

## UPDATE GESELLSCHAFTSRECHT 01/2022

### Das Ende der Limited mit Verwaltungssitz in Österreich

#### INHALT

#### Das Ende der Limited mit Verwaltungssitz in Österreich

OGH zu Sorgfaltsmaßstab und Treuepflicht des Due Diligence Prüfers

Reformvorhaben „FlexKap“

Covid-19 & Gesellschaftsrecht

Ansprechpartner

#### Einleitung und offene Fragen durch den „Brexit“

Die „Zuzugsjudikatur“ des EuGH (*Centros, Überseering, Inspire Art*) ermöglichte es nach dem Recht anderer EU-Mitgliedstaaten gegründeter Gesellschaften auch in Österreich (und anderen Mitgliedstaaten) rechtsfähig als Gesellschaftsform des Gründungsstaates zu sein, obwohl der Verwaltungssitz tatsächlich nicht im Gründungsstaat, sondern in Österreich lag. Nach § 10 IPRG beurteilt das österreichische Recht die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung hat („Sitztheorie“). Die Sitztheorie wurde aber durch die angesprochene Judikaturlinie des EuGH durch die europarechtliche Niederlassungsfreiheit (in Bezug auf nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründete Gesellschaften) überlagert.

In Folge erfreute sich die Rechtsform der englischen private limited company („Limited“) auch in Österreich gesteigerter Beliebtheit. Als durch das Votum im Brexit-Referendum der EU-Austritt des Vereinigten Königreichs absehbar wurde, wurde auch die Frage akut, wie es mit den „österreichischen“ Limiteds weitergeht. Durch den EU-Austritt wurde das Vereinigte Königreich für Österreich wieder zu einem Drittland und dementsprechend waren die englischen Limiteds mit Verwaltungssitz in Österreich nicht mehr durch die EU-rechtliche Niederlassungsfreiheit geschützt. Entsprechend wurde dazu geraten, vor dem endgültigen EU-Austritt des Vereinigten Königreichs Limiteds mit Verwaltungssitz in Österreich solche Limiteds durch Umgründungsmaßnahmen (z.B. grenzüberschreitende Verschmelzung, Einbringung der österreichischen Zweigniederlassung in eine GmbH, grenzüberschreitende Sitzverlegung) zu „retten“.

#### Erste Rechtsprechung des OGH

Nunmehr hat der OGH (9 Ob 74/21d) sich in einer aktuellen Entscheidung zum Schicksal der Limited mit Verwaltungssitz in Österreich geäußert:

- Das zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU geschlossene Austrittsabkommen sah eine Übergangsperiode bis 31.12.2020 vor, enthält jedoch keine Bestimmungen, die das Weitergelten der Niederlassungsfreiheit oder die Beibehaltung der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften über den 31.12.2020 hinaus regeln.
- Aus dem **Handels- und Kooperationsabkommens** zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich lässt sich **keine Weitergeltung der Niederlassungsfreiheit** ableiten.

## INHALT

Das Ende der Limited mit  
Verwaltungssitz in Österreich

OGH zu Sorgfaltsmaßstab  
und Treuepflicht des Due  
Diligence Prüfers

Reformvorhaben „FlexKap“

Covid-19 & Gesellschaftsrecht

Ansprechpartner

- Aus österreichischer Sicht besteht infolge des Brexits **kein Rechtsgrund zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer britischen Limited** mit Hauptverwaltungssitz in Österreich als eine solche Limited mehr. Diese haben somit **mit 01.01.2021 ihre Rechtsfähigkeit verloren**.
- Solche Gesellschaften sind nunmehr „durch die **Brille materiell österreichischen Gesellschaftsrechts**“ zu beurteilen. Das zur Folge hat, dass die Gesellschaft nach österreichischem Gesellschaftsstatut nunmehr bei mehreren Gesellschaftern als **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** anzusehen ist bzw im Fall eines Alleingesellschafters diesem als **Einzelunternehmer** zugeordnet wird und das Gesellschaftsvermögen im Weg der **Gesamtrechtsnachfolge** auf diese(n) übergeht (§ 142 UGB analog).

Die Gesamtrechtsnachfolge hat entsprechend auch zur Folge, dass die **Verbindlichkeiten** der Limited auf den bzw die **Gesellschafter übergegangen** sind und diese(r) nunmehr persönlich in Anspruch genommen werden kann (können).

### OGH zu Sorgfaltsmaßstab und Treuepflicht des Due Diligence Prüfers

Im zugrundeliegenden Sachverhalt dieser OGH-Entscheidung (1 Ob 156/21d) wurde eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vom späteren Kläger mit der Durchführung einer Due Diligence einer Zielgesellschaft beauftragt. Der Kläger wünschte aus Kostengründen keine Unternehmensbewertung, allerdings musste der Beklagten laut OGH klar gewesen sein, dass sich der Kläger erkennbar auch gewisse Aussagen zum Unternehmenswert erwartete. Die Beklagte lieferte in ihrem Due Diligence Gutachten Angaben zu Ertragswerten. Zwar habe laut OGH nach der Verkehrsauffassung eine Due Diligence Prüfung keine „Bewertungsleistungen“ zu umfassen und der Kläger wollte eine „echte“ Unternehmensbewertung aus Kostengründen nicht, jedoch sei die Aussage im Bericht über den Ertragswert ohne weitere Aufklärung zumindest irreführend, wenn die vorgenommenen Prüfungsschritte die Ermittlung eines realistischen Ertragswerts gar nicht ermöglichen. Der OGH hob die Vorentscheidungen im Endeffekt mangels ausreichend getroffener Feststellungen auf und das Verfahren wurde wieder an das Erstgericht verwiesen.

Aus dieser Entscheidung lassen sich folgende allgemeine Aussagen des OGH zum Sorgfaltsmaßstab und zur Treuepflicht von Due Diligence Prüfern mitnehmen:

- Wirtschaftsprüfer sind (Anmerkung: wie auch Rechtsanwälte und Steuerberater) als **Sachverständige iSd § 1299 ABGB** anzusehen mit der Folge, dass für sie ein **erhöhter Sorgfaltsmaßstab** gilt.
- Bereits im Rahmen der Prüfungstätigkeit ist der Due Diligence-Prüfer als Ausfluss seiner **Treuepflicht** in

## INHALT

Das Ende der Limited mit  
Verwaltungssitz in Österreich

OGH zu Sorgfaltsmaßstab  
und Treuepflicht des Due  
Diligence Prüfers

Reformvorhaben „FlexKap“

Covid-19 & Gesellschaftsrecht

Ansprechpartner

zumutbarem Umfang verpflichtet, alle Umstände und Gegebenheiten zu überprüfen, von denen er nach Maßgabe des § 1299 ABGB annehmen muss, dass sie für den Erwerb der Zielgesellschaft in seinem Fachbereich wesentlich und zur Einschätzung der mit diesen verbundenen Risiken erforderlich sind.

- Im Rahmen des Due Diligence-Berichts, der als eine Art Gutachten einzustufen und in der Regel als Werkvertrag zu qualifizieren ist, haftet der Prüfer für **Schäden aus fehlerhafter Formulierung**, wenn er den Bericht **grob missverständlich formuliert** und ein **redlicher Empfänger** die Ausführungen im Bericht **falsch verstehen konnte**. In diesem Zusammenhang schuldet der Due Diligence-Prüfer für eine **durchschnittliche Person** in der Position seines Vertragspartners **verständliche Ausführungen**.
- Im Zusammenhang mit dem Due Diligence-Bericht ist regelmäßig unter anderem davon auszugehen, dass **unterlassene Risikohinweise** vom durchschnittlichen Empfänger so zu verstehen sind, dass in diesem Bereich keine über die für jedermann ersichtlichen (abstrakten) Alltagsrisiken hinausgehenden (konkreten) Risiken bestehen.

## Reformvorhaben „FlexKap“

Seit bekannt wurde, dass die Bundesregierung im Regierungsprogramm 2020 – 2024 auch die Schaffung einer neuen Kapitalgesellschaftsform vorsieht, laufen die Diskussionen hierüber auf Hochtouren. Nach den Zielsetzungen soll diese neue Gesellschaftsform insbesondere innovativen Start-ups zugutekommen und eine international wettbewerbsfähige Option bieten. Das Reformvorhaben wurde zuerst unter dem Titel „Austrian Limited“ geführt, von diesem ist man aber in der Zwischenzeit (unter anderem) wegen markenrechtlicher Probleme wieder abgegangen. Die neue Gesellschaftsform soll nunmehr unter „FlexKap“ (Kurzform für „Flexible Kapitalgesellschaft“) firmieren.

Mittlerweile soll es auch einen (ersten) **Entwurf für ein FlexKap-Gesetz** geben (ursprünglich war ein Begutachtungsentwurf bereits für Herbst 2020 geplant), der allerdings (noch) nicht veröffentlicht wurde. Einige Regelungen die für die „Austrian Limited“ noch angedacht worden waren (z.B. geringes Mindeststammkapital von EUR 5.000, Entfall von Formpflichten (Notariatsakt), etc.) sollen es jedenfalls nicht in die „FlexKap“ geschafft haben. Die folgenden Punkte sollen im Entwurf für das FlexKapG enthalten sein:

- Digitale und kostengünstige Gründungsmöglichkeit
- Mindeststammeinlage des einzelnen Gesellschafters nur 1 Euro (statt 70 Euro)
- Teilbarkeit des Geschäftsanteils als gesetzlicher Regelfall
- Ausgabe von Stückanteilen möglich
- Durchführung virtueller Generalversammlungen grundsätzlich zulässig

## INHALT

Das Ende der Limited mit  
Verwaltungssitz in Österreich

OGH zu Sorgfaltsmaßstab und  
Treuepflicht des Due Diligence  
Prüfers

Reformvorhaben „FlexKap“

Covid-19 &  
Gesellschaftsrecht

Ansprechpartner

- Möglichkeit, Geschäftsanteile ohne Stimmrecht auszugeben (z.B. für Anteile, die von Mitarbeitern gehalten werden sollen)
- Uneinheitliche Ausübung des Stimmrechts (Split Voting) möglich
- Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft zulässig
- Flexible Kapitalmaßnahmen wie bei der AG: bedingte Kapitalerhöhung und genehmigtes Kapital
- Einfachere Möglichkeit für Umlaufbeschlüsse
- Einfache Umwandlungsmöglichkeit in eine GmbH oder AG oder umgekehrt (keine Umsatz- bzw. Bewertungsgrenze vorgesehen)

Es bleibt spannend ob und in welcher Ausgestaltung dieses Reformvorhaben zum Abschluss gebracht wird.

## Covid-19 & Gesellschaftsrecht

Nach Beginn der Covid-19 Pandemie wurden neben vielen anderen Rechtsbereichen auch im Gesellschaftsrecht Regelungen zur Bewältigung der Pandemiefolgen getroffen. Einige wichtige dieser Regelungen stehen inzwischen aber kurz vor dem Auslaufen:

### Virtuelle Gesellschafterversammlungen

Mit Covid-19 hat auch die Digitalisierung bei Gesellschafterversammlungen Einzug in das österreichische Gesellschaftsrecht gehalten. Durch entsprechende Gesetzgebungsakte wurde es ermöglicht (unter anderem) Hauptversammlungen von Aktiengesellschaft und Generalversammlungen von GmbH per Videokonferenz abzuhalten. Die genauen Regelungen finden sich in der Gesellschaftsrechtlichen COVID-19-Verordnung (COVID-19-GesV). Gepaart mit der Möglichkeit Gesellschafterversammlungen auch digital notariell zu protokollieren, wurde diese Neuerung in der Praxis großteils positiv aufgenommen.

Die entsprechenden gesetzlichen Regelungen **laufen jedoch mit 30.06.2022 aus** (§ 5 Abs 1 COVID-19-GesV). Bisher ist noch **nicht bekannt**, ob die Möglichkeit zur Abhaltung virtueller Gesellschafterversammlungen **weiter verlängert** oder sogar auf Dauer gesetzlich verankert wird (in Deutschland liegen bereits entsprechende Gesetzesentwürfe vor). Eine baldige Klarstellung des Gesetzgebers wäre sehr wünschenswert, insbesondere auch weil für die Einberufung von Gesellschafterversammlungen Fristen einzuhalten sind. Daher besteht ein Bedarf nach Planungssicherheit für die Gesellschaftsorgane.

### Aufstellen, Feststellen und Einreichen von Jahresabschlüssen

Wenn es den gesetzlichen Vertretern einer Kapitalgesellschaft, dem Vorstand einer Genossenschaft oder dem Leitungsorgan eines Vereins **infolge der COVID-19-Pandemie nicht möglich** ist, die erforderlichen Unterlagen in den ersten fünf Monaten des Geschäftsjahrs **aufzustellen** (und den Mitgliedern des Aufsichtsrats vorzulegen), so kann diese Frist **um höchstens vier Monate überschritten** werden (§ 3a Abs 1 COVID-19-GesG).

Die Versammlungen zur **Feststellung** des Jahresabschlusses bei Aktiengesellschaften, GmbH und Genossenschaften kann **binnen 12**

## INHALT

Das Ende der Limited mit  
Verwaltungssitz in Österreich

OGH zu Sorgfaltsmaßstab und  
Treuepflicht des Due Diligence  
Prüfers

Reformvorhaben „FlexKap“

**Covid-19 &  
Gesellschaftsrecht**

**Ansprechpartner**

**Monaten nach dem Bilanzstichtag** erfolgen, anstatt binnen 8 Monaten nach dem Bilanzstichtag (§ 2 COVID-19-GesG).

Die **Einreichung** des (festgestellten) Jahresabschlusses von Kapitalgesellschaften beim **Firmenbuch** kann spätestens **binnen 12 Monaten nach dem Bilanzstichtag** erfolgen, anstatt binnen 9 Monaten; dasselbe gilt für die Veröffentlichung des Jahresabschlusses von großen Aktiengesellschaften nach § 277 Abs 2 UGB (§ 3a Abs 2 COVID-19-GesG).

Diese Bestimmungen **treten mit Ablauf des 30.09.2022 außer Kraft** und sind auf Unterlagen der Rechnungslegung für **Bilanzstichtage letztmalig** anzuwenden, die **vor dem 01.10.2021** liegen. Für Unterlagen der Rechnungslegung, bei denen der Bilanzstichtag nach dem 30.09.2021, aber vor dem 31.01.2022 liegt, ist die Bestimmung mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Aufstellungsfrist spätestens am 30.06.2022 und die Offenlegungsfrist spätestens am 30.09.2022 endet (§ 4 Abs 3 COVID-19-GesG).

## Ansprechpartner



**Dr. Paul Schörghofer, LL.M. (Harvard)**

Rechtsanwalt und Partner  
Schottengasse 10/12  
1010 Wien  
T +43 1 890 85 90-10  
F +43 1 890 85 90-88  
[paul.schoerghofer@frra.at](mailto:paul.schoerghofer@frra.at)



**Mag. Florian Wünsch, LL.M. (QMUL)**

Rechtsanwalt  
Schottengasse 10/12  
1010 Wien  
T +43 1 890 85 90-10  
F +43 1 890 85 90-88  
[f.wuensch@frra.at](mailto:f.wuensch@frra.at)