



LJZ

LIECHTENSTEINISCHE

JURISTEN-ZEITUNG

Eigentümer, Herausgeber und Verleger: Vereinigung Liechtensteinischer Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VLRS), Vaduz, c/o Fürstliches Landgericht, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1

Heft 2

Juni 2025

46. Jahrgang

Inhaltsverzeichnis

Vorab	49	Rechtsprechungsübersicht	112
Abhandlungen		Mitteilungen	113
Christian Maitz:			
Art 4 Abs 2 RAG ist wohl nicht mit			
Art 28 EWRA vereinbar	50	Amtliche	
Konstantina Papathanasiou:		Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES)	
Strafbarkeitsrisiken im Sanktionenrecht –		EFTA Gerichtshof.....	79
das liechtensteinische ISG und die neuen		Staatsgerichtshof	91
EU-Straftatbestände	52	Verwaltungsgerichtshof	102
Thomas Plattner:		Fürstlicher Oberster Gerichtshof	106
Das liechtensteinische Geldspielrecht im		Fürstliches Obergericht	120
Grundriss und vergleichend zur Schweiz			
unter Miteinbezug der schweizerischen			
Gesetzgebung zu Online-Spielbanken.....	61		
Wolfram Purtscheller:			
Einbringung von Rechtsmitteln mittels E-Mail			
im Zivilprozess	69		
Patricia M. Schiess Rütimann:			
Keine kurzen Wege für die Gleichstellung.....	72		
Hermann Schöpf:			
Erbrechtsreform 2024 – ein kurzer Überblick			
über die seit 1. August 2024 geltende neue			
Rechtslage	93		
Daria Tschütscher:			
Grenzen der elterlichen Freizügigkeit bei			
Auslandsumzügen mit Kindern – eine			
Auseinandersetzung mit dem Entscheid			
des EFTA-Gerichtshofs zu E-15/24 A v B.....	99		
Domenik Vogt / Julian Nigg:			
Das Verbot der Einlagenrückgewähr bei			
der liechtensteinischen Aktiengesellschaft.....	104		

ein Zustimmungserfordernis nicht erschwert werden. Die Regierung hielt hierzu fest, dass sie diesem Vorschlag nicht folge. Die Festlegung einer in Kilometern bestimmten Distanz der Aufenthaltsverlegung, ab der die Zustimmung des anderen Elternteils oder der Genehmigung des Gerichts bedürfen soll, stelle eine willkürliche Lösung dar, die zu unsachlichen Ergebnissen führe und leicht umgangen werden könne. Zwar hielt die Regierung somit am Zustimmungserfordernis beider pflege- und erziehungsberechtigter Elternteile fest, betonte aber, dass das Gericht bei Uneinigkeit der Eltern eine umfassende Interessenabwägung unter Einbeziehung des Kindeswohls und der Grundrechte vorzunehmen habe.²³

Zusammenfassend zeigt sich, dass der liechtensteinische Gesetzgeber mit § 146b Abs. 3 ABGB bewusst eine strikte Regelung für Auslandszüge geschaffen hat, die im Interesse des Kindeswohls eine doppelte Absicherung – durch elterliche Zustimmung oder gerichtliche Genehmigung – vorsieht. Diese gesetzliche Konzeption ist mit der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs grundsätzlich vereinbar, sofern die gerichtliche Prüfung in Fällen fehlender elterlicher Einigung nicht schematisch erfolgt, sondern im Lichte der konkreten Umstände des Einzelfalls eine verhältnismässige Abwägung vornimmt.²⁴ Der Gerichtshof stellte in der Entscheidung E-15/24 klar, dass nationale Regelungen, welche eine Zustimmung oder gerichtliche Genehmigung für einen Auslandszug verlangen, nicht gegen das EWR-Recht verstossen, solange sie geeignet und erforderlich sind, das Kindeswohl zu schützen, und keine pauschalen Annahmen – etwa über die Vorteilhaftigkeit des bisherigen Wohnortes – getroffen werden. Für Liechtenstein folgt daraus, dass die Gerichte im Rahmen von § 146b Abs. 3 ABGB insbesondere auch die spezifischen regionalen Gegebenheiten – wie die Kleinräumigkeit des Landes, die enge Verflechtung mit dem angrenzenden Ausland und die tatsächliche Nähe der Wohnorte – sorgfältig zu berücksichtigen haben. Nur so lässt sich sicherstellen, dass sowohl der verfassungsrechtliche Schutz der Elternrechte als auch das Kindeswohl in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander gewahrt bleiben.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr bei der liechtensteinischen Aktiengesellschaft

*Domenik Vogt, Julian Nigg**

1. Einleitung

Was einer Aktiengesellschaft an Eigenkapital zugeführt wird, durchläuft grundsätzlich eine Einbahnstrasse. Sobald die Einlagen des Aktionärs einmal bei der Gesellschaft angelangt sind, untersagt das Verbot der Einlagenrückgewähr grundsätzlich die Entnahme dieser zugeschossenen Mittel. Gerade bei M&A-Transaktionen und Unternehmensfinanzierungen tauchen regelmässig Konstellationen auf, die als potentielle Einlagenrückgewähr zu qualifizieren sind und dementsprechend einer genauen Prüfung unterzogen werden müssen. Das Verbot der Einlagenrückgewähr setzt insbesondere der Darlehensgewährung und Sicherheitenbestellung in Konzern Grenzen. So kann ein Darlehen einer Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft unter bestimmten Umständen als Ausschüttung von geschütztem Eigenkapital an die Aktionärin gesehen werden und damit gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen.¹ Dies gilt auch für Darlehen an Schwestergesellschaften (sog. Cross-stream Darlehen), da die Darlehensvaluta diesfalls über die Beteiligungsverhältnisse indirekt an die Muttergesellschaft als Aktionärin der Darlehensgeberin und der Darlehensnehmerin fliessen.² Eine cross-stream-Leistung kann nämlich im Sinne der Dreieckstheorie als eine upstream-Leistung an die Muttergesellschaft mit einer anschliessenden downstream-Leistung an die empfangende Schwestergesellschaft verstanden werden.³ Die gleichen Probleme stellen sich, wenn eine Gesellschaft ein Darlehen ihrer Muttergesellschaft bzw ihrer Schwestergesellschaft besichert.

In der liechtensteinischen Literatur und Rechtsprechung fristet die Einlagenrückgewähr bisher eher ein Schattendasein,⁴ was aber ihrer enormen Bedeutung in

²³ BuA Nr 93/2013, S 85 f.

²⁴ Der Entscheid über die (vorläufige) Zustimmung zur Wohnsitzverlegung hat gemäss der Rechtsprechung des OGH zu 06 EG.2016.117, publiziert in LES 2016, 117, im Provisorialverfahren nach den Vorschriften der Exekutionsordnung zu ergehen, sofern er während eines laufenden Ehescheidungsverfahrens getroffen wird; siehe hierzu auch die Anmerkung von Wilhelm Ungerank in LES 2016, 117, der auf die daraus resultierenden systematischen Inkohärenzen verweist: Je nach prozessualen Stadium – etwa vor oder während eines Scheidungsverfahrens – gelten unterschiedliche Rechtsmittelfristen und Möglichkeiten des Zugangs zum OGH, was einen nicht zu rechtfertigenden Widerspruch darstelle.

* Dr. Domenik Vogt, LL.M. (WU), LL.M. (Cambridge), ist Rechtsanwalt und Partner bei Gasser Partner Rechtsanwälte (Kontakt: domenik.vogt@gasserpartner.com). Seine Beratungsschwerpunkte liegen in den Bereichen M&A, Gesellschaftsrecht sowie Stiftungs- und Trustrecht.

Julian Nigg, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Niedermüller Rechtsanwälte (Kontakt: jni@niedermueller.law). Seine Beratungsschwerpunkte liegen im liechtensteinischen Stiftungs-, Trust- und sonstigen Gesellschaftsrecht.

¹ VGH 06.07.2018, VGH 2018/050, GE 2018, 334; OGH 01.02.2017, 09 CG.2016.111, GE 2017, 132.

² BGE 140 III 533.

³ Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011, 229 (235); Böckli, Schweizer Aktienrecht⁵ (2022) § 7 Rz 61 FN 176, Rz 66 FN 197; Neubaus/Watter, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg), Festschrift für Peter Böckli (2006) 173 (212 f); vgl auch Vogt in Watter/Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht II⁶ (2023) Art 680 Rz 98.

⁴ Schopper/Walch, Die Reform der liechtensteinischen GmbH, IJZ 2017/1, 1 (10 FN 105); Walch, Zum Missbrauch der Vertretungsmacht und der Wissenszurechnung, IJZ 2020, 250, spricht davon, dass die Problematik der Verstösse gegen das Verbot der Ein-

der Praxis nicht gerecht wird. Schliesslich sind die Rechtsfolgen der verbotenen Einlagenrückgewähr äusserst drakonisch: Generalversammlungsbeschlüsse und Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen, sind *ex tunc* nichtig. Der betroffene Empfänger ist der Gesellschaft zum Rückersatz verpflichtet. Hinzu kommen weitere Ansprüche, zB solche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.⁵

Vor diesem Hintergrund behandelt der gegenständliche Beitrag die Rechtsgrundlagen des Verbots der Einlagenrückgewähr in Liechtenstein, beleuchtet einzelne Fallkonstellationen in der Praxis, bei denen es zu einer Einlagenrückgewähr kommen kann und zeigt Lösungsvorschläge auf, anhand derer Verstösse gegen das Verbot vermieden werden können. Die folgenden Ausführungen beschränken sich dabei primär auf Aktiengesellschaften, da diese besonders von der Problematik der Einlagenrückgewähr betroffen und in der Praxis sehr oft an entsprechenden Transaktionen beteiligt sind. Nichtsdestotrotz sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der liechtensteinische Gesetzgeber auch bei anderen Gesellschaftsformen ein Verbot der Einlagenrückgewähr bzw mehr oder minder konkrete Kapitalerhaltungsvorschriften vorschreibt, so zB bei der GmbH⁶ oder der Anstalt.⁷

2. Rechtlicher Rahmen der Einlagenrückgewähr

Nach Eintragung einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister steht das Aktienkapital der Gesellschaft grundsätzlich zur freien Verfügung und dient ihr zur Erreichung ihres Zwecks. Dennoch geniesst das Aktienkapital insofern einen besonderen gesetzlichen Schutz, als es den Gesellschaftsgläubigern als rechnerische Haftungsreserve (Sperrquote) dient.⁸ Eine Reihe von Kapitalerhaltungsvorschriften soll verhindern, dass das aufgebrachte Kapital durch freiwillige Massnahmen der Aktionäre zu Lasten der Gläubiger wieder geschmälert wird. Diese zwingenden Bestimmungen sollen sohin letztlich sicherstellen, dass der Aktiengesellschaft stets ein Reinvermögen (das heisst Aktiven minus Fremdkapital) mindestens

im Umfang vom Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt.⁹

Ein Grundpfeiler dieser Kapitalerhaltungsvorschriften ist das Verbot der Einlagenrückgewähr, eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts.¹⁰ Dieses ist für die Aktiengesellschaft in Art 308 Abs 2 PGR normiert, wonach dem Aktionär weder vor noch bei der Auflösung der Gesellschaft ein Recht zusteht, den eingezahlten Betrag oder die Sacheinlagen zurückzufordern.¹¹ Art 308 Abs 2 PGR entspricht im Wesentlichen Art 680 Abs 2 des schweizerischen OR und beruht auf Art 721 Abs 2 des Entwurfs Huber¹² und Art 677 Abs 2 des Entwurfs Hoffmann.¹³ Art 308 Abs 2 PGR ist nahezu wortgleich mit Art 721 Abs 2 des Entwurfs Huber und Art 677 Abs 2 des Entwurfs Hoffmann und erwähnt zusätzlich explizit noch die Sacheinlagen, die ebenso nicht zurückgefordert werden dürfen. Die Erwähnung der Sacheinlagen dürfte jedoch deklarativen Charakter haben, zumal unbestritten ist, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht bloss auf technisch «eingezahlte» Beträge, sondern auch auf andersartig geleistete Beträge, dh auf Sacheinlagen und Verrechnungslieferungen, anwendbar ist.¹⁴ Das Verbot der Einlagenrückgewähr bezweckt den Schutz des Vermögens der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär zugunsten der anderen Aktionäre (insbesondere der Minderheitsaktionäre), der Gesellschaftsgläubiger und der Gesellschaft selber.¹⁵

Eine weitere Konsequenz¹⁶ bzw Ergänzung¹⁷ des Verbots der Einlagenrückgewähr ist die in Art 312 Abs 2 PGR verankerte Einschränkung, wonach Dividendenzahlungen nur aus dem Reingewinn sowie Entnahmen aus hier-

lagenrückgewähr in Liechtenstein nicht so relevant sei wie in Österreich; vgl auch *Wagner/Schwärzler*, Liechtenstein, in *Süss/Wachter* (Hrsg), Handbuch des internationalen GmbH-Rechts⁴ (2021) 1117 (1125).

⁵ *Vogt in Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 110, 111, 113; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht¹³ (2023) § 16 Rz 116 und 118.

⁶ Nach Art 391 Abs 1 PGR kann die Stammeinlage eines GmbH-Gesellschafters nicht zurückgefordert werden und findet gemäss Art 423 Abs 4 PGR eine Rückzahlung bereits geleisteter Einlagen nicht statt.

⁷ Aus dem Anstaltsvermögen darf grundsätzlich nur der verfügbare Reingewinn nach Massgabe des Art 545 Abs 2 PGR entnommen werden; vgl zu den Kapitalerhaltungspflichten im Anstaltsrecht auch *Vogt*, Die liechtensteinische privatrechtliche Anstalt – Eine Rechtsform zwischen Kapitalgesellschaft und Stiftung (2020) 69 ff; *Dejaco*, Die privatrechtliche Anstalt im liechtensteinischen Recht (2020) 172 ff.

⁸ *C. Batliner/Perez Sancho-Vogt*, Liechtenstein, in *Wegen/Spablinger/Barth* (Hrsg), Gesellschaftsrecht des Auslands (5. EL Februar 2022) Rz 49.

⁹ OGH 01.02.2017, 09 CG.2016.111, GE 2017, 132.

¹⁰ *Vogt in Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 69.

¹¹ *F. Marxer*, Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vinkulierung und der Aktionärbindungsverträge (2007) 95.

¹² Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, Vorlage an das schweizerische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1919, verfasst von *Eugen Huber* (zit: Entwurf Huber).

¹³ Schweizerisches Obligationenrecht, II. Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, Vorlage an das schweizerische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1923, verfasst von *Arthur Hoffmann* (zit: Entwurf Hoffmann).

¹⁴ *Kägi*, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke (2012) § 4 Rz 56.

¹⁵ *Vogt in Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 65; *Wolf*, Das Einlagerückgewährsverbot bei Interzessionen im Konzern, Jusletter 2022, 1 (12).

¹⁶ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht (1996) § 50 Rz 110; *Babar/Peyer*, in *Handschin/Jung*, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art 660 – 697m OR² (2021) Art 680 Rz 114; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht¹³ § 16 Rz 116.

¹⁷ *Vogt in Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 675 Rz 3, wonach Art 680 Abs 2 OR dem Schutz des Aktienkapitals diene und Art 675 Abs 2 OR dem Schutz des umfassenderen Eigenkapitals; vgl auch *Vogt in Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 72 und 77, wonach die Verwendung von Eigenkapital ausser durch das Aktienkapital (bzw Art 680 Abs 2 OR) insbesondere auch durch die Verwendungsbeschränkungen (etwa Art 675 Abs 2 OR) eingeschränkt werde.

für gebildeten Reserven erfolgen dürfen. Art 312 Abs 2 PGR ist im Wesentlichen das Pendant zu Art 675 Abs 2 OR. Ursprünglich war diese Einschränkung bei Dividendenzahlungen in Art 312 Abs 1 idF LGBI 1926/4 enthalten. Diese Bestimmung lehnte sich eng an Art 726 des Entwurfs Huber und Art 692 des Entwurfs Hoffmann an. Im Zuge der Umsetzung des Gesellschaftsrechtlichen Acquis des EWR-Abkommens im Jahr 2000 wurde Art 312 PGR neu strukturiert, wobei der nunmehrige Wortlaut von Art 312 Abs 2 PGR gemäss BuA 1998/153 auf Art 15 Abs 1 lit c der Richtlinie 77/91/EWG (KapRL),¹⁸ nunmehr Art 56 Richtlinie (EU) 2017/1132 (GesRRL),¹⁹ basiert.²⁰ Zur Interpretation von Art 312 Abs 2 PGR ist damit primär auf unionsrechtliche Literatur und Rechtsprechung zurückzugreifen. Art 312 Abs 2 PGR dient nach der Rechtsprechung des OGH nicht nur den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch den Interessen der Gesellschaft selbst, allfälliger Minderheitsaktionäre sowie weiterer Wirtschaftsteilnehmer, wobei sich der OGH aber auf Schweizer Literatur und Rechtsprechung bezieht.²¹ Auch aus den Erwägungsgründen der KapRL bzw der GesRRL geht jedoch hervor, dass deren Grundintention der Schutz der Aktionäre und Gläubiger ist.²²

Ergänzend sieht Art 219 Abs 4 PGR vor, dass jene Personen, die entgegen den Vorschriften des Gesetzes Dividenden von der Verbandsperson empfangen haben, zur Rückgabe verpflichtet sind, sofern sie sich nachweisbar zurzeit des Empfanges im bösen Glauben befunden haben. Diese Bestimmung beruht im Wesentlichen auf Art 729 des Entwurfs Huber und Art 695 des Entwurfs Hoffmann und entspricht in ihren Grundsätzen Art 678 Abs 1 OR. Die Revision des Schweizer Aktienrechts vom 19.06.2020 brachte in Bezug auf Art 678 OR jedoch zahlreiche Änderungen,²³ ua wurde auf das Tatbestandsmerkmal des bösen Glaubens verzichtet.

Das Verbot der Einlagenrückgewähr und die weiter reichende Ausschüttungssperre als Ausdruck der Kapitalerhaltung werden zudem durch weitere flankierende Massnahmen rechtlich abgesichert, insbesondere mit:

- a) dem formalisierten Verfahren der Kapitalherabsetzung (Art 355 ff PGR);
- b) der Beschränkung des Erwerbs eigener Aktien (Art 306a ff PGR), wonach der Erwerb eigener Aktien nicht dazu führen darf, dass das Nettoaktivvermögen, wie es der Jahresabschluss ausweist, den Betrag des gezeichneten Kapitals zuzüglich der Reserven, deren Ausschüttung das Gesetz oder die Statuten nicht gestatten, durch den Erwerb unterschreitet, dh die AG darf eigene Aktien maximal bis zur Höhe der ausschüttungsfähigen Rücklagen erwerben;²⁴
- c) dem Verbot einer statutarisch garantierten Dividende (ausgedrückt durch das Verzinsungsverbot gemäss Art 312 Abs 1 PGR);
- d) der Vorschreibung gesetzlicher Reserven (Art 309 PGR);
- e) Massnahmen bei Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit (Art 182e f PGR).²⁵

Eng verwandt mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr ist auch das in Art 306e PGR statuierte Verbot der Finanzierungshilfe beim Erwerb eigener Aktien. Ein Rechtsgeschäft, das die Gewährung eines Vorschusses oder eines Darlehens oder die Leistung einer Sicherheit durch die Gesellschaft an einen Dritten zum Zweck des Erwerbs von Aktien dieser Gesellschaft zum Gegenstand hat, ist nur unter den kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen gemäss Art 306e Abs 1 PGR zulässig. Im schweizerischen Recht findet sich keine entsprechende Bestimmung, da Art 306e PGR auf EU-Recht beruht.²⁶ Das österreichische Aktiengesetz enthält eine ähnliche Regelung in § 66a AktG, das deutsche Aktiengesetz eine entsprechende Bestimmung in § 71a AktG. Diese Normen gehen jedoch noch weiter als das liechtensteinische Recht und erklären die Finanzierung des Erwerbs von Aktien durch die Gesellschaft grundsätzlich für unzulässig bzw nichtig. Dennoch wird man diese Bestimmungen zur Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art 306e PGR heranziehen können. Von Art 306e PGR erfasst wird sohin jede rechtsgeschäftliche Gestaltung, mittels derer bestimmungsgemäss Gesellschaftsvermögen an den Aktienerwerber oder einen ihm gleichzustellenden Dritten zufliesst, zufließen soll oder zugeflossen ist, mit dem Ziel, damit Aktien der Aktiengesellschaft zu erwerben.²⁷ Erfasst werden sohin über den Wortlaut hinaus sämtliche Formen finanzieller Unterstützungsleistungen (*financial assistance*).²⁸ Umstritten ist, ob nur der derivative oder (zumindest) analog auch der originäre

¹⁸ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Durch das EWR-Abkommen wurde der Anwendungsbereich der Richtlinie mit Wirkung vom 01.05.1995 auch auf Liechtenstein ausgedehnt.

¹⁹ Im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit kodifizierte die Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 eine Reihe früherer Richtlinien über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts. So wurde auch die Richtlinie 77/91/EWG durch die Richtlinie (EU) 2017/1132 kodifiziert und ersetzt. Die Richtlinie (EU) 2017/1132 wurde mit Beschluss Nr 200/2019 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 10.07.2019, ins EWR-Abkommen übernommen (Inkrafttreten in Liechtenstein am 01.02.2020, LGBI 2020/35).

²⁰ BuA 1998/153, 143.

²¹ OGH 01.02.2017, 09 CG.2016.111, GE 2017, 132.

²² Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht⁶ (2018) § 19 Rz 4 mwN.

²³ Vogt in Watter/Vogt, OR II⁶ Art 678 Rz 13.

²⁴ Marxer & Partner Rechtsanwälte (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2021) Rz 7.33.

²⁵ Vgl Böckli, Aktienrecht⁵ § 1 Rz 130 sowie Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht¹³ § 16 Rz 113. Böckli verweist (aaO) auch auf die Unkündbarkeit der Aktie, wobei in Liechtenstein jedoch die Ansicht vertreten wird, dass zumindest statutarisch ein Kündigungs- bzw Austrittsrecht des Aktionärs vorgesehen werden könne; F. Marxer, Aktiengesellschaft 221 f.

²⁶ Richtlinie 77/91/EWG, welche durch Richtlinie 2006/68/EG wesentlich gelockert wurde. Die nunmehrige Grundlage von Art 306e PGR bildet Art 64 der GesRRL (Art 25 der vormaligen Richtlinie 2012/30/EU).

²⁷ Paefgen in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁶ (2024) § 71a AktG Rz 6.

²⁸ Lutter/Bayer/Schmidt, Kapitalmarktrecht⁶ § 19 Rz 153 mwN.

Aktienwerb erfasst ist, wobei die wohl überwiegende Meinung in Deutschland auch von einer Anwendbarkeit auf originären Erwerb ausgeht,²⁹ während die wohl herrschende Ansicht in Österreich nur den derivativen Erwerb erfasst.³⁰ Im Lichte des Art 64 GesRRl, der nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte originären Erwerb erfasst,³¹ sollte auch Art 306e PGR ein weites Verständnis zugrunde gelegt werden.

3. Verbot der Einlagenrückgewähr

a) Grundsätzliches

Ein Recht, den eingezahlten Betrag oder die Sacheinlagen zurückzufordern, steht dem Aktionär weder vor noch bei der Auflösung der Gesellschaft zu (Art 308 Abs 2 PGR). Diese Bestimmung schliesst nicht nur die Rückforderung durch den Aktionär aus (Verbot der Einlagerückforderung). Die Norm ist nach Lehre und Praxis zweiseitig und verbietet der Gesellschaft, aus dem geschützten Gesellschaftsvermögen Leistungen an den Aktionär zu erbringen (Verbot der Einlagerückgewähr).³² Das umfasst jede Finanztransaktion, welche direkt oder indirekt zu einer Kapitalrückzahlung führt.³³ Darunter fallen nicht nur Ausschüttungen, sondern auch Darlehen an Aktionäre oder der Erwerb eigener Aktien.³⁴ Auch die Befriedigung des Gläubigers des Aktionärs, der diesem für die Liberierung des Aktienkapitals ein Darlehen gewährt hat, kann unter das Verbot subsumiert werden.³⁵

b) Geschütztes Vermögen

Als Vermögen der Gesellschaft geschützt ist jedenfalls das nominelle Aktienkapital und das nominelle Partizipationskapital (Art 304a Abs 2 PGR).³⁶ In der Literatur war lange umstritten, ob auch das Agio geschützt ist, oder ob dieses an die Gesellschafter ausgeschüttet bzw zurückgezahlt werden darf.³⁷ Gemäss einem Entscheid des Schweizer Bundesgerichts aus dem Jahr 2014 unterliegt das Agio allerdings nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr.³⁸ Gleiches dürfte aufgrund der Ähnlichkeit

der entsprechenden Rechtsgrundlagen für das liechtensteinische Aktienrecht gelten. Auch alle anderen Positionen des Eigenkapitals (nebst einem allfälligen Agio) gehören nicht zum (nach Art 308 Abs 2 PGR geschützten) Aktienkapital, etwa die gesetzlichen oder statutarischen Reserven (insb Art 309 Abs 1 und 2 sowie Art 310 PGR). Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Gesellschaft in der Verwendung dieser Reserven frei wäre. Es gelten die jeweiligen gesetzlichen (insb Art 309 Abs 4 PGR) bzw statutarischen oder beschlussmässigen Verwendungsbeschränkungen.³⁹

c) Rechtliche Vorgaben an eine zulässige Transaktion

i) Allgemeines

Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen Leistungen, die kumulativ die folgenden drei Voraussetzungen erfüllen:

- a) Es handelt sich um eine Leistung, die als Ausschüttung (eine Entäusserung von Gesellschaftsvermögen bzw eine Verminderung des bilanziellen Gesellschaftsvermögens) zu qualifizieren ist;
- b) Die Leistung erfolgt zugunsten eines Aktionärs (der Aktionär muss nicht unmittelbar Leistungsempfänger sein, es muss nur der wirtschaftliche Vorteil der Leistung einem Aktionär zugutekommen);
- c) Mit der Leistung wird ins Aktienkapital eingegriffen oder es wird die Einlage rückerstattet.⁴⁰ Hierfür ist gemäss Bundesgericht der Bilanzstichtag entscheidend und nicht der Ausschüttungszeitpunkt.⁴¹

Positiv formuliert liegt dann kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, wenn die Leistung zu Markt- bzw Drittbedingungen erfolgt (Drittmannstest, «arm's length»-Prinzip).⁴² Auch wenn Drittbedingungen nicht eingehalten werden, verstösst eine Leistung der Gesellschaft an den Aktionär dann nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, wenn das nach Art 308 Abs 2 PGR geschützte Vermögen (siehe oben Punkt b)) unangetastet bleibt.

ii) Darlehen

Umgemünzt auf den in der Praxis besonders bedeutsamen Fall der Darlehensgewährung bedeutet das Folgendes:

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung stellt ein Darlehen an einen Aktionär dann eine kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung dar, wenn das Darlehen nicht zu Markt- bzw Drittbedingungen ausgerichtet worden ist.⁴³ Zu Marktkonditionen gewährte Darlehen sind hingegen im Hinblick auf den Kapitalschutz grundsätzlich zulässig.⁴⁴

²⁹ Vgl die Nachweise bei *Lutter/Bayer/Schmidt*, Kapitalmarktrecht⁶ § 19 Rz 154 und *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 71a Rz 1.

³⁰ *Karollus* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz I⁶ (2018) § 66a Rz 5; vgl auch OLG Innsbruck 22.04.2020, 3 R 10/20z, GesRZ 2020, 279.

³¹ *Koch*, Aktiengesetz¹⁹ (2025) § 71a Rz 1.

³² *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 69.

³³ Vgl *von der Crone*, Aktienrecht² (2020) § 13 Rz 550; *Dekker* in *Wibmer*, OFK Aktienrecht Kommentar (2016) Art 680 OR Rz 4 unter Hinweis BGE 109 II 128.

³⁴ *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 85 und 106; *Babar/Peyer*, in *Handschin/Jung*, OR² Art 680 Rz 120.

³⁵ BGE 110 II 293.

³⁶ *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 76; *Babar/Peyer*, in *Handschin/Jung*, OR² Art 680 Rz 124.

³⁷ *Babar/Peyer*, in *Handschin/Jung*, OR² Art 680 Rz 126 f.

³⁸ BGE 140 III 533/544 E. 4 u E. 6.3; vgl auch *Vogt/Oser*, Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigen Aktienrecht, GesKR 2012, 10 (12 ff); *Rauber*, Unsicherheiten bei konzerninternen Darlehen: Folgen des Swisscargo-Entscheids, TREX 2015, 94; aA *Vischer* in *Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser*, OFK Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht⁴ (2023) Art 680 Rz 10; *Dekker* in *Wibmer*, Aktienrecht, Art 680 OR Rz 5. In der Literatur wird vor dem Hintergrund der Ausschüttbarkeit des

Agios der Begriff Verbot der Kapitalrückgewähr statt Einlagenrückgewähr vorgeschlagen; vgl *Böckli*, Aktienrecht⁵ § 14 Rz 121; *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 77.

³⁹ *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 77.

⁴⁰ *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 80.

⁴¹ BGE 140 III 533.

⁴² *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 83.

⁴³ BGE 140 III 533.

⁴⁴ *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 88; *Glanzmann/Wolf*, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, GesKR 2014, 264 (269).

Für die Beurteilung, ob die Transaktion einem Drittvergleich standhält, sind verschiedene Beurteilungskriterien heranzuziehen, die im Sinne eines beweglichen Systems für oder gegen Fremdüblichkeit sprechen können. Für Fremdüblichkeit sprechen grundsätzlich folgende Aspekte:

- Vorliegen eines schriftlichen Darlehensvertrags und Dokumentation der Beurteilung eines Drittvergleichs;
- Zinssatz entspricht den Marktkonditionen, hierfür kann hilfsweise insbesondere das Merkblatt der Steuerverwaltung betreffend Zinssätze für Forderungen/Verbindlichkeiten gegenüber nahestehenden Personen (geldwerte Leistungen) herangezogen werden;⁴⁵
- Der Vertrag weist marktübliche Laufzeiten auf und es besteht eine durchsetzbare Kündigungsmöglichkeit für die Darlehensgeberin;
- Der Vertrag sieht Rückzahlungspflichten/Amortisationen vor;
- Es bestehen marktübliche Sicherheiten oder die Darlehenskonditionen berücksichtigen eine fehlende Sicherstellung;
- Die Bonität der Gegenpartei wurde bei Vertragsschluss geprüft und wird seither regelmässig überwacht;
- Die Gegenpartei ist rückzahlungsfähig (und -willig);
- Rückzahlungen wurden vereinbarungsgemäss geleistet;
- Die Zinsen werden vereinbarungsgemäss bezahlt und nicht mit dem Darlehen kapitalisiert;

Diese Punkte sind nicht als Checkliste zu verstehen, sondern sind einzeln zu gewichtende Element einer Gesamtbeurteilung des Drittvergleichs einer Darlehensbeziehung.⁴⁶

Sollte es nicht möglich/erwünscht sein, ein Darlehen derart auszugestalten, dass es zu Drittbedingungen gewährt wird, verstösst das Darlehen dann nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, wenn das nach Art 308 Abs 2 PGR geschützte Vermögen unangetastet bleibt. Solange das durch Art 308 Abs 2 PGR geschützte Kapital durch die Ausschüttung nicht tangiert ist, dh der nicht zu Marktbedingungen geleistete Darlehensbetrag nicht aus dem geschützten Kapital herrührt, liegt kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor. Im Ergebnis führt eine solche Ausschüttung mit Blick auf eine Dividendenausschüttung aber zu einer faktischen Sperrung des freien Eigenkapitals⁴⁷ im Umfang des ausgerichteten Darlehensbetrags.⁴⁸ Das heisst, im Umfang des gesamten Darlehens wird das Eigenkapital faktisch gesperrt, der solchermassen blockierte Teil des Eigenkapitals darf

nicht mehr ausgeschüttet werden.⁴⁹ Mit «faktisch» meint das Schweizer Bundesgericht eine aktienrechtliche Sperrung im Lichte der Eigenkapitalschutzvorschriften, die formell nicht aus der Bilanz hervorgeht.⁵⁰

Vor diesem Hintergrund dürften die bisherigen Ausführungen in der liechtensteinischen Rechtsprechung zum Verbot der Einlagenrückgewähr zu streng formuliert sein. So seien Upstream-Darlehen überhaupt rechtswidrig, weil sie gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz (Kapitalrückzahlungsverbot gemäss Art 308 Abs 2 PGR) verstossen, zumindest dann, wenn durch die Darlehensgewährung das (aufsichtsrechtlich) gebundene Eigenkapital angegriffen oder das Darlehen nicht zu Bedingungen, die gegenüber Dritten eingehalten würden (arm's length principle), gewährt werden (kein Klumpenrisiko, ernsthafter Wille zur Rückzahlung des Darlehens etc.). Die Gewährung von Upstream-Darlehen und damit die Umgehung der von der FMA angeordneten Mindestkapitalanforderungen stelle eine schwerwiegende Verletzung der Verpflichtungen im Sinne von Art 128 Abs 1 lit b VersAG dar.⁵¹ Nach dem oben Gesagten sind Upstream-Darlehen nicht schlechthin rechtswidrig, sondern nur dann, wenn sie nicht zu Drittbedingungen gewährt werden *und* das nach Art 308 Abs 2 PGR geschützte Kapital angegriffen wird.

iii) Gewährung von Sicherheiten

Nach den für Darlehen geltenden Grundsätzen sind auch Sicherungsgeschäfte im Interesse eines Aktionärs oder einer Schwestergesellschaft und andere Interzessionsgeschäfte zu beurteilen.⁵² Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist nicht verletzt, wenn die Interzession zu Drittbedingungen gewährt wird, also insbesondere adäquat abgegolten wird.⁵³ Hätte auch ein unabhängiger Dritter die Sicherheit gewährt, dann ist die Gewährung der Sicherheit grundsätzlich unproblematisch. In der Praxis wird dieser Nachweis der Erfüllung des Drittmannstests jedoch nur äusserst schwierig zu erbringen sein.⁵⁴ Werden Drittbedingungen nicht eingehalten, liegt nur dann ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, wenn die Interzession zudem in das geschützte Kapital der sicherheitsgewährenden Gesellschaft eingreift.⁵⁵ Es liegt sohin keine Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr vor, wenn in ausreichendem Umfang frei ausschüttbare Mittel vorhanden sind.⁵⁶ Auch diese Beurteilung wird dadurch erschwert, dass in der Literatur Uneinigkeit darüber herrscht, in welchem Zeitpunkt die Kapitalschutzvorschriften Anwendung finden (bei Bestellung der Sicherheit, bei ihrer Verwertung oder wenn

⁴⁵ Abrufbar im Onlineschalter unter <https://www.llv.li>.

⁴⁶ *Schweizer Treuband-Kammer*, Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art 680 Abs 2 OR vom 17.12.2014, 8 f.

⁴⁷ Das freie Eigenkapital im Lichte von Art 680 Abs 2 OR (bzw Art 308 Abs 2 PGR) entspricht dem Differenzbetrag zwischen (buchmässigem) Eigenkapital am Bilanzstichtag und dem nach Art 680 Abs 2 OR (bzw Art 308 Abs 2 PGR) geschützten Nominalkapital; vgl *Jung*, Up- und cross-stream Darlehen im Konzern, GesKR 2016, 22 (29 f.).

⁴⁸ BGE 140 III 533 E. 4.2.

⁴⁹ *Schweizer Treuband-Kammer*, Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art 680 Abs 2 OR vom 17.12.2014, 6.

⁵⁰ *Jung*, GesKR 2016, 29.

⁵¹ VGH, 06.07.2018, VGH 2018/050, GE 2018, 334.

⁵² *Vogt* in *Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 94; *Babar/Peyer*, in *Handschin/Jung*, OR² Art 680 Rz 158 und 161; *Wolf*, Jusletter 2022, 10.

⁵³ *Rusch*, Interzession im Interesse des Aktionärs (2004) 140.

⁵⁴ *Babar/Peyer*, in *Handschin/Jung*, OR² Art 680 Rz 161.

⁵⁵ *Wolf*, Jusletter 2022, 11.

⁵⁶ *Babar/Peyer*, in *Handschin/Jung*, OR² Art 680 Rz 162.

die Verwertung absehbar wird).⁵⁷ Vor diesem Hintergrund hat sich eine Best Practice entwickelt, die insbesondere folgende Elemente umfasst:

- Zweckerweiterung mittels Finanzierungsklausel: Der Zweckartikel der Statuten muss Upstream-Sicherheiten (auch ohne Gegenleistung) ausdrücklich zulassen. Fehlt eine diesbezügliche Ermächtigung im Zweckartikel, werden die Statuten angepasst, bevor die Sicherheit gewährt wird.
- Die Upstream-Sicherheit wird sowohl vom Verwaltungsrat als auch von der Generalversammlung der Sicherheitengeberin genehmigt.
- Im Sicherheitenvertrag wird klargestellt, dass der Verwertungserlös aus der Upstream-Sicherheit nur im Umfang der frei ausschüttbaren Mittel der Sicherheitengeberin zur Deckung der besicherten Forderung verwendet werden darf (sogenannte Limitation Language).⁵⁸

4. Rechtsfolgen von Verstössen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr

a) Nichtigkeitssanktion

Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Verstosses gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ist zu differenzieren, ob der Rechtsgrund für die verbotene Einlagenrückgewähr ein Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschluss oder ein sonstiges Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Aktionär oder Dritten darstellt:

Verletzt ein Beschluss der Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft (Art 338 Abs 1 PGR) das Verbot der Einlagenrückgewähr (zB Dividendenbeschluss, der anlässlich der ordentlichen Generalversammlung gefasst wird und in das geschützte Vermögen eingreift), so ist dieser wegen Gesetzeswidrigkeit (Art 178 Abs 1 PGR) nach Massgabe der Art 178 f PGR vom Verwaltungsrat, der Revisionsstelle sowie auch von einer 5%-Minderheit der Aktionäre, die aber mindestens drei Stimmen auf sich vereinen bzw bei Aktiengesellschaften mit weniger als zehn Aktionären auch von jedem einzelnen Aktionär im Sinne einer aufgriffspflichtigen relativen Nichtigkeit⁵⁹ anfechtbar.

Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kann aber auch durch einen Beschluss des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft begründet werden. Zu denken ist hier insbesondere an die gemäss Art 182c Abs 3 PGR zulässige Statutengestaltung, dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft statutarisch das Recht einzuräumen, an bestimmten Terminen während des Ge-

schaftsjahres ohne vorgängigen Beschluss der Generalversammlung Zwischendividenden auf den laufenden Gewinn oder aus Gewinnvorräten früherer Jahre oder aus besonderen Reservefonds auszuteilen. Selbstredend kann auch ein solcher vom Verwaltungsrat gefasster Zwischendividendenbeschluss in das geschützte Vermögen eingreifen bzw gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen. Für Verwaltungsratsbeschlüsse gilt das in Art 178 f PGR gegen Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft als oberstes Organ vorgesehene Anfechtungsregime jedoch nicht. Vielmehr sind gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossende und damit gesetzwidrige Beschlüsse des Verwaltungsrates nichtig, ohne dass es einer vorgängigen Anfechtung bedürfte.⁶⁰

Schliesslich sind gemäss § 879 Abs 1 ABGB Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen, nichtig. Erfolgt daher eine nach Art 308 Abs 2 PGR verbotene Einlagenrückgewähr im Rahmen eines sonstigen Rechtsgeschäfts der Gesellschaft, so ist (auch) dieses aufgrund der Widerrechtlichkeit seines Inhalts nichtig.⁶¹

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wirkt nach § 879 Abs 1 ABGB in der Regel *ex tunc* und hat auch dingliche Wirkung.⁶² Das hat grundsätzlich zur Konsequenz, dass die auf Grundlage eines gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossenden Rechtsgeschäfts erbrachten Leistungen schuld- und sachenrechtlich rückabzuwickeln sind.

b) Rückforderungsanspruch setzt Bösgläubigkeit des Leistungsempfängers voraus

Die Rückabwicklungssanktion bei Verstössen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr greift aber nicht in jedem Fall, sie ist zusätzlich von der Bösgläubigkeit des Leistungsempfängers abhängig. Denn der im allgemeinen Teil des PGR situierte Art 219 Abs 4 PGR sieht vor, dass derjenige, der den Vorschriften des Gesetzes entgegen «Zahlungen» von der Verbandsperson empfangen hat (deklaratorisch werden als solche Gewinne und Bauzinsen aufgezählt), zur Rückgabe verpflichtet ist, sofern er sich nachweisbar zurzeit des Empfanges im bösen Glauben befunden hat.

Die Bösgläubigkeit als Anknüpfungspunkt im rechtsgeschäftlichen Verkehr findet sich auch noch an anderer Stelle im PGR. Art 187 Abs 1 PGR sieht zum Schutz des Rechtsverkehrs vor, dass die Organe sowie die anderen zur gesamten Geschäftsführung und Vertretung berufenen Personen (Vertretungsorgane) gutgläubigen Dritten gegenüber von Gesetzes wegen befugt sind, sämtliche Geschäfte für die Verbandsperson abzuschliessen. Als «Dritte» in diesem Sinne gelten auch Beteiligungsgesellschaften der Verbandsperson (Art 187 Abs 2 PGR).

Obwohl daher Art 219 Abs 4 PGR zumindest dem Wortlaut nach (arg «Zahlungen») nur die Entäusserung einer bestimmten Menge Geldes umfasst, ergibt sich über

⁵⁷ Vogt in Watter/Vogt, OR II⁶ Art 680 Rz 94 mwN.

⁵⁸ Fischer/Genoud, Schrankenlose Drittsicherheiten im Konzern: Es geht auch bei Upstream Konstellationen, GesKR 2018, 173 (173 f); Blum, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 705 (712); siehe auch den weitergehenden Massnahmenkatalog bei Grönenfelder, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten (2010) 170 ff, wo auch auf die Praxis führender Schweizer Anwaltskanzleien hingewiesen wird (175) und Musterformulierungen für Finanzierungsklausel, VR-Beschluss und Limitation Language enthalten sind (201 ff); Formulierungsbeispiel für Limitation Language auch bei Wolf, Jusletter 2022, 13.

⁵⁹ Vgl Lorenz in Heiss/Lorenz/Schauer (Hrsg), Kommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht² (2022) Art 178–179 Rz 31.

⁶⁰ Lorenz in Heiss/Lorenz/Schauer, Kommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht² Art 178–179 Rz. 36 mwN.

⁶¹ OGH 01.02.2017, 09 CG.2016.111, OGH.2016.159, GE 2017, 132 = LJZ 2017, 22/2.

⁶² RIS-Justiz RS0038454.

die «sämtliche Geschäfte» der Verbandsperson erfassende Bestimmung des Art 187 PGR, dass das subjektive Element der Bösgläubigkeit auch dann Voraussetzung des Rückforderungsanspruchs ist, wenn keine Geldzahlungen fliessen, sondern in anderer Weise gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen wird. Zum selben Ergebnis gelangt man auch aufgrund teleologischer Erwägungen, stellt doch das Verbot der Einlagenrückgewähr einen der Grundpfeiler der Kapitalerhaltungsvorschriften dar. Mit anderen Worten setzt die Rückabwicklung eines von der Aktiengesellschaft wider das Verbot der Einlagenrückgewähr abgeschlossenen Rechtsgeschäfts jedenfalls die Bösgläubigkeit des gegenbeteiligten Vertragspartners voraus.

Daher besteht trotz Nichtigkeit des gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossenden Rechtsgeschäfts (Beschlusses) ein Rückerstattungsanspruch der Aktiengesellschaft nur dann, wenn der Leistungsempfänger, dh der Aktionär oder der Dritte, im Empfangszeitpunkt nachweisbar bösgläubig war.

Das Vorliegen der Gutgläubigkeit ist nach Art 3 PGR zu beurteilen, der wortident Art 3 des schweizerischen ZGB entspricht. Gemäss Art 3 Abs 1 PGR ist dort, wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, dessen Dasein zu vermuten. Allerdings ist derjenige, der bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art 3 Abs 2 PGR). Das Gesetz gibt zwar keine Auskunft darüber, welche Aufmerksamkeit verlangt wird, in der einschlägigen Literatur herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass ein objektiver Massstab anzulegen ist und es wird überwiegend vertreten, dass es auf die Aufmerksamkeit eines Durchschnittsmenschen ankommt.⁶³

Eine allgemeingültige Formel, wann jemand als gut- bzw bösgläubig zu gelten hat, gibt es somit nicht. Im Kontext von Verstössen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wird der Nachweis der Bösgläubigkeit im Verhältnis zum Aktionär aber wohl in vielen Fällen leichter gelingen als im Verhältnis zu Dritten. Denn der Aktionär besitzt immerhin im Rahmen der Generalversammlung die gesetzliche Kompetenz zur Abnahme des Geschäftsberichts und des konsolidierten Geschäftsberichts sowie zur Festsetzung der Dividende (Art 338 Abs 2 Ziff 2 PGR). Dieser Umstand wird, zumindest in jenen Fällen, in denen der ordentliche Dividendenbeschluss der Generalversammlung bereits rechnerisch in das geschützte Vermögen eingreift, vielfach dazu führen, dass der Aktionär sich zumindest eher als Dritte der Thematik der verbotenen Einlagenrückgewähr bewusst werden kann.

c) Verantwortlichkeit der Organe der Aktiengesellschaft

Ein von der Aktiengesellschaft abgeschlossenes Rechtsgeschäft bzw ein General- oder Verwaltungsratsbeschluss, mit dem gegen das Verbot der Einlagenrückge-

währ verstossen wird und einen Schaden herbeiführt, kann auch eine (Solidar-)Haftung der Organe der Aktiengesellschaft aus dem Titel der Verantwortlichkeit nach den Art 218 ff PGR nach sich ziehen.

Nach Art 220 Abs 1 PGR sind die mit der Verwaltung und Kontrolle einer Gesellschaft betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie durch die Nichterfüllung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen. Zu diesem Kreis der (potenziell) verantwortlichen Personen zählen nicht nur die formellen Organe, sondern aufgrund des dem PGR zugrundeliegenden funktionellen Organbegriffs auch alle faktischen Organe.⁶⁴ Im Regelfall wird es bei Verstössen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr allerdings um die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates als formelles und zwingend zu bestellendes Organ der Aktiengesellschaft gehen. Die Haftung des Verwaltungsrates aus Verantwortlichkeit setzt voraus, dass dieser der Aktiengesellschaft oder einem Dritten, zB einem Gesellschaftsgläubiger oder -mitglied, durch ein rechts- bzw pflichtwidriges Verhalten schuldhaft und adäquat-kausal einen Schaden zugefügt hat.⁶⁵ Als Schaden der Aktiengesellschaft kommt etwa der Betrag der unzulässigen Einlagenrückgewähr in Betracht.⁶⁶

Das Pflichtenheft des Verwaltungsrates ist vor allem in Art 182 PGR umschrieben. Bereits aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass der Verwaltungsrat insbesondere auch für die Erhaltung des Grundkapitals sowie für die Sicherstellung und den Erfolg des Unternehmens im Rahmen seiner gesetzlichen Pflichten und der dargebotenen Möglichkeiten besorgt zu sein hat (Art 182 Abs 1 zweiter Satz PGR). Daher hat der Verwaltungsrat die Aktiengesellschaft mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung (Art 182 Abs 2 erster Satz PGR).

Vor diesem Hintergrund kann ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art 308 Abs 2 PGR) ein nach den Massstäben von Art 182 Abs 1 und 2 PGR unsorgfältiges und damit pflichtwidriges Handeln des Verwaltungsrates begründen. Dabei kommen als Anknüpfungspunkte für ein im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts (Art 218 ff PGR) tatbestandsmässiges Verhalten des Verwaltungsrates nicht nur von ihm als gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft abgeschlossene (sonstige) Rechtsgeschäfte und Verwaltungsratsbeschlüsse in Betracht, sondern insbesondere auch die pflichtwidrige Umsetzung von Generalversammlungsbeschlüssen, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen.

Denn das insbesondere durch Art 182 Abs 1 und 2 PGR vorgegebene Pflichtenheft des Verwaltungsrates ist nicht gegenüber den (einzelnen) Aktionären geschuldet. Vielmehr schuldet der Verwaltungsrat gegenüber der Aktiengesellschaft als solcher eine sorgfältige Geschäftsführung und Vertretung.⁶⁷ Dementsprechend wird den Verwaltungsrat etwa auch die Pflicht treffen, einen ihm zur

⁶³ Honsell in Geiser/Fountoulakis, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I⁶ (2018) Art 3 Rz 37 mwN.

⁶⁴ Vgl Öbri, Die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer AG, Anstalt oder Stiftung betrauten Organe, IJZ 2007/04, 100 (102).

⁶⁵ Öbri, IJZ 2007/04, 100 (103).

⁶⁶ Vogt in Watter/Vogt, OR II⁶ Art 680 Rz 135 mwN.

⁶⁷ Öbri, IJZ 2007/04, 100 (116).

Kenntnis gelangenden Generalversammlungsbeschluss, der gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstösst, nicht umzusetzen bzw nach Massgabe der Art 178 f PGR im Wege der Beschlussanfechtung zu bekämpfen.

Allerdings gilt es auch festzuhalten, dass nicht jede Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr zwangsläufig eine Pflichtwidrigkeit des Verwaltungsrates nach sich zieht. So hat etwa das Schweizer Bundesgericht bereits einmal ein konzerninternes Darlehen als verbotene Einlagenrückgewähr qualifiziert, daraus jedoch nicht ohne Weiteres auf eine Pflichtwidrigkeit der Geschäftsführungsorgane nach Art 754 OR geschlossen, weil bei Mitberücksichtigung des Konzerninteresses letztlich Gesellschaftsinteressen gewahrt worden seien.⁶⁸

Ob auch die liechtensteinische Rechtsprechung das bislang noch stiefmütterlich behandelte Verbot der Einlagenrückgewähr im Kontext der organschaftlichen Verantwortlichkeit derart einzelfallbezogen (und im Ergebnis zustimmungswürdig) zur Anwendung bringen würde, bleibt abzuwarten. Jedenfalls stellt die Rechtsprechung an die von den Organwaltern liechtensteinischer Gesellschaften einzuhaltenden Sorgfaltspflichten seit Jahren hohe Anforderungen.⁶⁹

Zudem wird in Liechtenstein über die Vorschrift des Art 180a PGR vielfach die Bestellung eines «Berufstreuhanders» in die Verwaltung der jeweiligen Verbandsperson erforderlich und sind in der Rechtsprechung Tendenzen erkennbar, dass an solche Professionisten ein erhöhter Sorgfaltsmassstab bei der Beurteilung des organschaftlichen Pflichtenhefts angelegt wird. So hat etwa der OGH im Zusammenhang mit einer verbotenen Einlagenrückgewähr ausdrücklich ausgesprochen, dass es verwegen wäre anzunehmen, dass die Organe der dort betroffenen Gesellschaft, ein Treuhänder und zwei Rechtsanwälte, die Kapitalschutzbestimmung des Art 312 Abs 2 PGR und damit auch den Verstoss dagegen nicht gekannt hätten.⁷⁰

Und in einem versicherungsrechtlichen Haftpflichtprozess hat der OGH jüngst entschieden, dass Art 182 Abs 2 PGR, wonach die Verwaltung das Unternehmen der Verbandsperson mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern hat und für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung haftet, konkrete Verhaltensanforderungen an die Mitglieder der Verwaltung einer Verbandsperson (dort: an den Stiftungsrat) normiert und nicht bloss allgemein-abstrakte Regelungen, die nicht zu Pflichtverletzungen führen können.⁷¹

Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft tut also jedenfalls gut daran, Rechtsgeschäfte im (wirtschaftlichen) Nahebereich zu den Aktionären der Aktiengesellschaft vor deren Abschluss und Vollzug einer sorgfältigen Prüfung anhand der vorstehend dargelegten inhaltlichen Kriterien bzw Best Practices (siehe oben Punkt 3. c) zu unterziehen.

⁶⁸ Vgl BGer 18.11.2019, 4A_268/2018, E. 6.5.4.4 sowie *Vogt in Watter/Vogt*, OR II⁶ Art 680 Rz 135 mwN.

⁶⁹ *Öbri*, LJZ 2007/04, 110 (119) mwN zur einschlägigen Rechtsprechung.

⁷⁰ OGH 01.02.2017, 09 CG.2016.111, OGH.2016.159, GE 2017/132, E. 12.1.1.

⁷¹ OGH 05.05.2023, 09 CG.2021–299, PSR 2023/51, E. 8.9.4.