

FESTSCHRIFT 100 JAHRE FÜRSTLICHER OBERSTER GERICHTSHOF







LI LA B\_11V6\_002\_007 (003).jpg, Foto: Liechtensteinisches Landesarchiv



Fürstliches Landgericht/Beham

Justizgebäude

Festschrift

# 100 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof

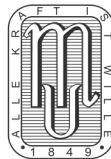
Der Einfluss der höchstgerichtlichen  
Rechtsprechung auf Wirtschaft und  
Finanz

Herausgegeben von

Hubertus Schumacher

und

Wigbert Zimmermann



Wien 2022

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Autorinnen und Autoren, der Herausgeber sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-02695-0

© 2022 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: [verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)

[www.manz.at](http://www.manz.at)

Satz: EXAKTA GmbH, Wien, [www.exakta.at](http://www.exakta.at)

Druck: BVD Druck+Verlag AG, Schaan

# Vorwort

Von 1818 bis 1922 war der Oberste Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein beim „k.k. Appellationsgericht in Tirol und Vorarlberg“, dem heutigen Oberlandesgericht Innsbruck, eingerichtet. Ein Unikum in der Justizgeschichte: Die Rechtsprechung der höchsten Instanz eines souveränen Staates wurde durch Richter eines zweitinstanzlichen Gerichts eines anderen Staates ausgeübt. Freilich sollte die Selbstständigkeit des liechtensteinischen Höchstgerichtes und seiner Rechtsprechung klargestellt werden, indem die Bezeichnung „k.k. Appellationsgericht für Tirol und Vorarlberg, als aus Allerhöchster Bewilligung konstituiertes Revisionsgericht des souveränen Fürstlich-Liechtensteinischen Fürstentumes Vaduz“ gewählt wurde. Diese Besonderheit eines staatlich „dislozierten“ Revisionsgerichts währte bis 1922. Mit der am 24.10.1921 publizierten Verfassung des Fürstentums Liechtenstein wurden sämtliche Gerichtsinstanzen nach Liechtenstein verlegt. Diesen Verfassungsauftrag führte das Gerichtsorganisationsgesetz vom 7.4.1922 aus: Es bestimmte, dass die Gerichtsbarkeit sowohl in bürgerlichen Rechtssachen als auch in Strafsachen durch das fürstlich liechtensteinische Landgericht, das fürstliche Obergericht und den fürstlichen Obersten Gerichtshof in Vaduz im Auftrag des Fürsten ausgeübt wird. Vor 100 Jahren wurde der Fürstliche Oberste Gerichtshof nach einem „Auslandsaufenthalt“ von 100 Jahren in Österreich erstmals im Fürstentum Liechtenstein errichtet. Ein berechtigter Anlass für eine Festschrift!

Man geht nicht zu weit, wenn man den Fürstlichen Obersten Gerichtshof als „internationales Gericht“ bezeichnet. In den Senaten judizieren gemeinsam Richterinnen und Richter aus Österreich, Liechtenstein und der Schweiz. Diese internationale Besetzung des liechtensteinischen Höchstgerichtes spiegelt die im Wege der Rezeption aus Österreich und der Schweiz in den liechtensteinischen Rechtsbestand übernommenen Gesetzeswerke wider. Der „Blick über die Grenze“ und der Rechtsvergleich der liechtensteinischen Regelungen mit jenen des Mutterrechts und deren Fortentwicklung sind für die Richterinnen und Richter des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs tägliches Brot. Zum anderen liegt ein Schwerpunkt der Judikatur des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs in grenzüberschreitenden Zivil- und Handelssachen, was seinen Grund in den vielfältigen wirtschaftlichen und vermögensrechtlichen Verflechtungen Liechtensteins mit dem Ausland hat. Es überrascht denn auch nicht, dass das internationale Privatrecht den Weg des entscheidenden Senats immer wieder in ausländische Rechtsordnungen weist.

Die Herausgeber danken den Autorinnen und Autoren dieser Festschrift für ihre für die liechtensteinische Rechtsprechung so wichtigen und aktuellen Beiträge. Die darin behandelten Materien reichen vom Stiftungs-, Trust- und Gesellschaftsrecht über das Internationale Privatrecht bis in das Schiedsverfahrens- und Steuerrecht. Auch der bedeutsame europarechtliche Aspekt kommt mit Beiträgen zum EWR und zur EMRK zur Geltung.

Der Dank der Herausgeber richtet sich auch und insbesondere an das Verlagshaus Manz und an Frau Mag. *Kathrin László* für die hervorragende Begleitung und Betreuung dieser Festschrift.

Innsbruck, im Februar 2022

*Hubertus Schumacher*  
*Wigbert Zimmermann*

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
1. Justizgeschichte	
<i>Hubertus Schumacher</i>	
Zur Entwicklung der Gerichtsbarkeit in Liechtenstein .....	3
2. Stiftungs- und Trustrecht	
<i>Ulrich Herrmann</i>	
Das Stiftungsrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	29
<i>Georg E. Kodek</i>	
Liechtensteinische Stiftungen und Anstalten vor dem österreichischen OGH .....	41
<i>Martin Schauer</i>	
Die Abberufung des Stiftungsrats Rechtsvergleichende Beobachtungen aus Liechtenstein und Österreich ...	55
<i>Robert Schneider</i>	
Der FL-OGH als Wegbereiter der Legislative Eine Darstellung am Beispiel der Business Judgement Rule .....	75
<i>Alexander Schopper/Mathias Walch</i>	
Zur Antragslegitimation des Ermessensbegünstigten bei Trust und Stiftung .....	85
<i>Francesco A. Schurr</i>	
Zur Zweck- und Begünstigungsanpassung bei der privatnützigen Stiftung Zum Spannungsverhältnis von Erstarrungsprinzip und Flexibilität .....	103
3. Gesellschaftsrecht	
<i>Verena Cap</i>	
Fragen der internationalen Zuständigkeit im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr nach österreichischem Recht .....	119

---

<i>Georg Eckert</i>	
Zum Anwendungsbereich der Regelungen der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien . . . . .	135
<i>Markus Gehrlein</i>	
Einfluss der höchstgerichtlichen Rechtsprechung auf Wirtschaft und Finanz . . . . .	143
<i>Friedrich Harrer</i>	
Der Einfluss der höchstgerichtlichen Rechtsprechung auf die gesellschaftsrechtliche Praxis . . . . .	159
<i>Ulrich Torggler</i>	
(Kein) Stimmverbot für Konkurrenten . . . . .	171
<i>Wigbert Zimmermann</i>	
Zur Unzulässigkeit von „Geschlechterklauseln“ in Gesellschaftsverträgen . . . . .	181
<b>4. Internationales Privatrecht</b>	
<i>Helmut Heiss</i>	
25 Jahre liechtensteinisches IPRG Ein Plädoyer für seine Revision . . . . .	195
<i>Simon Laimer</i>	
Die Geltungsannahme einer bestimmten Rechtsordnung durch die Parteien im FL-IPRG . . . . .	207
<i>Leander D. Loacker</i>	
Der grenzüberschreitende Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Eine liechtensteinische Perspektive . . . . .	217
<i>Andreas Schwartze</i>	
Das Internationale Vertragsrecht im IPR-Gesetz des Fürstentums Liechtenstein Zeit für eine Anpassung an die neueren europäischen Entwicklungen? . . .	237
<b>5. Schiedsverfahrensrecht</b>	
<i>Felix Dasser</i>	
1 + 1 = 3 Von der Bedeutung der Gerichte für die Schiedsgerichte . . . . .	257
<i>Hilmar Hoch</i>	
Schiedsgerichtsbarkeit und Grundrechte . . . . .	269

---

<i>Elisabeth Lovrek/Matthias Neumayr</i> Schnittstellen der Schiedsgerichtsbarkeit zur staatlichen Gerichtsbarkeit in Liechtenstein und in Österreich . . . . .	289
<b>6. Steuerrecht</b>	
<i>Reinhold Beiser</i> Die Zurechnung von Einkünften aus liechtensteinischen Stiftungen bei in Österreich Ansässigen Eine systematische Analyse . . . . .	311
<i>Hansjörg Seiler</i> Einfluss der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts auf die Steueramtshilfe . . . . .	321
<b>7. EWR, EMRK</b>	
<i>Andreas Th. Müller</i> Der Dialog zwischen FL-OGH und EFTA-Gerichtshof und sein Einfluss auf das Wirtschafts- und Finanzrecht Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Staatshaftung im EWR-Recht und ihrem Verhältnis zur Amtshaftung . . . . .	335
<i>Thomas Müller</i> Der FL-OGH und das Vergaberecht Zur Abgrenzung des vergabespezifischen Schadenersatzrechts vom Amtshaftungsrecht . . . . .	351
<i>Nicolas Raschauer</i> Die Rechtsprechung des FL-OGH zu den Verteidigungsrechten der EMRK . . . . .	361
<b>8. Varia</b>	
<i>Thomas Gergen</i> Die Alternativ-Formel bei Ursprungsbezeichnungen in Art 3 Stresa-Abkommen Entstehung und Translation der „ <i>appellation d'origine</i> “ seit den 1920er Jahren . . . . .	381
<i>Georg Kathrein</i> Neugestaltung der Sterbehilfe in Österreich . . . . .	401
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren . . . . .	419



# Zum Anwendungsbereich der Regelungen der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien

*Georg Eckert, Wien*

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Wortlaut und Meinungsstand
- III. Historische Entwicklung
- IV. Historisch-teleologische Gründe für die taxative Aufzählung
- V. Erweiterung dieses Gedankens auf den Erwerb durch Tochterunternehmen
- VI. Leistung von Einlagen oder Zuschüssen an Nicht-Tochterunternehmen
- VII. Zusammenfassung

## I. Einleitung

Das liechtensteinische Gesellschaftsrecht ist nicht am österreichischen, sondern am schweizerischen Vorbild orientiert. Dies verbunden mit der gemeinsamen bürgerlich-rechtlichen Basiskodifikation macht die Rechtsvergleichung besonders reizvoll. Ganz besonders interessant sind Regelungsfelder, in denen es eine gemeinsame europarechtliche Grundlage gibt und die unterschiedlichen Regelungszugängen entsprechend unterschiedliche Umsetzungsbestimmungen hervorgebracht haben. Von einer solchen Konstellation soll in diesem Beitrag die Rede sein.

Art 306e des liechtensteinischen PGR und § 66a des österreichischen AktG lassen die Gewährung von Krediten und Sicherheiten zu Zwecken des Erwerbs eigener Aktien durch Dritte nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind nach österreichischem und liechtensteinischem Recht unterschiedlich restriktiv; während das liechtensteinische Recht die genannten Finanzierungsgeschäfte grundsätzlich erlaubt und nur an bestimmte Voraussetzungen bindet, sind diese nach österreichischem Recht mit wenigen punktuellen Ausnahmen verboten. Das österreichische Recht regelt die Gewährung von Krediten/Sicherheiten zur Finanzierung des Aktienerwerbs durch Dritte auch weit restriktiver als den Erwerb durch die Gesellschaft selbst, für Rechnung der Gesellschaft oder durch Tochterunternehmen. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Die unterschiedliche Strenge der Regelungen in Liechtenstein und Österreich ist darauf zurückzuführen, dass die beiden Länder in unterschiedlichem Ausmaß von Wahlrechten Gebrauch gemacht haben, die gemäß der europarechtlichen Grundlage in Gestalt des Art 64 der RL (EU) 2017/1132 bestehen. Diese Regelung geht ihrerseits ursprünglich auf die Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie 77/91/EWG (Kapitalrichtlinie) zurück.

Die unterschiedlichen Umsetzungen des Finanzierungsverbots in Liechtenstein und Österreich spiegeln unterschiedliche Phasen der europäischen Rechtsentwicklung wider. Die ursprüngliche Fassung der Kapitalrichtlinie verbot die Gewährung von Krediten und Sicherheiten zwecks Finanzierung des Aktienerwerbs Dritter mit wenigen unwesentlichen Ausnahmen (Art 23). Aufgrund der SLIM-Initiative hat der europäische Gesetzgeber das ursprünglich strikte Verbot durch ein Wahlrecht ersetzt, wonach die Mitgliedstaaten berechtigt sind, solche Finanzierungsgeschäfte unter bestimmten, nun in Art 306e PGR umgesetzten, Voraussetzungen zuzulassen.<sup>1)</sup> Das Fürstentum Liechtenstein machte von diesem Wahlrecht Gebrauch, während der österreichische – ebenso wie der deutsche – Gesetzgeber darauf verzichtete.

Der *Tatbestand* der die Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien betreffenden Bestimmungen ist aber im europäischen Recht gleichgeblieben und dementsprechend auch im österreichischen und im liechtensteinischen Recht. Tatbestandsmäßig ist danach *die Gewährung eines Vorschusses oder eines Darlehens oder die Leistung einer Sicherheit durch die Gesellschaft*.

Nach verbreiteter Ansicht handelt es sich dabei um einen offenen Tatbestand, was bedeutet, dass die im Normtext genannten Finanzierungsformen des Vorschusses, des Darlehens und der Sicherheit nur als Regelbeispiele zu verstehen seien.<sup>2)</sup> So wird etwa vertreten, dass Einlageleistungen und Gesellschafterschuldzuschüsse ebenso wie Zuwendungen an eine Privatstiftung unter den Tatbestand zu subsumieren seien. Selbst für Gewinnausschüttungen wird die Anwendbarkeit des § 66a AktG diskutiert.<sup>3)</sup> Der Beitrag geht dieser Frage nach der „Offenheit“ des Finanzierungsverbotstatbestands nach.

## II. Wortlaut und Meinungsstand

Art 306e Abs 1 PGR knüpft die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Z 1–5 an „*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*“. Im Wesentlichen wortgleich formuliert § 66a AktG.

Die im deutschen Schrifttum anzutreffende Behauptung, es handle sich um einen offenen Tatbestand mit Regelbeispielen,<sup>4)</sup> ist mit dem Wortlaut der Norm an sich nicht vereinbar. Ein offener Tatbestand könnte etwa lauten „*Die Finanzierung des Aktienerwerbs, insbesondere durch Vorschüsse, Darlehen oder Sicherheitsleistung*“. Eine solche Formulierung wählt das Gesetz aber nicht.<sup>5)</sup> So ist die Leistung einer Einlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung unzweifelhaft eine Finanzierung, die auch zu Zwecken des Erwerbs von Aktien des Finanzierenden gegeben werden kann. Sie ist aber vom äußerst möglichen Wortsinn der Begriffe *Vorschuss*, *Darlehen* und *Sicherheit* nicht erfasst. Eine Anwendung des Art 306e PGR oder des § 66a

1) Art 23 RL 77/91/EWG idF Änderungs-RL 2006/68/EG.

2) Siehe zB Rauter in *Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib* (Hrsg), FS Aicher (2012) 589.

3) *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 195 FN 982. Dagegen zutr hM, s etwa *Cahn* in BeckOK AktG § 71a Rz 13.

4) *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs (1995) 174 (178f); *Oechsler* in MüKo AktG<sup>5</sup> § 71a Rz 25; *Koch* in *Hüffer/Koch* (Hrsg), AktG<sup>15</sup> (2021) § 71a Rz 2; jeweils mwN.

5) *Karollus* in *Artmann/Karollus* (Hrsg), AktG<sup>6</sup> (2018) § 66a Rz 11.

AktG ist darum nur im Wege der Analogie möglich, was den Nachweis einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraussetzt.

Daran ändert auch nichts, wenn behauptet wird, dass § 66a AktG nur „den Anschein“ einer taxativen Regelung erwecke und die drei im Gesetz genannten Fälle nur als Verdeutlichung eines allgemeinen Verbots zu verstehen seien.<sup>6)</sup> Ein solcher Sinn könnte dem Gesetz im Wege der einfachen Auslegung nur unterstellt werden, wenn er im äußersten Wortsinn Deckung fände. Dies ist aber nicht der Fall, weil das Gesetz das dafür erforderliche „insbesondere“ eben nicht verwendet. Um mit dem OLG Innsbruck zu sprechen: § 66a AktG enthält keinerlei Hinweis auf eine nur demonstrative Aufzählung der dort erwähnten Anwendungsfälle.<sup>7)</sup>

Vor diesem Hintergrund wird die analoge Anwendung des Finanzierungsverbots auf Gesellschaftereinlagen meist verneint.<sup>8)</sup>

Weniger eindeutig ist das Meinungsbild für „verlorene“ Gesellschafterzuschüsse zum Zwecke der Finanzierung des Erwerbs eigener Aktien, über deren Zulässigkeit vor Kurzem das OLG Innsbruck zu entscheiden hatte.<sup>9)</sup> Nach einer Ansicht zur gleichlautenden Parallelbestimmung im deutschen Recht (§ 71a Abs 1 dAktG) ist die Norm trotz ihres Wortlauts auf Gesellschafterzuschüsse anzuwenden.<sup>10)</sup> Begründet wird dies mit einem Größenschluss: Wenn § 66a AktG Geschäfte verbiete, bei denen der Gesellschaft ein Rückzahlungsanspruch zukomme, müsse dies umso mehr für Finanzierungsformen gelten, die keinen Rückzahlungsanspruch gewähren.<sup>11)</sup> Nach anderer Ansicht setzt § 66a AktG aufgrund der ausdrücklich genannten Tatbestände (Vorschuss, Darlehen, Sicherheit) zwingend ein *Kreditelement* voraus. Demnach sind verlorene Zuschüsse (mangels eines solchen Kreditelements) nicht von § 66a AktG erfasst.<sup>12)</sup>

Abgesehen von der schon erwähnten E des OLG Innsbruck ist das Meinungsbild in Österreich uneindeutig und widersprüchlich. *Kalss* dürfte sich in ihrer Kommentierung zu § 66a AktG der zuletzt genannten Ansicht anschließen, weil sie zur „Reichweite des Finanzierungsverbots“ auf den Beitrag von *Habersack* verweist.<sup>13)</sup> Andererseits ist *Kalss* auch der mit der Ansicht von *Habersack* nicht zu vereinbarenden Auffassung, dass die Einbringung eigener Aktien in eine andere

6) *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 66a Rz 11.

7) OLG Innsbruck 3 R 10/20z Erw 9.2.2.2., GesRZ 2020, 291.

8) *Cahn* in BeckOK AktG § 71a Rz 17; *Schröder*, Finanzielle Unterstützung des Aktien-erwerbs 158; tendenziell aA, aber im Ergebnis offen *Rauter* in FS Aicher 589 f.

9) OLG Innsbruck 3 R 10/20z Erw 9.2.2.2., GesRZ 2020, 291.

10) *Oechsler* in MüKo AktG<sup>5</sup> I (2019) § 71a Rz 27; *Koch* in *Hüffner/Koch* AktG<sup>15</sup> § 71a Rz 2; *Laubert* in *Hölters*, AktG<sup>3</sup> § 71a Rz 3; *Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, Aktiengesetz (2020) § 66a Rz 4.

11) *Schroeder*, Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs 175 ff; *Oechsler* in MüKo AktG<sup>5</sup> § 71a Rz 27; aA *Brosius*, Die finanzielle Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien (2011) 141 f; *Hassner*, Finanzielle Unterstützung zum institutionellen Leveraged Buyout einer Aktiengesellschaft (2014) 233 ff, 244 f, 344; *Cahn* in BeckOK AktG § 71a Rz 17 (für Gesellschaftereinlagen), dagegen das im Text referierte Argument für unentgeltliche Zuwendungen (einschließlich „Zuschüsse“) heranziehend *Cahn* aaO Rz 41. Bei Gesellschafterzuschüssen handelt es sich aber regelmäßig nicht um unentgeltliche Rechtsgeschäfte.

12) *Habersack* in *Grundmann/Markt/Mülbert* (Hrsg), FS Hopt (2020) 744; *Bezenberger* in *K. Schmidt/Lutter* (Hrsg), AktG<sup>4</sup> (2020) § 71a Rz 25; s auch die hilfsweise Argumentation OLG Innsbruck 3 R 10/20z Erw 9.2.2.2., GesRZ 2020, 291.

13) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG<sup>2</sup> (2012) § 66a Rz 4 und in MüKo AktG<sup>5</sup> § 71a Rz 86 jeweils mit Verweis auf *Habersack* in FS Hopt 744.

Gesellschaft den Tatbestand erfüllen könne.<sup>14)</sup> Weitere Stellungnahmen sehen ohne weitere Begründung „Zuschüsse“<sup>15)</sup> und „jeglichen Einsatz des Gesellschaftsvermögens zu dem Zweck, den Erwerb der Aktien zu ermöglichen“<sup>16)</sup> als erfasst an.

### III. Historische Entwicklung

§ 66a AktG und Art 306e PGR gehen wie erwähnt auf Art 23 Abs 1 KapitalRL<sup>17)</sup> (nunmehr Art 64 Abs 1 GesR-RL<sup>18)</sup>) zurück. Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung lassen sich interessante Aufschlüsse für unser Rechtsproblem gewinnen. Im Gesetzgebungsprozesses wurden nämlich verschiedene Formulierungsvorschläge für den Tatbestand der verbotenen (oder an besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpften) Finanzierung diskutiert.

Bekanntlich geht der nunmehrige Art 64 Abs 1 GesR-RL auf das englische Recht, nämlich ursprünglich s.16 des Companies Act 1928, zurück.<sup>19)</sup> Schon diese Bestimmung nannte das Darlehen und die Sicherheit als verbotene Finanzierungsformen, ohne diese jedoch taxativ aufzuzählen. Vom englischen Recht fand das Finanzierungsverbot Eingang in die Kapitalrichtlinie. Während es im ursprünglichen Entwurf der Kapitalrichtlinie noch nicht enthalten war, schlug nach dem Beitritt Großbritanniens zur EWG die britische Delegation folgende Bestimmung vor (Hervorhebungen vom Verfasser):<sup>20)</sup>

Art 18a Abs 1: *„The laws of the Member States, where they permit a company to provide to a third party, whether directly or indirectly, financial assistance for the purpose of or in connection with the purchase of, or subscription for, shares in the company, shall impose at least the following conditions.“*

Ergänzend wird in Abs 3 des Vorschlages klargestellt: *“In this paragraph ‘financial assistance’ means such assistance in any from whatever and in particular includes the provision of any loan, security or guarantee.“*

Von dieser umfassenden Formulierung wurde aber insb nach intensiver Kritik der deutschen und der belgischen Delegation Abstand genommen<sup>21)</sup> und folgender Vorschlag unterbreitet (Hervorhebungen durch den Autor):<sup>22)</sup>

Art 18a: *„Eine Gesellschaft darf zum Zwecke des Erwerbs ihrer Aktien durch Dritte keine Vorschüsse zahlen oder Kredite aus eigenen Mitteln gewähren, wenn das Geschäft nicht im Rahmen ihrer normalen Tätigkeit zu den Bedingungen mit der Absicherung getätigt wird, die normalerweise für Vorgänge dieser Art erforderlich sind.“*

14) Kalss in MüKo AktG<sup>5</sup> § 71a Rz 86.

15) Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, Aktiengesetz § 66a Rz 4.

16) Rauter in FS Aicher 576.

17) 77/91/EWG.

18) (EU) 2017/1132.

19) Für eine Aufbereitung der Entstehungsgeschichte s etwa Gassner, Finanzielle Unterstützung des Aktienwerbes in England, Österreich und Deutschland (Wiener Diss 2009) 15 ff, 50 ff.

20) Vermerk des Rates der europäischen Union vom 10. 12. 1974, abgedruckt bei Gassner, Finanzielle Unterstützung (FN 19) Anhang 2.

21) Gassner, Finanzielle Unterstützung (FN 19), 16; s auch Hassner, Finanzielle Unterstützung zum institutionellen Leveraged Buyout einer Aktiengesellschaft 146 ff.

22) Vermerk des Rates der europäischen Union vom 17. 2. 1975 abgedruckt bei Gassner, Finanzielle Unterstützung (FN 19) Anhang 3.

Dieser Vorschlag wurde schließlich – erweitert um den Tatbestand der Sicherheiten – auch der Kapital-RL<sup>23)</sup> zugrunde gelegt (Art 23 Abs 1<sup>24)</sup>) und hinsichtlich des Grundtatbestands sinngleich in die aktuelle GesR-RL<sup>25)</sup> (Art 64 Abs 1<sup>26)</sup>) überführt.

Der europäische Gesetzgeber hat sich demnach nach vorangehender Diskussion gegen das Verbot jeglicher finanziellen Unterstützung entschieden und stattdessen bestimmte Anwendungsfälle normiert. Die Entstehung der Bestimmung zeigt daher, dass der europäische Gesetzgeber eine abschließende Regelung beabsichtigte.<sup>27)</sup>

Sowohl der österreichische als auch der liechtensteinische Gesetzgeber haben den europarechtlich vorgegebenen Normtext inhaltlich unverändert als § 66a AktG umgesetzt. Irgendwelche Hinweise darauf, dass der österreichische Gesetzgeber ein weiteres Normverständnis zu Grunde legen würde, liegen nicht vor. Die Entstehungsgeschichte bestätigt somit für Österreich den bereits aus der einfachen Wortinterpretation gewonnenen Befund, dass § 66a Abs 1 AktG die nach dieser Bestimmung verbotenen Finanzierungsformen taxativ aufzählt.

Im liechtensteinischen Recht ist die Anwendung auf andere Finanzierungsgeschäfte als Kredit- und Sicherungsgeschäfte noch etwas fernliegender als in Österreich. Wie erwähnt, machte das Fürstentum mit LGBI 2009 Nr 4 von dem durch die Änderungs-RL 2006 geschaffenen Wahlrecht<sup>28)</sup> Gebrauch. Nunmehr lässt Art 306e PGR die Finanzierung zu, macht es der Gesellschaft aber zur Aufgabe, die *Kreditwürdigkeit* des Dritten zu überprüfen, wie dies auch im europäischen Normtext verlangt wird (Art 64 Abs 2 UA 2).

#### IV. Historisch-teleologische Gründe für die taxative Aufzählung

Aus den Sitzungsprotokollen ergibt sich nicht nur, *dass*, sondern auch *warum* die europäischen Gesetzesverfasser keine Generalklausel, sondern eine taxative Aufzählung der verbotenen Finanzierungsformen wollten. Mehrere Delegationen waren nämlich der Ansicht, dass der Vorschlag der britischen Delegation teilweise unter Art 18<sup>29)</sup> falle, der den Erwerb eigener Aktien durch Einschaltung Dritter regle.<sup>30)</sup> Gemeint ist damit der Erwerb durch einen für Rechnung der Gesellschaft handelnden Dritten, den bereits die Stammfassung der Kapitalrichtlinie mit dem direkten Erwerb durch die Gesellschaft selbst gleichstellte (s jetzt § 66 Abs 1 AktG; Art 306a Abs 1 PGR; Art 60 RL [EU 2917/1132]).

---

23) RL 77/91/EWG.

24) „Eine Gesellschaft darf im Hinblick auf den Erwerb ihrer Aktien durch einen Dritten weder Vorschüsse geben noch Darlehen gewähren noch Sicherheiten leisten.“

25) RL (EU) 2017/1132.

26) „Wenn ein Mitgliedstaat es einer Gesellschaft gestattet, im Hinblick auf einen Erwerb eigener Aktien durch einen Dritten unmittelbar oder mittelbar Vorschüsse zu zahlen, Darlehen zu gewähren oder Sicherheiten zu leisten, so macht er solche Geschäfte von der Erfüllung der in den Absätzen 2 bis 5 genannten Bedingungen abhängig.“

27) So auch OLG Innsbruck 3 R 10/20z Erw 9.2.4, wonach § 66a Satz 1 AktG keinen hinreichend klaren Hinweis enthalte, dass es sich um eine bloß demonstrative Aufzählung handle.

28) Nunmehr Art 64 RL (EU 2017/1132).

29) Art 19 der verabschiedeten Fassung der RL 77/91/EWG.

30) Vermerk des Rates der europäischen Union vom 17. 2. 1975, abgedruckt bei *Gassner*, Finanzielle Unterstützung (FN 19) Anhang 3.

Worin liegt nun das Spannungsverhältnis zwischen der Regelung des Erwerbs eigener Aktien durch einen für Rechnung der Gesellschaft handelnden Dritten und dem Finanzierungsverbot? Beides wird vom Gesetz geregelt, jedoch *unterschiedlich*. Besonders ausgeprägt war die Unterschiedlichkeit der Regelung in der ursprünglichen Fassung der Kapitalrichtlinie (77/91/EWG). Hiernach war die Gewährung von Krediten oder Sicherheiten zu Zwecken des Erwerbs eigener Aktien mit wenigen Ausnahmen<sup>31)</sup> verboten, der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft hingegen nur an bestimmte Voraussetzungen gebunden, namentlich die Genehmigung des Erwerbs durch die Hauptversammlung, die Einhaltung der Bestandsgrenze von 10 %, die Finanzierbarkeit des Erwerbs aus freien Mitteln und die Volleinzahlung der betreffenden Aktien (Art 19). Bei Einhaltung dieser Voraussetzungen war der Erwerb erlaubt, und zwar sowohl der Erwerb durch die Gesellschaft selbst als auch der Erwerb durch einen für Rechnung der Gesellschaft handelnden Dritten.

Ein Erwerb für Rechnung der Gesellschaft bringt es regelmäßig mit sich, dass die Gesellschaft diesen Erwerb auch finanziert, worauf der für Rechnung der Gesellschaft handelnde Dritte gem § 1014 ABGB auch einen Anspruch hat. Da die Richtlinie den Erwerb für Rechnung der Gesellschaft aber – anders als die Kreditgewährung etc – nicht schlechthin verbot, sondern unter bestimmten Voraussetzungen zuließ, konnte die mit dem erlaubten Erwerbsgeschäft jedenfalls oder doch regelmäßig einhergehende Finanzierung nicht verboten werden.<sup>32)</sup>

In jenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (wie die österreichische), die den Erwerb eigener Aktien unter mehr oder minder restriktiven Voraussetzungen zulassen, die Kredit, Vorschuss- oder Sicherheitengewährung aber grundsätzlich verbieten, tritt dieser Zusammenhang unvermindert klar zu Tage.

Er ist aber auch noch im liechtensteinischen Recht sichtbar. Die Kreditgewährung etc ist nicht verboten, aber an die Voraussetzungen gem Art 306e Abs 1 gebunden. Die Anwendung dieses Katalogs auf eine „Finanzierungsleistung“ iSd § 1014 ABGB hat aber keinen Sinn, besonders dann nicht, wenn der Erwerb nach Art 306a f zulässig ist. So wäre es bei Einschaltung eines Dritten kaum nachvollziehbar, warum dessen Bonität überprüft werden sollte (Art 306e Z 1) und warum die Generalversammlung die „Finanzierung“ besonders zu genehmigen hätte (Art 306 Abs 1 Z 4), namentlich wenn bereits der Erwerb als solcher durch die Generalversammlung genehmigt worden ist (Art 306a Abs 1 Z 1).

## V. Erweiterung dieses Gedankens auf den Erwerb durch Tochterunternehmen

Der Gedanke lässt sich auf den Erwerb eigener Aktien durch Tochterunternehmen übertragen. Der Erwerb durch Tochterunternehmen war von der Stammfassung der Richtlinie noch nicht umfasst; erst mit der Änderungs-Richtlinie 92/101/EWG wurde der Erwerb eigener Aktien durch Tochterunternehmen dem Erwerb durch die Gesellschaft selbst gleichgestellt.

Wegen der Gleichstellung mit dem Erwerb durch die Gesellschaft ergibt sich auch hier: Eine verbotene Finanzierung kann nicht schon darin liegen, dass

31) Nämlich Geschäfte im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebs von Kreditinstituten und zwecks Finanzierung des Erwerbs von Aktien durch Arbeitnehmer, Art 24 Abs 2.

32) *Cahn* in BeckOK § 71a Rz 16.

die Gesellschaft ihre Tochtergesellschaft mit dem für den Erwerb eigener Aktien notwendigen Eigenkapital ausstattet – zumindest dann nicht, wenn der Erwerb durch die Muttergesellschaft selbst erlaubt wäre. Folglich wäre es nicht sinnvoll, auf eine derartige Finanzierung § 66a AktG anzuwenden, denn wenn der Erwerb eigener Aktien durch eine Tochtergesellschaft erlaubt ist, kann die finanzielle Ausstattung dieser Tochtergesellschaft zu Zwecken des Erwerbs nicht verboten sein.<sup>33)</sup> Auch eine Anwendung der Voraussetzungen des Art 306e hätte aus den erörterten Gründen keinen Sinn.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass die Eigenkapitalfinanzierung von Tochterunternehmen zu Zwecken des Erwerbs eigener Aktien von Art 306e PGR und § 66a AktG nicht erfasst ist. Dies gilt für Einlageleistungen und Gesellschafterzuschüsse gleichermaßen.

## VI. Leistung von Einlagen oder Zuschüssen an Nicht-Tochterunternehmen

Was aber lässt sich aus dem Vorstehenden gewinnen, wenn das erwerbende, aber durch Gesellschaftereinlagen oder Zuschüsse finanzierte Unternehmen *kein* Tochterunternehmen der Gesellschaft ist, sondern die Beteiligung der Gesellschaft die Mutter-Tochter-Schwelle nicht erreicht?

In diesem Fall greifen die Restriktionen des § 66 Abs 1 AktG/Art 306a ff PGR nicht ein, weshalb die Normen über Erwerb eigener Aktien und *financial assistance* anscheinend nicht in Widerspruch geraten. Bei näherem Hinsehen wird aber nur ein äußerer Widerspruch vermieden, ein innerer, wertungsmäßiger, Widerspruch dagegen bleibt bestehen: Wenn das europäische und das mitgliedstaatliche Recht keinen Anlass sehen, den Erwerb durch Nicht-Tochterunternehmen Einschränkungen zu unterwerfen, sollten solche Einschränkungen nicht durch die Hintertür einer analogen Anwendung der Regelungen über die *financial assistance* angenommen werden.<sup>34)</sup>

## VII. Zusammenfassung

Sowohl Art 306e Abs PGR als auch § 66a Abs 1 AktG enthalten eine taxative Aufzählung der tatbestandsmäßigen Finanzierungsgeschäfte.

---

33) *Cahn* in BeckOK § 71a Rz 17.

34) Ebenso *Cahn* in BeckOK § 71a Rz 17.

