sog. *zusammenfassende Revisionsbericht* zum OR-Einzelabschluss nach Art. 728b Abs. 2 bzw. Art. 729b OR gemeint.¹⁶¹ Der Mindestinhalt des zusammenfassenden Revisionsberichtes bestimmt sich nach dem jeweils entsprechenden Artikel.¹⁶² Die Empfehlung bei der ordentlichen Revision bzw. die Prüfaussage bei der eingeschränkten Revision kann in beiden Fällen nebst positiv auch einschränkend oder verneinend ausfallen.¹⁶³ Zumal Art. 731 Abs. 1 und Abs. 3 OR kein positives Testat der Revisionsstelle, sondern nur das Vorliegen einer Jahresrechnung und eines Revisionsberichts verlangt, kann die GV grundsätzlich – mit dem Risiko, dass die Ausschüttung materiell unzulässig ist – auch gestützt auf ein nicht positives Prüfergebnis gültig eine Ausschüttung beschliessen.¹⁶⁴ Die Revisionsstelle muss den Revisionsbericht in schriftlicher Form erstellen¹⁶⁵ und diesen den Aktionären nach Massgabe von Art. 699a OR zugänglich machen.¹⁶⁶
- 54 Der Klarheit halber soll auch hier nochmals erwähnt werden, dass Gesellschaften mit einem Opting-out¹⁶⁷, keinen Revisionsbericht erstellen müssen, um Dividenden ausschütten zu können.¹⁶⁸ Weiterhin ist jedoch der VR nicht revisionspflichtiger Gesellschaften verpflichtet, eine

¹⁵⁹ Statt vieler: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 42; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 48; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 110; HANDSCHIN, N 906.

¹⁶⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 432.

¹⁶¹ BSK OR II-REUTTER/VON JEINSEN, Art. 731 N 5; GUIDOUM, Dividenden, N 434.

¹⁶² Art. 728b Abs. 2 OR bei der ordentlichen Revision und Art. 729b Abs. 1 OR bei der eingeschränkten Revision.

¹⁶³ GUIDOUM, Dividenden, N 437 f. und N 440 f.; ZK OR-EBERLE/LENGAUER, Art. 731 N 29.

¹⁶⁴ BSK OR II-PFIFNER, Art. 729b N 22; GUIDOUM, Dividenden, N 438 und N 441. Ein sorgfältiger VR wird diesfalls und vor dem Hintergrund des Risikos seiner persönlichen Verantwortlichkeit der GV wohl von einem Ausschüttungsbeschluss abraten.

¹⁶⁵ Art. 728b Abs. 2 OR (ordentliche Revision) bzw. Art. 729b Abs. 1 OR (eingeschränkte Revision). Eingehend: ZK OR-EBERLE/LENGAUER, Art. 731 N 25.

¹⁶⁶ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699a N 1; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 699a OR N 7 ff.

¹⁶⁷ Art. 727a Abs. 2 OR.

¹⁶⁸ GUIDOUM, Dividenden, N 445.

Jahresrechnung zu erstellen und einen Ausschüttungsantrag zu formulieren sowie die Jahresrechnung von der GV genehmigen zu lassen.¹⁶⁹

d. Beschluss der GV

Die Festsetzung der ordentlichen Dividende setzt schlussendlich einen ordentlichen GV-Beschluss nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR voraus. Dies macht implizit auch die Anforderungen im Zusammenhang mit Vorbereitung und Durchführung des ordentlichen GV-Beschlusses zu Voraussetzungen eines gültigen ordentlichen Dividendenbeschlusses.¹⁷⁰ Die GV beschliesst, ob eine Dividende ausgeschüttet werden soll und, wenn ja, wie die Aktionäre daran teilhaben.¹⁷¹ Nicht zu vergessen ist dabei, dass vor dem Beschluss zur Ausschüttung einer Dividende noch der separate GV-Beschluss über die Genehmigung der Jahresrechnung erfolgen muss.¹⁷² Wird im anschliessenden Ausschüttungsbeschluss nichts anderes über Beschaffenheit und Fälligkeit der Dividende festgelegt, so ist sie standardmässig in der Währung des Aktienkapitals auszurichten und wird nach Art. 75 OR sofort fällig.¹⁷³ 55

Um das Informationsrecht der Aktionäre zu wahren und um sicherzustellen, dass die Lage der Gesellschaft durch den VR an der GV richtig dargestellt wird, muss bei ordentlich revisionspflichtigen Gesellschaften die Revisionsstelle an der GV, an welcher der Dividendenbeschluss getroffen werden soll, anwesend sein.¹⁷⁴ Mit einstimmigem Beschluss der an der GV vertretenen Aktienstimmen kann diese nach Art. 731 Abs. 2 Satz 2 OR auch auf die Anwesenheit der Revisionsstelle verzichten.¹⁷⁵ Die Abwesenheit der Revisionsstelle – ohne das Vorliegen eines 56

¹⁶⁹ ZK OR-EBERLE/LENGAUER, Art. 727a N 29; GUIDOUM, Dividenden, N 445; BSK OR II-WATTER/BÄNZIGER, Art. 727a N 28.

¹⁷⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 448. Zu den generellen Voraussetzungen eines GV-Beschlusses: VON DER CRONE, N 977 ff.

¹⁷¹ GUIDOUM, Dividenden, N 449.

¹⁷² BÖCKLI, § 8 N 688; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 30 f.

¹⁷³ GUIDOUM, Dividenden, N 451. In diese Richtung auch: KÄGI/STUDER/TSÜN, S. 185. Zur sofortigen Fälligkeit ebenso: Urteil (des Bundesgerichts) 2C_730/2013 vom 4. Februar 2014 E. 3.4; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.140/2006 vom 14. August 2006 E. 4.2; OFK OR-VISCHER, Art. 675 N 18; BSK OR II-VOGT, Art. 675 N 126.

¹⁷⁴ Art. 731 Abs. 2 OR. Siehe ferner: ZK OR-EBERLE/LENGAUER, Art. 731 N 33.

¹⁷⁵ VON DER CRONE, N 949.

einstimmigen Beschlusses über den Verzicht auf deren Anwesenheit – führt zur Anfechtbarkeit¹⁷⁶ der Beschlüsse über die Abnahme der Jahresrechnung und die Verwendung des Bilanzgewinns.¹⁷⁷ Die Frage, ob die GV den Dividendenbeschluss auch an den VR delegieren kann, wird sogleich hinten in III.D¹⁷⁸ beleuchtet.

3. Fazit

- 57 Somit kann in Übereinstimmung mit den vorhergehenden Ausführungen festgehalten werden, dass zur rechtmässigen Ausschüttung einer Dividende die materiellen und formellen Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Als materielle Voraussetzungen muss einerseits frei verwendbares Eigenkapital vorhanden sein und andererseits das Gleichbehandlungsgebot respektiert werden. Formell muss sodann eine Jahresrechnung vorliegen, die – sofern kein Opting-out vorliegt – von der Revisionsstelle geprüft wurde. Ebenso muss der VR einen Antrag zur Gewinnverwendung stellen, zu welchem sich die Revisionsstelle – nach dessen Prüfung – in ihrem Bericht auch äussern muss. Dazu kommen schlussendlich das Vorliegen des Revisionsberichts und die zwei ordnungsgemässen GV-Beschlüsse über die Genehmigung der Jahresrechnung und über die Gewinnverwendung bzw. Dividendenausschüttung.

D. Delegation des Dividendenbeschlusses von der GV an den VR

- 58 Wie soeben ausgeführt, liegt die Beschlusskompetenz betreffend die Dividendenausschüttung in der Kompetenz der GV.¹⁷⁹ Im Schrifttum wird aber immer wieder diskutiert, ob die GV diese Kompetenz auch an den VR delegieren kann.¹⁸⁰ Die entscheidende Frage ist hierbei, wie die unübertragbare Ausschüttungskompetenz der GV aus Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR interpretiert wird.¹⁸¹
- 59 Die überwiegende Lehre¹⁸² spricht sich gegen die Zulässigkeit einer Delegation des Dividendenbeschlusses aus. Ihre Haltung begründet die h.L. insbesondere mit dem Argument, dass die GV-Kompetenz des Dividendenbeschlusses gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR *per definitionem*

¹⁷⁶ Dazu hinten: N 97.

¹⁷⁷ BSK OR II-REUTTER/VON JEINSEN, Art. 731 N 9; VON DER CRONE, N 949.

¹⁷⁸ Dazu hinten: N 58 ff.

¹⁷⁹ Dazu vorne: N 55.

¹⁸⁰ Statt vieler: ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 17; STEIGER, S. 20 f.

¹⁸¹ GUIDOUM, Dividenden, N 468.

¹⁸² BÖCKLI, § 8 N 690; GERMANN, N 974; STEIGER, S. 20 f.; GLANZMANN, Dividenden, S. 106; RUCKSTUHL, S. 47; GUIDOUM, Dividenden, N 270 und N 480; CHK OR-SCHMID/WALTER, Art. 675 N 7. Ferner auch: Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) A-3737/2017 vom 7. Juni 2018 E. 2.3.4.2 S. 9. Ebenso wird oft auch nur erwähnt, dass die GV zur Festsetzung der Dividende zuständig sei, was implizit voraussetzen dürfte, dass eine Delegation an den VR unzulässig ist. Hierzu: KÄGI, § 5 N 40 m.w.H.

«unübertragbar» sei.¹⁸³ Hingegen beruft sich eine Minderheit der Lehre darauf, dass die GV lediglich eine «Erstverfügungskompetenz» habe – nicht aber eine gesamthaft umfassende und ausschliessliche Kompetenz zur Verwendung von Eigenkapital – weshalb die GV zwar über die Verwendung des Jahresgewinns beschliessen müsse, es ihr aber nicht verwehrt sei, den VR zur Dividendenausschüttung aus bereits verwendetem Gewinn zu ermächtigen.¹⁸⁴ Gewisse Autoren lehnen sodann die Delegationsmöglichkeit ab, sprechen sich aber für die Zulässigkeit der Delegation i.S.e. «Maximaldividende» aus.¹⁸⁵ Ferner wird es in der Literatur teilweise auch als zulässig erachtet, dem VR den Entscheid über die Fälligkeit der Dividende zu übertragen.¹⁸⁶

Nach der hier vertretenen Auffassung argumentiert die überwiegende Lehre zurecht gegen die Delegation des Dividendenbeschlusses an den VR. Nach der sprachlich-grammatikalischen Auslegung¹⁸⁷ und aufgrund der wörtlichen Erwähnung von «unübertragbare Befugnisse» in Art. 698 Abs. 2 OR ist die Delegationsfeindlichkeit klarerweise indiziert. Darüber hinaus sollte stets das im Aktienrecht bedeutende Paritätsprinzip¹⁸⁸ respektiert werden und nicht zuletzt vor diesem Hintergrund der Entscheid über das wichtigste Vermögensrecht des Aktionärs – wenn auch nur partiell – nicht leichtsinnig als an den VR delegierbar erklärt werden.

E. Durchsetzbarkeit des Rechts auf Dividende

Um eine bessere Strukturierung dieses Kapitels zu ermöglichen, wird es in zwei Szenarien aufgeteilt. Es wird unterschieden zwischen Szenario 1, in welchem die GV einen Beschluss zur Dividendenausschüttung gefasst hat und Szenario 2, bei dem sich die GV zur Thesaurierung des ausschüttbaren Gewinns und somit gegen eine Ausschüttung entschieden hat.

1. Szenario 1: Gültiger GV-Beschluss, eine Dividende auszuschütten

Dieses Szenario verkörpert gewissermassen den dritten Teilanspruch des «Rechts auf Dividende».¹⁸⁹ Mit dem wirksamen GV-Beschluss über die Ausschüttung einer Dividende gem.

¹⁸³ Statt vieler: BÖCKLI, § 8 N 690 und insbesondere FN 2109; CHK OR-SCHMID/WALTER, Art. 675 N 7.

¹⁸⁴ KÄGI, § 5 N 41. Dies feststellend auch: GUIDOUM, Dividenden, N 467.

¹⁸⁵ Statt einiger: GERMANN, N 974; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 17 und N 67.

¹⁸⁶ RUCKSTUHL, S. 18 f.; GLANZMANN, Dividenden, S. 109; STEIGER, S. 27. So auch: GUIDOUM, Dividenden, N 270 und N 466, welcher gar eine Delegation des Beschlusses über die Beschaffenheit der Dividende als zulässig erachtet, sofern dies von der GV mit dem für die Sachdividende erforderlichen Quorum beschlossen wird. Hierzu: GUIDOUM, Dividenden, N 478 und N 480.

¹⁸⁷ Eingehend dazu: GUIDOUM, Dividenden, N 469 ff.

¹⁸⁸ In diese Richtung auch: ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 17, die es *de lege lata* als mit dem Paritätsprinzip und den unübertragbaren GV-Kompetenzen unvereinbar sehen, die Befugnis aus Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR an den VR zu delegieren.

¹⁸⁹ Dazu vorne: N 18.

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR entsteht das Recht des Aktionärs auf Bezug der beschlossenen Dividende, wobei diese – mangels abweichender Festlegung im GV-Beschluss – auch sogleich fällig wird.¹⁹⁰ Es handelt sich dabei nicht mehr um ein Mitgliedschaftsrecht, sondern um ein schuldrechtliches Forderungsrecht des Aktionärs gegen die Gesellschaft, welches nicht entzogen und auch noch im Konkurs¹⁹¹ der Gesellschaft geltend gemacht werden kann.¹⁹² Besitzt ein Aktionär eine noch nicht verjährte¹⁹³ Forderung gegenüber der Gesellschaft, fragt sich, wie er diese durchsetzen kann, wenn die Gesellschaft dieser nicht nachkommen will.

- 63 Dividendenforderungen in CHF können nach Wahl des Gläubigers zivilprozessrechtlich eingeklagt oder auf dem Betreibungsweg geltend gemacht werden,¹⁹⁴ wobei dieselben Regeln wie bei der Durchsetzung anderer CHF-Forderungen in diesen Verfahren gelten.¹⁹⁵
- 64 Für Dividendenforderungen in Fremdwährung¹⁹⁶ gilt grundsätzlich dasselbe, ausser es liegt eine Effektivklausel¹⁹⁷ vor, was nach h.L. dazu führt, dass die Forderung nur auf dem Zivilprozessweg¹⁹⁸ durchgesetzt werden kann.¹⁹⁹
- 65 Auf dem Weg der Schuldbetreibung können allerdings nur Zwangsvollstreckungen durchgeführt werden, die auf eine Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet sind.²⁰⁰ Sachdividenden können aus diesem Grund ebenso nur zivilprozessrechtlich durchgesetzt werden.²⁰¹

2. Szenario 2: Die GV beschliesst eine Thesaurierung des Gewinns

- 66 In diesem Szenario beschliesst die GV, keine Dividende auszuschütten. So ist dem Aktionär nach dem vorne Ausgeführten²⁰² auch kein Anspruch auf Dividende bzw. kein Forderungsrecht entstanden. Das Recht auf jährliche Dividendenausschüttung als zweiter Teilaspekt des «Rechts

¹⁹⁰ SPOERLÉ, N 1065; LOCHER, S. 222. Zur Fälligkeit: Art. 75 OR. Siehe ferner vorne: N 55 und insbesondere FN 173.

¹⁹¹ Dazu vorne: N 18 und insbesondere FN 38.

¹⁹² ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 660/661 (Art. 660/661 OR 2020) N 31; SPÖRRI, § 7 N 118.

¹⁹³ Die Dividendenforderung verjährt gem. Art. 128 Ziff. 1 OR nach 5 Jahren. Hierzu vorne: N 19.

¹⁹⁴ STEIGER, S. 34.

¹⁹⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 438; GUIDOUM, Dividenden, N 281 ff. m.w.H.

¹⁹⁶ Dazu vorne: N 28. Soll die Fremdwährungsforderung auf dem Weg der Betreibung durchgesetzt werden, muss sie zur Anhebung der Betreibung in CHF umgerechnet werden: Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG und BGE 137 III 623 E. 3 S. 624.

¹⁹⁷ Art. 84 Abs. 2 OR. Eine solche Effektivklausel dürfte nach vorliegender Auffassung bei Dividendenforderungen indessen kaum je vorliegen, sodass davon auszugehen ist, dass gültig beschlossene Fremdwährungsdividenden mit hoher Regelmässigkeit auch auf dem Betreibungsweg geltend gemacht werden können.

¹⁹⁸ Art. 335 ff. ZPO.

¹⁹⁹ BGE 145 III 255 E. 3.2 S. 257; BSK ZPO-DROESE, Art. 335 N 24; GUIDOUM, Dividenden, N 284 f. m.w.H.

²⁰⁰ Art. 38 Abs. 1 SchKG; Art. 335 Abs. 2 ZPO *e contrario*. Siehe ferner: BSK ZPO-DROESE, Art. 335 N 2.

²⁰¹ GUIDOUM, Dividenden, N 287.

²⁰² Dazu vorne: N 18.

auf Dividende» ist nur relativ wohlherworben und der GV kommt beim Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns ein grosses Ermessen zu.²⁰³

Dem Aktionär steht für Fälle, in welchen er sich von einem GV-Beschluss benachteiligt fühlt, die Anfechtungsklage gem. Art. 706 Abs. 2 OR zur Verfügung.²⁰⁴ Hierbei stellen sich jedoch für den Aktionär gleich mehrere Hürden.²⁰⁵ 67

Einerseits unterwirft sich der Aktionär mit dem Eintritt in eine Gesellschaft bewusst dem Willen der Mehrheit der Aktionäre, weshalb dieser sich gem. BGer auch damit abfinden muss, wenn die GV beschliesst, dass keine Gewinne ausgeschüttet werden sollen.²⁰⁶ Das bedeutet, dass das BGer Gewinnverwendungsbeschlüsse nicht auf ihre Angemessenheit überprüft, sondern nur auf Willkür,²⁰⁷ welche ihrerseits erst dann gegeben sein dürfte, wenn sich ein GV-Beschluss nach dem Stand des Unternehmens *«durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen schlechterdings nicht mehr rechtfertigen»* liesse.²⁰⁸ 68

Andererseits sind die Voraussetzungen zum Nachweis des willkürlichen Handelns der Aktionärsmehrheit gleich hoch wie sonst bei Anfechtungsklagen.²⁰⁹ Vor diesem Hintergrund wird der Aktionärsmehrheit kaum je beweisbar offensichtliche Willkür vorgeworfen werden können.²¹⁰ 69

Schlussendlich kommt dazu, dass ein aufgrund einer Anfechtungsklage gefälltes Urteil den GV-Beschluss nur aufheben oder gutheissen, jedoch nicht abändern kann, womit die Aktionäre und der Kläger immer noch leer ausgehen.²¹¹ 70

²⁰³ Urteil (des Bundesgerichts) 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007 E. 3; DAZIO/VON DER CRONE, S. 242. Dazu auch vorne: N 15 f.

²⁰⁴ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 8 N 280.

²⁰⁵ GUIDOUM, Dividenden, N 20 ff.

²⁰⁶ BGE 95 II 555 E. 6 S. 567; BGE 95 II 157 E. 9b S. 163.

²⁰⁷ BGE 95 II 555 E. 6 S. 567; BGE 93 II 393 E. 6a S. 405; PFISTERER/WYLER, S. 894.

²⁰⁸ BGE 54 II 19 E. 5 S. 29; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007 E. 3.

²⁰⁹ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR bzw. Art. 2 Abs. 2 ZGB. Siehe ferner: GUIDOUM, Dividenden, N 22. Kritisch auch: KAUFMANN, S. 26–31; LOCHER, S. 219–222.

²¹⁰ KAUFMANN, S. 25; GERMANN, N 953 und insbesondere FN 2207.

²¹¹ OFK OR-SOMMER, Art. 706 N 5; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 25. Zum Ganzen: GUIDOUM, Dividenden, N 22 m.w.H.

- 71 Damit dürften dem Aktionär, welcher mit einer Thesaurierung nicht einverstanden ist – unter Vorbehalt der Regelungen im Zusammenhang mit dem Minderheitenschutz²¹² – weitestgehend die Hände gebunden sein.²¹³

²¹² Dazu hinten: N 98 ff.

²¹³ So verwehrt das BGer in BGE 147 III 126 sogar dem Vorzugsaktionär ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Gesellschaft, bei welcher die GV einen statutenwidrigen Beschluss fällt und keine Dividende ausschüttet. Ein direkter und klagbarer Anspruch des Vorzugsaktionärs gegenüber der Gesellschaft entsteht gem. BGer erst dann, wenn die GV nach der Aufhebung des statutenwidrigen Beschlusses innert angemessener Frist immer noch keine statutenkonforme Dividendenausschüttung beschliesst. Hierzu: PFISTERER/WYLER, S. 897.

IV. Zwischendividende

Mit der Aktienrechtsrevision hat der Gesetzgeber eine neue Ausschüttungsmöglichkeit der Dividende eingeführt und hat damit ein grosses Bedürfnis der Praxis befriedigt.²¹⁴ Nebst der ordentlichen, der ausserordentlichen und der Akonto-Dividende²¹⁵ gibt es nun auch die Möglichkeit, mit einer Zwischendividende Gewinne des laufenden Geschäftsjahres auszuschütten.²¹⁶ Diese neue Ausschüttungsart soll im folgenden Abschnitt genauer unter die Lupe genommen werden.

A. Entstehungsgeschichte und gesetzliche Verankerung

Die Zulässigkeit und Voraussetzungen von Ausschüttungen im laufenden Jahr erwirtschafteter Gewinne waren lange umstritten.²¹⁷ Während sich die frühere h.L.²¹⁸ eher ablehnend zur Zwischendividende²¹⁹ äusserte,²²⁰ sprach sich die neuere Lehre²²¹ zunehmend dafür aus, die Zwischendividende unter gewissen Voraussetzungen als zulässig zu erachten.²²²

Zum ersten Mal wurde die Bestimmung zur Zwischendividende im ersten Entwurf zum neuen Aktienrecht aufgenommen.²²³ Mit einigen Erleichterungen betreffend die Voraussetzungen trat der neue Art. 675a OR sodann nach langem verhandeln am 1. Januar 2023 in Kraft.²²⁴ Art. 675a OR statuiert nun die Zulässigkeit und Voraussetzungen der Zwischendividende und konnte damit eine gewisse Rechtssicherheit schaffen.²²⁵

B. Generelles

Art. 675a Abs. 1 i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR zufolge kann die GV – im Rahmen ihrer unübertragbaren Kompetenzen – die Ausschüttung einer Zwischendividende beschliessen. Wie bei der ordentlichen und ausserordentlichen Dividende sollen auch bei der Zwischendividende

²¹⁴ JUTZI/MEIER, S. 45 *in fine*; LIPP, S. 2.

²¹⁵ Hierzu vorne: N 25.

²¹⁶ RENGGLI/KISSLING/CAMPONOVO/HONOLD/KEEL, S. 459.

²¹⁷ JUTZI/MEIER, S. 45; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 675a OR N 6; KUNZ, Verwaltungsratspflichten, S. 663.

²¹⁸ Statt vieler: SPÖRRI, § 7 N 136 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 55. Eine Zusammenstellung der alten Lehrmeinungen findet sich bei: RUCKSTUHL, S. 41–43.

²¹⁹ Synonym wird in der Lehre auch von «Interimsdividende» gesprochen: SPÖRRI, § 7 N 136.

²²⁰ THALMANN/WAIBEL/BUNDI, S. 20.

²²¹ Statt vieler: FORSTMOSER/ZINDEL/MEYER BAHAR, S. 214; KÄGI, § 7 N 52.

²²² ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 57–59; ZK OR-EBERLE/LENGAUER, Art. 728a N 171 m.w.H. Auch das BGer hat der neueren Lehre in einem *obiter dictum* beigeplichtet: Urteil (des Bundesgerichts) 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013 E. 3.2 *in fine*.

²²³ E-OR 2007, S. 1769; Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1662 f.

²²⁴ BSK OR II-VOGT, Art. 675a N 10; KUNZ, Aktienkapital, S. 121 f.

²²⁵ LIPP, S. 2.

effektiv erwirtschaftete Gewinne und damit frei verwendbares Eigenkapital von der Gesellschaft an die Aktionäre ausgeschüttet werden.²²⁶ Die Besonderheit der Zwischendividende liegt im Ergebnis einzig darin, dass Gewinne aus dem laufenden, noch nicht abgeschlossenen, Geschäftsjahr ausgeschüttet werden sollen.²²⁷ Die Ausschüttung einer Zwischendividende ist gleichzeitig mit einer ordentlichen oder ausserordentlichen Dividende möglich, das bedeutet die GV kann eine Zwischendividende anlässlich einer ordentlichen und auch ausserordentlichen GV beschliessen.²²⁸ Eine Zwischendividende kann im gleichen Jahr auch mehrmals ausgeschüttet werden, solange die Ausschüttungsvoraussetzungen eingehalten werden.²²⁹

- 76 Mit der neuen Bestimmung wollte der Gesetzgeber auf verschiedene Bedürfnisse der Praxis reagieren.²³⁰ Es soll mit der Regelung vor allem eine Möglichkeit geschaffen werden, zeitnaher Mittel aus dem Unternehmen ausschütten zu können, was nicht zuletzt ein grosses Bedürfnis von ausländischen Investoren befriedigen dürfte.²³¹ Weiter wird die Umverteilung von Liquidität in Konzernen speziell im Zusammenhang mit Konzernfinanzierungen vereinfacht²³² und auch Umstrukturierungsvorgänge werden durch den neuen Art. 675a OR in Zukunft erleichtert.²³³

C. Voraussetzungen

- 77 Im Grundsatz gestalten sich die Voraussetzungen zum Ausrichten einer Zwischendividende gleich wie die Voraussetzungen zur Ausschüttung einer «gewöhnlichen» Dividende.²³⁴ Aus diesem Grund wird auch an dieser Stelle eine Unterteilung in materielle und formelle Voraussetzungen vorgenommen.
- 78 Entgegen der noch in den beiden Gesetzesentwürfen festgehaltenen Voraussetzung einer statutarischen Basis,²³⁵ hat der Gesetzgeber im finalen Gesetzestext im Sinne eines qualifizierten

²²⁶ THALMANN/WAIBEL/BUNDI, S. 18.

²²⁷ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 56; LIPP, S. 2; KUNZ, Verwaltungsratspflichten, S. 663.

²²⁸ HAAG/GWERDER, S. 481; THALMANN/WAIBEL/BUNDI, S. 19. In der Regel wird die Zwischendividende aber wohl an einer ausserordentlichen GV beschlossen. Hierzu: GUIDOUM, Dividenden, N 119 und N 526.

²²⁹ LIPP, S. 4. Zu den Voraussetzungen sogleich hinten: N 77 ff.

²³⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 523.

²³¹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 675a OR N 6; LIPP, S. 2; KUNZ, Aktienkapital, S. 121; Botschaft Aktienrecht 2016, S. 526.

²³² GUIDOUM, Dividenden, N 523; KUNZ, Aktienkapital, S. 121; KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 7 N 731.

²³³ LIPP, S. 2 und S. 4 *in fine*.

²³⁴ BK OR-GLANZMANN, Art. 675–677 N 20; JUTZI/MEIER, S. 45.

²³⁵ E-OR 2007, S. 1769; E-OR 2016, S. 703; Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1662; Botschaft Aktienrecht 2016, S. 526 f.

Schweigens von diesem Erfordernis zur Ausschüttung einer Zwischendividende abgesehen.²³⁶ Der in der parlamentarischen Abstimmung vorgebrachte Vorschlag des Bundesrates²³⁷ wurde vom NR mit 131 zu 55 Stimmen verworfen.²³⁸

1. Materielle Voraussetzungen

a. Ausschüttbarer Periodengewinn

Als Zwischendividende wird Periodengewinn des laufenden Geschäftsjahrs gestützt auf einen Zwischenabschluss ausgerichtet und nicht wie bei der ordentlichen und ausserordentlichen Dividende frei verwendbares Eigenkapital gestützt auf die letzte Jahresrechnung.²³⁹ 79

Als erstes muss ein allfälliger Verlustvortrag beseitigt werden.²⁴⁰ Im Anschluss dazu müssen – analog zur gewöhnlichen Dividende – vom erzielten Periodengewinn die gesetzlichen und freiwilligen Reserven gespiesen werden.²⁴¹ Des Weiteren müssen auch hier allfällige Minusposten für eigene Aktien sowie konzerninterne Darlehen mit Ausschüttungscharakter einkalkuliert und vom Periodengewinn abgezogen werden.²⁴² Schliesslich hat der VR auch in diesem Fall Ereignisse von negativer Auswirkung zu berücksichtigen, die nach dem für den Zwischenabschluss massgeblichen Stichtag eingetreten sind.²⁴³ 80

b. Respektierung des Gleichbehandlungsgebots

Gleich wie bei der gewöhnlichen Dividende, muss auch hier das Gebot der Gleichbehandlung eingehalten werden, wonach sich der auf den jeweiligen Aktionär anfallende Anteil an der Zwischendividende nach dem Prinzip der Kapitalproportionalität gem. Art. 660 Abs. 1 und Abs. 3 und Art. 661 OR bestimmt.²⁴⁴ 81

²³⁶ KUNZ, Aktienkapital, S. 122; AMMANN/HÄRTSCH, S. 512; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 675a OR N 7.

²³⁷ Fahne SS NR 2018, S. 63.

²³⁸ AB NR 2018, S. 1132.

²³⁹ GUIDOUM, Dividenden, N 525.

²⁴⁰ Art. 672 Abs. 1 Satz 2 OR. Siehe ferner: GUIDOUM, Dividenden, N 527. So wenig wie also eine Dividende einen Gewinn im vergangenen Geschäftsjahr voraussetzt, so wenig setzt auch die Zwischendividende einen Gewinn im laufenden Geschäftsjahr voraus. Hierzu: BSK OR II-VOGT, Art. 675a N 2.

²⁴¹ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, N 3.927; BSK OR II-VOGT, Art. 675a N 19–22.

²⁴² AICHELE/VIONNET-RIEDERER, S. 298. Die jeweils dazugehörigen Ausführungen zur gewöhnlichen Dividende gelten hier analog. Dazu vorne: N 42.

²⁴³ GUIDOUM, Dividenden, N 531. Dazu auch die Ausführungen vorne: N 44.

²⁴⁴ Hierzu vorne: N 45 f.

2. Formelle Voraussetzungen

a. Von der Revisionsstelle geprüfter Zwischenabschluss

- 82 Auch wenn seit dem letzten Jahresabschluss nur kurze Zeit vergangen ist, muss vor der Ausschüttung einer Zwischendividende zwingend ein Zwischenabschluss erstellt werden.²⁴⁵ Dies dient insbesondere dem Schutz des Kapitals des Unternehmens und verhindert ungerechtfertigte Eigenkapitalentnahmen bei der Gesellschaft.²⁴⁶ Ein Zwischenabschluss ist deshalb unerlässlich, weil mit der Zwischendividende Gelder aus der laufenden Geschäftsperiode ausgeschüttet werden sollen, worüber frühere Jahresabschlüsse keine Auskunft geben.²⁴⁷ Für den sorgfältigen VR nach Art. 717 Abs. 1 OR ist es deshalb unvermeidlich, beim Entscheid über die Zwischendividende den vorher erstellten Zwischenabschluss zu berücksichtigen.²⁴⁸
- 83 Der Zwischenabschluss muss nach den Vorgaben von Art. 960f OR erstellt werden, wobei gem. Art. 960f Abs. 2 OR gewisse Vereinfachungen oder Verkürzungen zulässig sind, sofern keine Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs entsteht.²⁴⁹ Vor diesem Hintergrund dürften wohl nur Vereinfachungen oder Verkürzungen erlaubt sein, die das Eigenkapital und dessen Zusammensetzung nicht beeinflussen.²⁵⁰ Analog zur Jahresrechnung muss der VR auch den Zwischenabschluss verabschieden. Dieser muss vom Vorsitzenden des VR und von der für den Zwischenabschluss zuständigen Person unterzeichnet werden.²⁵¹
- 84 Gem. Art. 675a Abs. 2 OR muss die Revisionsstelle den Zwischenabschluss prüfen, bevor die GV den Ausschüttungsbeschluss fällt.²⁵² Auf eine Prüfung des Zwischenabschlusses kann verzichtet werden, wenn entweder ein Opting-out der Gesellschaft nach Art. 727a Abs. 2 OR vorliegt oder wenn alle Aktionäre der Gesellschaft mit dem Ausrichten der Zwischendividende (und nicht mit dem Verzicht auf die Prüfung)²⁵³ einverstanden sind und dadurch keine Gefährdung von Forderungen der Gläubiger einhergeht.²⁵⁴ Trotz des fehlenden Verweises in Art. 675a

²⁴⁵ PASSARDI, S. 5; BSK OR II-VOGT, Art. 675a N 38 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 675a OR N 8.

²⁴⁶ LIPP, S. 2; ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 62.

²⁴⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 675a OR N 8.

²⁴⁸ ZK OR-BAHAR/PEYER, Art. 675 (Art. 675/675a OR 2020) N 62.

²⁴⁹ AICHELE/VIONNET-RIEDERER, S. 295; LIPP, S. 2.

²⁵⁰ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 73; GLANZMANN, Eigenkapital, S. 764.

²⁵¹ GUIDOUM, Dividenden, N 552. Dazu auch vorne: N 48.

²⁵² AICHELE/VIONNET-RIEDERER, S. 295; PASSARDI, S. 6.

²⁵³ Hierzu: AICHELE/VIONNET-RIEDERER, S. 295.

²⁵⁴ Art. 675a Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 OR. Siehe ferner: HAAG/GWERDER, S. 482. Damit der VR beurteilen kann, dass keine Gefährdung der Gläubigerforderungen vorliegt, klärt er ab, ob auch nach Ausrichtung der Zwischendividende eine angemessene Eigenkapitalquote besteht. Ebenfalls prüft er, dass die betriebsnotwendige Liquidität weiterhin und auch im Falle einer ausserordentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens vorhanden ist. Hierzu: LIPP, S. 3.

Abs. 3 OR muss auch der Zwischenabschluss inkl. Prüfbericht den Aktionären mindestens 20 Tage vor der GV zugänglich gemacht werden²⁵⁵ und dann anlässlich der GV gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR genehmigt werden, damit er als Beschlussgrundlage für die Zwischendividende dienen kann.²⁵⁶

b. Ausschüttungsantrag

Auch bei der Zwischendividende wird die Ausschüttung vom VR beantragt.²⁵⁷ Beim Ausschüttungsantrag des VR kann unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Zwischenabschluss auf eine entsprechende Prüfung durch die Revisionsstelle verzichtet werden.²⁵⁸ 85

c. GV-Beschluss

Zuletzt muss die GV – analog zur gewöhnlichen Dividende – im Rahmen ihrer unübertragbaren Befugnisse gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR einen Beschluss über die Festsetzung der Zwischendividende fällen.²⁵⁹ An dieser Stelle sei ebenfalls darauf hingewiesen, dass damit implizit auch die GV rechtmässig stattzufinden hat, die Anwesenheit der Revisionsstelle an der GV gem. Art. 731 OR sichergestellt werden muss sowie auch der Beschluss über die Genehmigung des Zwischenabschlusses nicht vergessen werden darf.²⁶⁰ 86

²⁵⁵ Art. 699a Abs. 1 OR.

²⁵⁶ GUIDOUM, Dividenden, N 559.

²⁵⁷ BSK OR II-VOGT, Art. 675a N 31 und N 34. Ferner kann auf die Ausführungen bei der gewöhnlichen Dividende verwiesen werden. Dazu vorne: N 50 ff.

²⁵⁸ PASSARDI, S. 6; AICHELE/VIONNET-RIEDERER, S. 295. Für die Voraussetzungen des Prüfungsverzicht siehe ferner vorne: N 84.

²⁵⁹ AMMANN/HÄRTSCH, S. 512 f.; KUNZ, Aktienkapital, S. 122.

²⁶⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 562–564. Die Ausführungen zur gewöhnlichen Dividende gelten hier analog. Dazu vorne: N 55 f.

V. Rechtsschutz bei zu Unrecht bezogener Dividende

87 Wenn die obengenannten Voraussetzungen zur Ausschüttung von Dividenden nicht erfüllt sind, weil beispielsweise vor der Dividendenausschüttung keine Zuweisung an die gesetzlichen Reserven erfolgt ist, dennoch aber eine Dividende bezogen wurde, fragt sich, was dagegen unternommen werden kann. Art. 678 Abs. 1 OR bestimmt, dass Empfänger von ungerechtfertigten Dividenden der Gesellschaft rückerstattungspflichtig werden.²⁶¹

A. Rückerstattungsklage gem. Art. 678 f. OR

88 Geldzahlungen, die von der Gesellschaft ungerechtfertigt an die Beteiligten oder die Organe bzw. ihnen nahestehenden Personen ausgerichtet wurden, sind Gegenstand der Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 1 OR und es wird dabei der Zweck verfolgt, die gesetzmässige Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen bzw. zu erhalten.²⁶² Die gesetzlichen Voraussetzungen für rechtmässige Vermögensverschiebungen finden sich im Fall von Art. 678 Abs. 1 OR an anderen Stellen im Gesetz, Art. 678 OR dient nur deren Durchsetzung.²⁶³

89 Zurückzuerstatten sind u.a. Dividenden, wobei deren Art sowie auch deren Beschaffung keine Rolle spielt.²⁶⁴ Die Dividenden sind dem Wortlaut zufolge jedoch nur rückforderbar, wenn diese *ungerechtfertigt* bezogen wurden.²⁶⁵ Ungerechtfertigt bezogen wurden Dividenden immer dann, wenn sie unter Missachtung der massgebenden materiellen oder formellen Ausschüttungsvoraussetzungen oder unter Verletzung massgebender Statutenbestimmungen ausgeschüttet wurden.²⁶⁶ Der Verstoss gegen solche Vorschriften führt zum Wegfall des Rechtsgrunds für die entsprechende Ausschüttung.²⁶⁷ Beruht eine Dividendenausschüttung beispielsweise auf einem Jahresabschluss, der weder einen Bilanzgewinn noch hierfür gebildete Reserven in der geforderten Höhe aufweist oder auf einem Bilanzgewinn, der nur durch Verstoss gegen die Vorschriften der Rechnungslegung zustande kam, ist diese ungerechtfertigt.²⁶⁸ Im erwähnten

²⁶¹ VON DER CRONE, N 531; GUIDOUM, Dividenden, N 665.

²⁶² BÖCKLI, § 14 N 92 und N 98; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 31.

²⁶³ BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 2, welcher darauf hinweist, dass Art. 678 OR deshalb eine Verweisungsnorm darstellt.

²⁶⁴ ZK OR-MABILLARD, Art. 678 (Art. 678, 678a OR 2020) N 17 f. Es spielt demnach keine Rolle, ob es sich um ordentliche, ausserordentliche oder Zwischendividenden handelt und ob diese als Geld-/Sach- oder Wahldividenden ausgeschüttet wurden. Hierzu: BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 65.

²⁶⁵ GUIDOUM, Dividenden, N 668.

²⁶⁶ ZK OR-MABILLARD, Art. 678 (Art. 678, 678a OR 2020) N 31; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 2; CHK OR-SCHMID/WALTER, Art. 678 N 7.

²⁶⁷ BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 59.

²⁶⁸ Urteil (des Bundesgerichts) 4A_420/2011 vom 14. Mai 2012 E. 4; VON DER CRONE, N 535; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 104.

Fall ist der GV-Beschluss als nichtig zu qualifizieren.²⁶⁹ Dem nichtigen Ausschüttungsbeschluss wird der erfolgreich angefochtene und deshalb aufgehobene GV-Beschluss gleichgestellt; auch Ausschüttungen, die auf einem solchen Beschluss beruhen, gelten als ungerechtfertigt.²⁷⁰

Aktivlegitimiert zur Rückerstattungsklage ist vorderhand die Gesellschaft als ungerechtfertigt 90
entreicherte juristische Person sowie aber auch alle Aktionäre, welche als Prozessstandschafter auf Leistung an die Gesellschaft klagen können.²⁷¹ Der Anstoss zur Anhebung einer Rückerstattungsklage kann schliesslich nach Art. 678 Abs. 5 OR auch von der GV ausgehen, welche wahlweise den VR oder einen Vertreter mit der Prozessführung betrauen kann.²⁷²

Passivlegitimiert sind die in Art. 678 Abs. 1 OR aufgeführten Personen, worunter insbesondere 91
seit der Aktienrechtsrevision auch *mit der Geschäftsführung befasste Personen* fallen, womit nun auch faktische Organe als Beklagte in Frage kommen.²⁷³

Die Verjährung richtet sich nach dem mit der Revision neu eingefügten Art. 678a OR und be- 92
trägt *relativ* drei Jahre ab Kenntnis des Anspruchs sowie *absolut* zehn Jahre ab Empfang der Leistung.²⁷⁴

Schlussendlich wurde die Bestimmung mit der Gesetzesrevision – genauer mit Art. 678 93
Abs. 3 OR²⁷⁵ – dahingehend verändert, dass ein noch bereicherter Empfänger einer ungerechtfertigten Leistung immer rückerstattungspflichtig ist, egal ob er böse- oder gutgläubig ist.²⁷⁶ Dies ist – wie ein Teil der Lehre m.E. richtigerweise betont – zumindest vor dem Hintergrund problematisch, dass im Falle einer kapitalproportionalen Dividendenausschüttung oft gar keine Be-

²⁶⁹ ZK OR-MABILLARD, Art. 678 (Art. 678, 678a OR 2020) N 32.

²⁷⁰ BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 99; MESSER, N 643. Weiterführend dazu GUIDOUM, Dividenden, N 669: «Umgekehrt bedeutet dies, dass ein anfechtbarer Ausschüttungsbeschluss, der innerhalb der zweimonatigen Anfechtungsfrist (Art. 706a Abs. 1 OR) nicht angefochten wird, als ‘geheilt’ zu betrachten ist; gestützt darauf geleistete Dividenden [...] sind dann nicht länger ungerechtfertigt gemäss Art. 678 Abs. 1 OR und können nicht mehr zurückgefordert werden.»

²⁷¹ CHK OR-SCHMID/WALTER, Art. 678 N 9; BÖCKLI, § 14 N 124.

²⁷² DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 101. Die Gläubiger sind hingegen – mit gewissen Ausnahmen im Konkurs – nicht aktivlegitimiert. Hierzu: BÖCKLI, § 14 N 127 f.

²⁷³ Botschaft Aktienrecht 2016, S. 528. Eingehend: BÖCKLI, § 14 N 129 ff.

²⁷⁴ VON DER CRONE, N 546.

²⁷⁵ Art. 678 Abs. 1 OR erklärt die betreibungsrechtliche Einrede der nicht mehr bestehenden Bereicherung nach Art. 64 OR für anwendbar; die früher vorausgesetzte Bösgläubigkeit fällt weg. Hierzu: GUIDOUM, Dividenden, N 672 f.

²⁷⁶ VON DER CRONE, N 540; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 237.

reicherung vorliegt und die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung dem Einredenden somit versagt sein wird.²⁷⁷ So sollte dem Dividendenempfänger wohl eher die Einrede der gutgläubigen Entreicherung zustehen, ohne dass dieser vorher bereichert gewesen sein muss.²⁷⁸

- 94 Ferner ist eine Rückerstattung aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. Art. 62–67 OR denkbar und im Konkurs der Gesellschaft können allenfalls paulianische Anfechtungsklagen²⁷⁹ erhoben werden.²⁸⁰ Überdies ist die Liberierungsklage nach Art. 680 Abs. 2 OR zu erwähnen, welche erhoben werden kann, wenn ungerechtfertigte Dividenden in das Grundkapital eingreifen und zum Wiederaufleben der aktionärsrechtlichen Liberierungspflicht führen.²⁸¹ Vorbehalten bleiben natürlich weiterhin allfällige Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 754 ff. OR für Organe, die bei der Beschlussfassung über unrechtmässige Leistungen mitgewirkt haben und dadurch ihre Pflichten verletzt haben.²⁸²

B. Verhältnis zur Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR

- 95 Wie vorne erwähnt, setzt eine Rückerstattungspflicht nach Art. 678 Abs. 1 OR voraus, dass eine Leistung bzw. in unserem Fall eine Dividendenausschüttung in ungerechtfertigter Weise erbracht wurde, wobei die Missachtung der entsprechenden Vorschrift ein Wegfallen des Rechtsgrundes der entsprechenden Leistung zur Folge hat.²⁸³
- 96 Im Fall, dass der Ausschüttung ein nichtiger GV-Beschluss zu Grunde liegt, ist der Fall klar; es kann direkt Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 1 OR erhoben werden.²⁸⁴ Dasselbe gilt auch bei Leistungen, die auf einem VR-Beschluss und einem Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft sowie dem Leistungsempfänger beruhen und nach Art. 678 Abs. 1 OR für die Rückerstattungspflicht eine (Teil-)Unwirksamkeit des Geschäfts voraussetzen.²⁸⁵

²⁷⁷ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 100; GUIDOUM, Dividenden, N 672 f.

²⁷⁸ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 100; GUIDOUM, Dividenden, N 672 f. In diese Richtung auch: VON DER CRONE, N 540; KÄGI, § 9 N 69 *in fine*.

²⁷⁹ Art. 285–292 SchKG.

²⁸⁰ GUIDOUM, Dividenden, N 677 ff. Zwischen der Rückerstattungsklage und dem Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung herrscht der neueren Literatur zufolge Anspruchskonkurrenz. Hierzu: GUIDOUM, Dividenden, N 677; VON DER CRONE, N 548.

²⁸¹ GUIDOUM, Dividenden, N 674–676; BÖCKLI, § 14 N 146.

²⁸² BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 1 und N 285a. Auch zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Rückforderungsklage herrscht Anspruchskonkurrenz. Hierzu: Urteil (des Bundesgerichts) 4A_465/2022, 4A_467/2022 vom 30. Mai 2023 E. 4.2.2; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 103.

²⁸³ BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 98 f. Dazu auch vorne: N 89.

²⁸⁴ VON DER CRONE/MAUCHLE, S. 204 f.; SPÖRRI, § 20 N 4. Die Nichtigkeitsklage gem. Art. 706b OR ist als Feststellungsklage immer subsidiär. Hierzu: BÖCKLI, § 14 N 143.

²⁸⁵ BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 284.

Beruhet die Ausschüttung jedoch lediglich auf einem anfechtbaren GV-Beschluss, so muss dieser vorab erfolgreich angefochten worden sein, damit dadurch der Rechtsgrund entfällt und die Leistung ungerechtfertigt ausgeschüttet bzw. bezogen wurde.²⁸⁶ Umstritten ist dabei, ob die klagende Partei für eine Leistung, welche auf einem anfechtbaren Beschluss beruht, jedoch nicht entsprechend Art. 706a Abs. 1 OR innert zwei Monaten angefochten wurde, trotzdem noch Rückerstattung verlangen kann.²⁸⁷ Die überwiegende Lehre²⁸⁸ verneint dies meiner Meinung nach zu Recht. Dies vermag zu überzeugen, weil mit der späteren Zulassung der Beschlussaufhebung durch Rückerstattungsklage der Zweck der kurzen Anfechtungsfrist unterlaufen werden würde und der unangefochtene GV-Beschluss durch das Verstreichen der zweimonatigen Frist rechtsbeständig wird, sodass der Empfänger die Leistung i.S.v. Art. 678 OR gerechtfertigt bezogen hat.²⁸⁹ Die kurze Anfechtungsfrist aus Art. 706a Abs. 1 OR bezweckt nämlich, im Sinne der Rechtssicherheit und unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten möglichst rasch abzuklären, ob und in welchem Umfang die Rechtsbeständigkeit von GV-Beschlüssen ungewiss ist und mit deren Aufhebung gerechnet werden muss.²⁹⁰

97

²⁸⁶ MESSER, N 643. Die Frage, ob tatsächlich ein Anfechtungsgrund vorliegt, darf durch das Gericht nicht nur vorfrageweise im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Rückerstattungsklage geklärt werden, sondern es muss ein beschlussaufhebendes Urteil vorliegen. Hierzu: BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 284a.

²⁸⁷ VON DER CRONE/MAUCHLE, S. 204.

²⁸⁸ BÖCKLI, § 14 N 144; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 284a mit Hinweis auf Obergericht (ZH) LB120095 vom 22. Juli 2013, E. 3.4 S. 12 f.; SPÖRRI, § 20 N 5 ff.; KÄGI, § 9 N 54; ZK OR-MABILLARD, Art. 678 (Art. 678, 678a OR 2020) N 111 m.w.H. auch auf a.M.

²⁸⁹ BGE 86 II 78 E. 6a S. 87 f.; VON DER CRONE/MAUCHLE, S. 204; BÖCKLI, § 14 N 144.

²⁹⁰ BGE 86 II 78 E. 6 S. 88 *in fine*.

VI. Schutz für Minderheitsaktionäre

- 98 Der Minderheitenschutz ist eine der beiden tragenden Säulen des schweizerischen Kapitalgesellschaftsrechts und hat deshalb grosse Bedeutung.²⁹¹ Minderheitenrechte sind – im Gegensatz zu den Individualrechten, die alleine und basierend auf der Gesellschafterstellung ausgeübt werden können – Rechte, die nur durch die Gesellschafter wahrgenommen werden können, wenn diese mit ihrer Kapitalbeteiligung einen gesetzlich vorgeschriebenen Richtwert überschreiten.²⁹² Ferner findet bei einer Aktiengesellschaft die Entscheidfindung – im Gegensatz zu den Personengesellschaften, bei welchen das Einstimmigkeitsprinzip gilt – grundsätzlich unter Anwendung des Mehrheitsprinzips statt, womit der Aufwand zur Entscheidfindung gesenkt werden und die Funktionalität in der Willensbildung sichergestellt werden kann.²⁹³ Dabei unterwirft sich – wie vorne erwähnt²⁹⁴ – eine Minderheit der Mehrheit und rechtmässige Beschlüsse der Mehrheit müssen akzeptiert werden, ausser es liegt ein offensichtlicher Machtmissbrauch vor.²⁹⁵ Eine logische Folge des bei der Aktiengesellschaft vorherrschenden Grundsatzes der Kapitalherrschaft ist die Bildung von Aktionärsmehrheiten und -minderheiten.²⁹⁶ Da, wie erörtert, kein absolutes Recht auf eine jährliche Dividendenausschüttung besteht,²⁹⁷ kann es Minderheitsaktionären also passieren, dass sie durch die Thesaurierung von Gewinnen «*ausgehungert*» werden.²⁹⁸ Als Gegenstück dazu kann es auch vorkommen, dass der Gesellschaft – basierend auf Mehrheitsbeschlüssen, entgegen der Minderheit – grosse Beträge entnommen werden, obwohl diese für Neuinvestitionen gebraucht werden würden und die Gesellschaft dadurch «*ausgeblutet*» wird.²⁹⁹ Das Mehrheitsprinzip und der Grundsatz der Kapitalherrschaft erfahren insbesondere durch die Minderheitenschutzrechte entscheidende Eingrenzungen.³⁰⁰
- 99 *De lege lata* finden sich in der schweizerischen Rechtsordnung diverse solche Schutzrechte, damit Minderheitsgesellschafter nicht benachteiligt werden.
- 100 In den meisten Fällen, in welchen Minderheitsaktionäre «*ausgehungert*» werden, ist es so, dass sich die Mehrheitsaktionäre über andere Leistungen als über eine Dividende an den Gewinnen

²⁹¹ KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 10; JUTZI, S. 50.

²⁹² VON DER CRONE, N 763 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 219 und N 222. Vgl. auch: KNOBLOCH, S. 63 f. Ein Beispiel dafür ist das Recht auf Einberufung einer GV mit den Schwellenwerten von Art. 699 Abs. 3 OR.

²⁹³ GERMANN, N 14.

²⁹⁴ Dazu vorne: N 68.

²⁹⁵ BGE 102 II 265 E. 3 S. 269; BGE 99 II 55 E. 4b S. 62.

²⁹⁶ JUTZI, S. 52.

²⁹⁷ Dazu vorne: N 15 ff.

²⁹⁸ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 27.

²⁹⁹ BK OR-GLANZMANN, Art. 660 und 661 N 3.

³⁰⁰ VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 862; JUTZI, S. 52 f.

der Gesellschaft beteiligen.³⁰¹ Oft machen sie dies über Lohnzahlungen, Zinsen für persönliche Darlehen o.Ä.³⁰² Werden solche Leistungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung ausbezahlt (z.B. Auszahlung eines viel zu hohen Lohnes), kann dies unter den Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung fallen und die Leistungsempfänger werden der Gesellschaft im Rahmen von Art. 678 Abs. 2 OR rückerstattungspflichtig.³⁰³

Ein wichtiges Schutzelement für die Minderheitsaktionäre gegen den Machtmissbrauch der Mehrheitsaktionäre ist die Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR.³⁰⁴ Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips erweist sich die Auflösungsklage als subsidiär, solange der Minderheitsaktionär seine Interessen auch mit milderem Mittel wie z.B. mit einer Anfechtungsklage³⁰⁵ wahrnehmen kann.³⁰⁶ Ebenso ist die Auflösung nur *ultima ratio* anzuordnen und stets eine «andere sachgemässe Lösung» gem. Art. 736 Abs. 2 OR vorzuziehen.³⁰⁷ Als «andere sachgemässe Lösungen» – welche für einen Aktionär, der «ausgehungert» wird, relevant sein könnten – werden in der Literatur sowie auch schon in den parlamentarischen Beratungen insbesondere eine richterliche Änderung der Dividendenpolitik i.S.e. Ausschüttungszwangs,³⁰⁸ eine statutarische Mindestdividende³⁰⁹ sowie eine asymmetrische Spaltung³¹⁰ oder der Rückkauf der Aktien eines Minderheitsaktionärs³¹¹ diskutiert.³¹²

³⁰¹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 30.

³⁰² BK OR-GLANZMANN, Art. 660 und 661 N 5.

³⁰³ BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 204 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 8 N 97 und § 11 N 30. Ausserdem wäre eine verdeckte Gewinnausschüttung auch steuerrechtlich relevant. Hierzu: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 30.

³⁰⁴ BGE 105 II 114 E. 6b S. 125; CHK OR-BENEDICK, Art. 736 N 7.

³⁰⁵ Art. 706 OR.

³⁰⁶ Urteil (des Bundesgerichts) 4A_164/2011 vom 10. November 2011 E. 3.2; BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 736 N 22.

³⁰⁷ CHK OR-BENEDICK, Art. 736 N 10; BÖCKLI, § 14 N 324. Zum Verhältnis zwischen Auflösung und einer «anderen sachgemässen Lösung»: VOGT/ENDERLI, S. 244. Das BGer betont in Urteil (des Bundesgerichts) 4A_164/2011 vom 10. November 2011 E. 3.2: «Die Auflösung stellt aber ein eigentliches Notinstrument, eine *ultima ratio* dar für den Fall, dass die Anwendung des Mehrheitsprinzips zu einer unerträglichen Situation führt; dies trifft im Wesentlichen dann zu, wenn die Mehrheit systematisch entgegen den Gesellschaftsinteressen oder den Rechten und legitimen Interessen der Minderheitsaktionäre handelt. Die Möglichkeit einer Auflösung soll nicht dazu führen, dass das Mehrheitsprinzip ausgehebelt wird; die Frage einer Auflösung stellt sich nicht bereits aufgrund des blossen Umstands, dass eine Minderheit die von der Mehrheit getroffene Entscheidung nicht akzeptieren will [...]».

³⁰⁸ Statt vieler: VOGT/ENDERLI, S. 243; KNOBLOCH, S. 228 f.; CHK OR-BENEDICK, Art. 736 N 11; GERMANN, N 1972. Ebenso: Votum Hefti, AB StR 1988, S. 518.

³⁰⁹ Statt vieler: KUNZ, Minderheitenschutz, § 14 N 63; HABEGGER, § 15 N 53 ff.; HÖHN, S. 126. Dazu sogleich hinten: N 102.

³¹⁰ Statt vieler: BSK OR II-STÄUBLI/HOHLER, Art. 736 N 27; BÖCKLI, § 14 N 331 m.w.H. Ebenso: Votum Hefti, AB StR 1988, S. 518.

³¹¹ Statt vieler: HÖHN, S. 123 f.; BÖCKLI, § 14 N 329 m.w.H. Ebenso: Votum Hefti, AB StR 1988, S. 518.

³¹² VOGT/ENDERLI, S. 243; KUNZ, Wirtschaftsrecht, § 10 N 248 und insbesondere FN 677. Eingehend und mit weiteren Vorschlägen einer «anderen sachgemässen Lösung»: HABEGGER, § 12–17.

- 102 Vor dem Hintergrund, dass die Statutengestaltung als effizientes Mittel des Minderheitenschutzes gilt und weit verbreitet ist, könnte die Einführung einer statutarischen Mindestdividende für die Minderheitsaktionäre nicht nur im Kontext der «anderen sachgemässen Lösung», sondern auch sonst erstrebenswert sein.³¹³ Die Einführung der statutarischen Mindestdividende wird aber – ausserhalb der gerichtlichen Anordnung als «andere sachgemässe Lösung» – nur möglich sein, wenn genügend Aktionäre und insbesondere auch eine allfällige Aktionärsmehrheit die Statutenänderung unterstützen.³¹⁴ Ausgegangen davon, dass es – unbesehen auf welchem Weg – tatsächlich zur Aufnahme einer statutarischen Mindestdividende kommen sollte, müsste die entsprechende Statutenbestimmung jedoch weiterhin die gesetzlichen Schranken der Dividendenausschüttung (insbesondere Art. 674 und Art. 675 OR) respektieren und es müssten zusätzliche Massnahmen wie z.B. Vorschriften über die Rechnungslegung oder Ernennung einer neutralen Revisionsstelle in die Statuten aufgenommen werden, um zu verhindern, dass die Mehrheitsaktionäre den Reingewinn auf andere Weise beseitigen.³¹⁵ Die statutarische Mindestdividende bringt aber noch weitere Probleme: Einerseits kann sie durch Statutenänderung mittels Mehrheitsbeschluss jederzeit wieder aus den Statuten gestrichen werden und andererseits sind GV-Beschlüsse, welche gegen die entsprechende Statutenbestimmung über die Mindestdividende verstossen, lediglich anfechtbar gem. Art. 706 OR, was bei Gutheissung der Klage zu einer Aufhebung des Beschlusses führt, aber nicht zur Auszahlung einer Dividende.³¹⁶ Im Schrifttum wird deshalb die gerichtliche Anordnung einer statutarischen Mindestdividende nach Ansicht des Verfassers zu Recht als eine zu starre Lösung, die sich auf Dauer als wenig sachgerecht erweist, beschrieben.³¹⁷
- 103 Wie schon thematisiert, gibt es zwar kein absolutes Recht auf Dividende,³¹⁸ jedoch werden die Minderheitsgesellschafter durch den zweiten Teilaspekt des «Rechts auf Dividende» – dem absoluten Recht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft – geschützt, da die Gewinnstrebigkeit der

³¹³ WEBER, S. 80; HABEGGER, § 15 N 5.

³¹⁴ Art. 703 Abs. 1 OR. Siehe ferner: ROHDE/BERGER, S. 98.

³¹⁵ HÖHN, S. 126; HABEGGER, § 15 N 53 f. Durch eine statutarische Mindestdividende wird der VR nämlich insbesondere noch nicht daran gehindert, stille Reserven zu schaffen und so den Gewinn zu schmälern. Hierzu: ROHDE/BERGER, S. 101.

³¹⁶ GUIDOUM, Dividenden, N 194. In diese Richtung auch: HÖHN, S. 126 ff. Zu den Schwierigkeiten der Anfechtungsklage siehe ferner vorne: N 67 ff.

³¹⁷ ROHDE/BERGER, S. 101; WEBER, S. 74; HABEGGER, § 15 N 55; HÖHN, S. 126 f.

³¹⁸ Dazu vorne: N 15 ff.

Gesellschaft nur durch einen einstimmigen GV-Beschluss gem. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR abgeändert werden kann.³¹⁹ Stimmen also die Minderheitsgesellschafter der Aufhebung der Gewinnstrebigkeit nicht zu, muss die Gesellschaft zumindest langfristig bestrebt sein, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln einen Gewinn zu erwirtschaften.³²⁰ Ein «Ausbluten» der Gesellschaft kann ferner auch die Verantwortlichkeit der Organe nach Art. 754 ff. OR begründen.³²¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das schweizerische Recht *de lege lata* den Minderheitsaktionären einen relativ ausgeprägten Schutzmechanismus zur Verfügung stellt. Dass wohl im Endeffekt nicht alle Massnahmen bzw. Minderheitenschutzrechte sehr effektiv sind, dürfte nicht zuletzt dem bei der Aktiengesellschaft vorherrschenden Mehrheitsprinzip geschuldet sein. Schlussendlich ist dabei auch immer zu beachten, dass sich der Aktionär mit dem Eintritt in die Gesellschaft, bewusst dem Willen der Mehrheit unterwirft und er es somit auch hinnehmen muss, wenn diese nicht die in seinen Augen bestmögliche Lösung trifft.³²² Nach der hier vertretenen Meinung präsentiert sich der Minderheitenschutz in seiner jetzigen Gestalt als ausreichend und es besteht *de lege ferenda* keinen Handlungsbedarf. Diese Einschätzung gründet nicht zuletzt darauf, dass Erweiterungen von Rechtspositionen (z.B. die Vergrösserung des Minderheitenschutzes) auch immer die Versuchung und die Gefahr des Missbrauchs mit sich bringen, was eine Gesellschaft geradezu lahmlegen kann.³²³ Da die Rechtsordnung im stetigen Wandel ist, wird es bestimmt auch in Zukunft Veränderungen und Optimierungen im Bereich des Minderheitenschutzes geben. Vor dem Hintergrund des Missbrauchspotentials ist der Legislator jedoch nach vorliegender Auffassung gut beraten, den Minderheitenschutz nicht ausufern zu lassen, um die Funktionsfähigkeit von Gesellschaften weiterhin gewährleisten zu können.

104

³¹⁹ Dazu vorne: N 14.

³²⁰ BGE 100 II 384 E. 4 S. 393. Eingehend und m.w.H.: GUIDOUM, Dividenden, N 17 f.

³²¹ BK OR-GLANZMANN, Art. 660 und 661 N 6. Dies kann sogar so weit gehen, dass auch Grossaktionäre verantwortlichkeitsrechtlich herangezogen werden können. Hierzu: DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 31 und § 14 N 37.

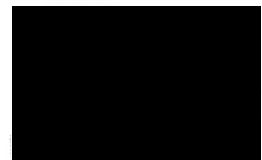
³²² BGE 95 II 157 E. 9b S. 163; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 9 N 24.

³²³ KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 232; JUTZI, S. 50 f.

Selbständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.»³²⁴

Bern, 20. Dezember 2024



Alex Zumtaugwald

³²⁴ Art. 42 Abs. 2 RSL RW.