

Umgründung von Immobilien in verdeckte Kapitalgesellschaften

Klaus Hirschler/Lukas Bernwieser

1. Einleitung
2. Sacheinlage aus ertragsteuerlicher Sicht
3. Rechnungslegungspflicht von verdeckten Kapitalgesellschaften
4. Buchwertfortführung nach § 202 Abs 2 UGB
5. Ausschüttungssperre nach § 235 Abs 1 UGB
6. Sacheinlage aus Sicht der steuerlichen Innenfinanzierung
7. Sacheinlage aus Sicht der latenten Steuern

1. Einleitung

Gottfried Sulz steht wie kein Zweiter für Immobilien und Umgründungen. So kommt es nicht von ungefähr, dass der Jubilar im Jahr 2021 mit der Auszeichnung Steuerberater des Jahres in der Kategorie Umgründungen ausgezeichnet wurde. Neben seiner Tätigkeit als Steuerberater und Partner bei der TPA ist er unter anderem stellvertretender Leiter der Arbeitsgruppe Umgründungssteuerrecht im Fachsenat für Steuerrecht der KSW. Der vorliegende Beitrag versucht, einen bescheidenen Beitrag zu Fragen der Umgründung von Immobilien zu leisten.

Die wesentliche Rechtsform für Immobilientransaktionen im Konzern stellen Personengesellschaften bzw die klassische GmbH & Co KG dar. Dies vor allem deshalb, da sie gegenüber der Kapitalgesellschaft mehr Möglichkeiten für einen steueroptimalen Exit bietet, gleichzeitig aber aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht ähnlich vorteilhafte Rahmenbedingungen wie eine Kapitalgesellschaft ermöglicht. Immobilien bzw Immobilienprojekte werden daher (wenn nicht ohnehin schon in Personengesellschaftsstrukturen gehalten) üblicherweise direkt über Personengesellschaften angekauft. Befindet sich eine Immobilie dennoch in einer Kapitalgesellschaft, gehen die Überlegungen daher oftmals dahin, nachträglich die gewünschte Personengesellschaftsstruktur einrichten zu wollen. Dies erfolgt dann in der Regel über Einlage der betreffenden Immobilie von der Kapitalgesellschaft in eine Tochter- oder Enkel-KG, an der die Kapitalgesellschaft zu 100 % vermögensbeteiligt ist.¹

Eine solche Sacheinlage wird mangels Anwendbarkeit des UmgrStG im allgemeinen Sprachgebrauch nicht als Umgründung bezeichnet. Dennoch stellen sich mitunter vergleichbare Fragestellungen:

- Ist die Sacheinlage ertragsteuerlich zu Buchwerten bzw ohne Realisation möglich?
- Ist die Personengesellschaft rechnungslegungspflichtig?
- Besteht für die Sacheinlage die Möglichkeit der Buchwertfortführung iSd § 202 UGB?
- Führt die Sacheinlage zu einer Ausschüttungs- oder Entnahmesperre iSd § 235 UGB?
- Führt die Sacheinlage zu einer Erhöhung der Innenfinanzierung der übertragenden Gesellschaft?
- Sind anlässlich der Sacheinlage latente Steuern zu bilden?

2. Sacheinlage aus ertragsteuerlicher Sicht

Der Wesenszweck der Personengesellschaft(en) bei derartigen Umgründungen besteht darin, die betreffende Immobilie zu übernehmen und in der Folge zu halten. Ihre Tätigkeit geht nach Art und Umfang zunächst nicht über das Ausmaß der bloßen Vermögensverwaltung hinaus.²

1 Der Beitrag hat folgende (vereinfachte) Struktur vor Augen: Die Kapitalgesellschaft ist als Kommanditistin zu 100 % vermögensbeteiligt; zusätzlich fungiert eine weitere Kapitalgesellschaft als 0%ige Komplementärin. Die Kommanditistin legt ihre Immobilie in die 100%ige Tochter-KG ein.

2 Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung siehe ausführlich *Fuhrmann/Lang*, Die vermögensverwaltende Personengesellschaft – Abgrenzungsfragen und Gestaltungsüberlegungen im Zusammenhang mit der Ausübung einer betrieblichen Tätigkeit, in GS Bruckner (2013) 213 ff.

Ist eine Personengesellschaft als vermögensverwaltende Personengesellschaft einzustufen, erfolgt für ertragsteuerliche Zwecke ein dem Beteiligungsverhältnis entsprechender (aliquoter) Durchgriff auf die Wirtschaftsgüter der Personengesellschaft. Die Wirtschaftsgüter, die im Miteigentum (§§ 825 ff ABGB) oder im Gesamthandeigentum (Vermögen der OG, KG) stehen, werden gemäß § 24 Abs 1 lit e BAO steuerlich nach Bruchteilen direkt den Gesellschaftern zugeordnet.³ Seit dem AbgÄG 2012 ergibt sich dies auch klar aus § 32 Abs 2 EStG, wonach die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft eine Anschaffung bzw Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter darstellt.⁴ Umgekehrt sind Anschaffungen oder Veräußerungen von Wirtschaftsgütern durch Personengesellschaften als anteilige Anschaffungen bzw Veräußerungen der Anteilsinhaber zu sehen. Überträgt ein Gesellschafter an seine vermögensverwaltende Personengesellschaft Wirtschaftsgüter (sei es über Verkauf oder einem einer Einlage vergleichbaren Vorgang),⁵ liegt nur hinsichtlich einer allfälligen Fremdquote ein Veräußerungsgeschäft vor; hinsichtlich der eigenen Beteiligungsquote ist dieser Vorgang steuerneutral.⁶ Im Ausmaß der eigenen Beteiligungsquote tritt keine Änderung an der Abschreibungsbemessungsgrundlage ein; die Anschaffungskosten bzw Buchwerte des Gesellschafters werden fortgeführt.⁷ Ist gewährleistet, dass im Realisierungsfall gesellschafterbezogen die richtige steuerliche Erfassung erfolgt, ist unter der Voraussetzung, dass alle Gesellschafter das gleiche Wirtschaftsgut einlegen, selbst bei Fremdquoten eine steuerneutrale Überführung ohne Realisierung möglich.⁸ Die in der Literatur diskutierte Frage der zwischenbetrieblichen Überführung⁹ stellt sich bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften nicht.¹⁰

- 3 Vgl das parallel zum AbgÄG 2012 ergangene VwGH-Erk 2012/13/0021 vom 24.9.2014, welches mit Verweis auf das VwGH-Erk vom 27.2.2014, 2011/15/0082 Folgendes ausführt: „*Erziele eine [...] Miteigentümergeinschaft als solche keine betrieblichen Einkünfte [...], sind bei den Gesellschaftern die Anteile an den in der Gesellschaft befindlichen Wirtschaftsgütern anzusetzen (Gegenstand des Beteiligungsansatzes sei unmittelbar der Anteil an den Wirtschaftsgütern).*“
- 4 Vgl dazu auch Haselsteiner, Personengesellschaften im Konzern – Ausgewählte Fragestellungen aus ertragsteuerlicher Sicht, in *Ruhm/Kerbl/Bernwieser* (Hrsg), *Der Konzern im Gesellschafts- und Steuerrecht* (2021) 120.
- 5 Eine Einlage setzt gemäß § 4 Abs 1 EStG das Überführen eines Wirtschaftsgutes aus dem außerbetrieblichen in einen betrieblichen Bereich vor. Mangels betrieblichem Bereich liegt begrifflich keine Einlage vor; ausführlich dazu Haselsteiner, Personengesellschaften im Konzern – Ausgewählte Fragestellungen aus ertragsteuerlicher Sicht, in *Ruhm/Kerbl/Bernwieser* (Hrsg), *Der Konzern im Gesellschafts- und Steuerrecht* (2021) 125 f.
- 6 EStR 2000 Rz 6020 iVm Rz 5927a; Haselsteiner, Personengesellschaften im Konzern – Ausgewählte Fragestellungen aus ertragsteuerlicher Sicht, in *Ruhm/Kerbl/Bernwieser* (Hrsg), *Der Konzern im Gesellschafts- und Steuerrecht* (2021) 126.
- 7 EStR 2000 Rz 6021.
- 8 Vergleichbar zur Vorsorge iRv Zusammenschlüssen nach § 24 Abs 2 UmgrStG; siehe Information des BMF: Steuerliche Beurteilung gleicher Aktien an eine vermögensverwaltende Personengesellschaft vom 25.7.2011 (BMF-010203/0423-VI/6/2011); ebenfalls in EStR 2000 Rz 6021.
- 9 Werden Wirtschaftsgüter eines inländischen Betriebes in einen anderen inländischen Betrieb desselben Steuerpflichtigen überführt, liegt nach Ansicht der Finanzverwaltung eine Entnahme mit einer darauffolgenden Einlage vor; dies soll in einer gänzlichen statt einer bloß anteiligen Realisation im Ausmaß der Fremdquote resultieren; siehe EStR 2000 Rz 5926 mit Verweis auf VwGH 17.12.1980, 2429/77; kritisch ua *Rabel*, Gewinnrealisierung bei Übertragung ins Sonderbetriebsvermögen?, SWK 1995, 641; für Gewinnrealisierung nur nur sofern stille Reserven verschoben werden *Hübner-Schwarzinger/Six* in *Kofler* (Hrsg), *UmgrStG*¹⁰ (2021), § 24 Rz 111; i.d.R. auch EStR 2000 Rz 5927a; allgemein zum Meinungsstand *Staringer*, Personengesellschaften in Konzernstrukturen, in *Bert et al* (Hrsg), *Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht*, 219 sowie *Bednar/Bergmann*, Ertragssteuerliche Behandlung unentgeltlicher Vermögensübertragungen im Zusammenhang mit Personengesellschaften, GES 2017, 319 ff.
- 10 *Staringer*, Personengesellschaften in Konzernstrukturen, in *Bert et al* (Hrsg), *Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht*, 221.

Veräußerung von Immobilien durch steuerbefreite Körperschaften

Claus Staringer

- 1. Einleitung und Themenstellung**
- 2. Ertragsteuerliche Behandlung von Immobilien im Fall der Veräußerung durch befreite Körperschaften**
 - 2.1. Steuerpflicht der Veräußerung von Immobilien
 - 2.2. Bemessungsgrundlage im Veräußerungsfall – Behandlung von „Altvermögen“
- 3. Die Steuerbefreiung für Einkünfte im Rahmen eines steuerfreien Betriebes (§ 21 Abs 2 Z 3 TS 6 iVm Abs 3 Z 4 KStG)**
 - 3.1. Der sinngemäße Verweis auf § 21 Abs 2 KStG in § 21 Abs 3 KStG
 - 3.2. Der „ebenfalls befreite Betrieb“ der steuerbefreiten Körperschaft
 - 3.3. Besteht tatsächlich immer ein Betriebserfordernis für die Befreiung?
 - 3.4. Schlussfolgerung
- 4. Schlussbemerkung**

1. Einleitung und Themenstellung¹

Gottfried Sulz ist ein ausgewiesener Experte der Immobilienbesteuerung. Es dürfte daher nicht leicht sein, ihm in diesem Teilgebiet des Steuerrechts etwas Neues zu erzählen. Daher möchte ich im Folgenden bewusst Überlegungen zu einer wohl seltenen, aber doch interessanten steuerlichen Rechtsfrage im Immobilienbereich anstellen: Der Veräußerung von Immobilien durch von der Körperschaftsteuer befreite Körperschaften.

Das Thema stellt sich deshalb selten, weil der Kreis der nach § 5 KStG persönlich befreiten Körperschaften zwar in sich vielfältig, aber letztlich doch überschaubar ist.² Hinzu treten noch jene Körperschaften, deren Steuerbefreiung außerhalb des KStG in einem Sondergesetz (als „sondergesetzliche Befreiung“) verankert ist. Auch diese Fälle sind nicht allzu häufig. In der Praxis wird eine Immobilienveräußerung wohl am ehesten durch gem § 5 Z 6 KStG gemeinnützige Körperschaften (wie zB Vereine) in Betracht kommen, die zahlenmäßig wohl den Hauptfall steuerbefreiter Körperschaften bilden. Zu denken ist etwa an die Veräußerung von Immobilien, die der gemeinnützigen Körperschaft bisher zu Zwecken ihrer Vermögensveranlagung gedient haben.³ Aber – und dies wird für die Analyse eine Rolle spielen⁴ – es sind durchaus auch Fälle denkbar, in denen der befreite Rechtsträger keineswegs gemeinnützig ist. Denn die Gemeinnützigkeit ist eben nur einer der Gründe, die der Gesetzgeber (in § 5 KStG oder einem Sondergesetz) zum Anlass für eine persönliche Befreiung von der Körperschaftsteuer nehmen kann.

2. Ertragsteuerliche Behandlung von Immobilien im Fall der Veräußerung durch befreite Körperschaften

2.1. Steuerpflicht der Veräußerung von Immobilien

Die Körperschaftsbesteuerung persönlich befreiter Körperschaften ist durch ein System gekennzeichnet, das als Körperschaftsteuerpflicht „dritter Art“ bezeichnet wird.⁵ Dabei ist die Befreiung – entgegen dem ersten Anschein – gerade nicht vollständig, da die Körperschaft gem § 1 Abs 3 Z 3 KStG mit einem Steuerabzug unterliegenden Einkünften (wie zB dem KEST-Abzug unterliegende Kapitaleinkünfte) grundsätzlich steuerpflichtig bleibt. Dies gilt nach § 1 Abs 3 Z 3 letzter Satz KStG auch für den Fall einer sondergesetzlichen Befreiung.

Das Gesetz definiert den Kreis der (abzugs-)steuerpflichtigen Einkünfte befreiter Körperschaften durch einen Verweis auf § 21 Abs 2 und 3 KStG. Hauptgegenstand des Gesetzes-

1 Der vorliegende Beitrag entwickelt Gedanken eines Rechtsgutachtens des Verfassers fort.

2 Vgl zB *Blum/Spies* in *Lang/Rust/Schuch/Staringer* (Hrsg), KStG² § 5 Rz 41 ff.

3 Dies unter Wahrung der Gemeinnützigkeit, vgl § 47 BAO.

4 Vgl unten Abschnitt 3.3.

5 Die Terminologie ist uneinheitlich: Häufig wird bei Körperschaften öffentlichen Rechts (KöR) und persönlich befreiten Körperschaften insgesamt von einer beschränkten Körperschaftsteuerpflicht „zweiter Art“ gesprochen. Aufgrund der gerade im vorliegenden Fall wesentlichen Unterscheidung beider Gruppen (dazu im Detail unten zur Befreiung des § 21 Abs 2 Z 3 TS 6 KStG, die nach VwGH 13.9.2017, Ro 2016/13/0024; 27.6.2018, Ro 2016/15/0025 nur befreiten Körperschaften, nicht aber KöR zusteht) werden in der Folge eine beschränkte Steuerpflicht „zweiter Art“ für KöR sowie „dritter Art“ für persönlich steuerbefreite Körperschaften unterschieden.

verweist dabei § 21 Abs 2 KStG, wo die Auflistung der in Betracht kommenden Arten inländischer Kapitaleinkünfte erfolgt. Diese werden durch KESt-Abzug besteuert. § 21 Abs 3 Z 1 KStG bezieht sodann auch die entsprechenden ausländischen Kapitaleinkünfte in die beschränkte Körperschaftsteuerpflicht mit ein, wo (nur) aufgrund des Auslandsbezugs keine KESt eingehoben werden kann. § 21 Abs 3 Z 3 KStG nimmt Veräußerungsgewinne aus Anteilen an Körperschaften ebenfalls in die beschränkte Steuerpflicht auf (ohne dass es hierfür auf die KESt-Pflicht ankäme).

Mit der Reform der Immobilienbesteuerung im Jahr 2012 (in Kraft getreten mit 1.4.2012) sind aber auch Veräußerungen von Immobilienvermögen durch steuerbefreite Körperschaften in die beschränkte Körperschaftsteuerpflicht einbezogen worden. Dies wird nunmehr durch § 21 Abs 3 Z 4 KStG angeordnet, der Einkünfte aus „*privaten Grundstücksveräußerungen gem § 30 EStG*“ für steuerpflichtig erklärt. Dies war systematisch konsequent: Denn seit der Einführung der Immobilienertragsteuer (ImmoEST) sind auch Immobilienveräußerungsgewinne mit einem Steuerabzug belegt, was die Aufnahme dieser Einkünfte in die beschränkte Körperschaftsteuerpflicht dritter Art erklärt.⁶ § 21 Abs 3 Z 4 letzter Satz KStG sieht ausdrücklich die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen zum Abzug der ImmoEST in den §§ 30b und 30c EStG vor.⁷

Damit hat das Steuerregime beschränkt steuerpflichtiger Körperschaften eine wesentliche Änderung erfahren. Denn bis zum Jahr 2012 unterlagen Gewinne aus der Veräußerung von Immobilien durch eine befreite Körperschaft (oder eine KÖR außerhalb eines Betriebs gewerblicher Art) nicht der Körperschaftsteuer. Seit der Reform der Immobilienbesteuerung ist ein solcher Veräußerungsgewinn aus Immobilien für befreite Körperschaften hingegen grundsätzlich voll körperschaftsteuerpflichtig (aktueller Steuersatz 25 %).

2.2. Bemessungsgrundlage im Veräußerungsfall – Behandlung von „Altvermögen“

Bemessungsgrundlage eines Veräußerungsgewinns aus Immobilienvermögen ist grundsätzlich die Differenz aus historischen Anschaffungskosten und Veräußerungserlös (somit die stillen Reserven) der Immobilie. Da dies bei vor sehr langer Zeit erworbenen Immobilien zu erheblichen Belastungen führen kann, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Reform der Immobilienbesteuerung in § 30 Abs 4 Z 2 EStG eine Sonderregelung für sogenanntes „Altvermögen“ vorgesehen. Diese Sonderregelungen sind auch für die Besteuerung von befreiten Körperschaften (oder KÖR) anwendbar.

Als „Altvermögen“ definiert ist jenes Immobilienvermögen, das zum 31.3.2012 (und damit im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Immobilienbesteuerungsregimes) nicht steuerhängig – dh im Veräußerungsfall nicht steuerpflichtig – war (§ 30 Abs 4 Z 2 EStG). Für solches Altvermögen können alternativ zu den tatsächlichen historischen Anschaffungskosten pauschal 86 % des Veräußerungserlöses als (fiktive) Anschaffungskosten angesetzt werden. Diese Fiktion führt zu einer steuerpflichtigen Bemessungsgrundlage von

⁶ Ebenso in die beschränkte Steuerpflicht zweiter Art für KÖR.

⁷ Dies hat für nicht dem § 7 Abs 3 KStG unterliegende Körperschaften Bedeutung. Andere Körperschaften (zB Kapitalgesellschaften) sind zwar vom Immo-EST-Abzug entbunden (vgl BMF KStR Rz 1501), dies ändert aber an der Steuerpflicht nach § 21 Abs 3 Z 4 KStG nichts.

Die nichtverhältnismäßige Spaltung von Genossenschaften

Susanne Kalss

- 1. Die nichtverhältnismäßige Spaltung**
 - 1.1. Ungleiche Gestaltung der Satzungsbestimmungen der beiden Genossenschaften
 - 1.2. Maßgeblicher Zeitpunkt
- 2. Die Entscheidungsträger**
 - 2.1. Zuständigkeit der Generalversammlung
 - 2.2. Beschlussmehrheiten
 - 2.3. Die Rolle des Revisors
 - 2.4. Gleichheitsgrundsatz
 - 2.5. Schutz wegen Gefahr ungleicher Gestaltung
- 3. Vorstand**
- 4. Aufsichtsrat**
- 5. Haftung gegenüber den Mitgliedern**
- 6. Zusammenfassung**

Das unternehmensrechtliche Umgründungsrecht war lange Zeit auf die Kapitalgesellschaften konzentriert. Schritt für Schritt bezieht es aber weitere Rechtsformen wie etwa Privatstiftungen oder auch Genossenschaften ein; für sie war der Gesetzgeber gerade kürzlich sehr aktiv. Ich hoffe daher, das Interesse von *Gottfried Sulz* dafür wecken zu können.

Das Genossenschaftsspaltungsgesetz ist ein junges, erst wenige Jahre altes Gesetz,¹ das sich weitgehend an dem schon länger bestehenden Spaltungsgesetz für Kapitalgesellschaften orientiert, soweit nicht Abweichungen wegen der Besonderheiten der Rechtsform notwendig sind.² Daher ist es hilfreich, auf das SpaltG für Kapitalgesellschaften und das in der Judikatur und Literatur entwickelte Verständnis zurückzugreifen, soweit eben keine abweichende Regelung geboten ist.

1. Die nichtverhältnismäßige Spaltung

Das Genossenschaftsspaltungsgesetz (GenSpaltG) kennt gemäß § 1 ähnlich wie das SpaltG mehrere Formen der Spaltung, nämlich die Ab- und Aufspaltung sowie die Spaltung zur Neugründung und zur Aufnahme; schließlich auch die Varianten der verhältnismäßigen und nichtverhältnismäßigen Spaltung. Eine Spaltung kann als Abspaltung zur Neugründung gestaltet werden. Dabei ist die übertragende Genossenschaft gemäß § 3 Abs 3 GenSpaltG als Gründerin anzusehen. Diese Genossenschaft hat daher entsprechend den Gründungsvorschriften nach dem GenG eine neue Genossenschaft zu errichten.

Eine nichtverhältnismäßige Spaltung einer Genossenschaft zur Neugründung ist eine Spaltung einer bestehenden Genossenschaft, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die Genossenschafter der übertragenden Genossenschaft an der neu entstehenden Genossenschaft nicht im gleichen Verhältnis beteiligt sind wie vor der Spaltung.³ Genau dies passiert in einem Fall, in dem bestimmte Altgenossenschafter Mitglieder der neuen Genossenschaft werden, die sonstigen Altgenossenschafter hingegen in der übertragenden Genossenschaft verbleiben. Das Gesetz lässt eine derartige Gestaltung gemäß § 8 Abs 3 GenSpaltG ausdrücklich zu. Das Ergebnis einer nichtverhältnismäßigen Spaltung ist die Entstehung von voneinander unabhängigen Genossenschaften.

Die Satzung der neuen Genossenschaft ist gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GenSpaltG Teil des Spaltungsplanes, den der Vorstand der übertragenden Genossenschaft aufzustellen hat. Sowohl die Satzung der übertragenden Genossenschaft als auch die Satzung der neu zu errichtenden übernehmenden Genossenschaft müssen – ebenso wie im Spaltungsrecht für Kapitalgesellschaften – im Spaltungsplan enthalten sein.⁴ Gründerin ist die übertragende Genossenschaft; die Genossenschafter der neu zu errichtenden Genossenschaft brauchen nicht namentlich im Spaltungsplan angeführt zu werden. Sie müssen nur nach den allgemeinen Regelungen des GenG bestimmbar sein.

1 BGBl I 2018/69.

2 254 BlgNR 26. GP 1; *Potyka*, Das neue Genossenschaftsspaltungsgesetz, RdW 2018, 763.

3 *Potyka*, RdW 2018, 765; *Ritt-Huemer/Simonishvili*, Genossenschaft, spalte dich! ÖBA 2019, 332; *Dellinger/Schneller*, Das neue Genossenschaftsspaltungsgesetz, RWZ 2019, 105, 106.

4 *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (2021) § 2 SpaltG Rz 21.

1.1. Ungleiche Gestaltung der Satzungsbestimmungen der beiden Genossenschaften

Die Satzung der neuen Genossenschaft muss – unabhängig von der Vermögenszuteilung – nicht vollkommen parallel zu der Satzung der übertragenden Genossenschaft gestaltet werden. Vielmehr kann diese entsprechend den Bedürfnissen der neuen Genossenschaft – unter Einhaltung der genossenschaftsspaltungsrechtlichen und allgemeinen genossenschaftsrechtlichen Regelungen – gestaltet werden.⁵ Unterschiede sind etwa vorstellbar bezogen auf die Höhe der Haftung der Genossenschafter, konkretisiert nach der Höhe der Geschäftsanteile, oder auch die Voraussetzungen für den Ein- und Ausstieg der Genossenschafter. Gemäß § 5 GenG hat der Genossenschaftsvertrag dafür jeweils konkrete Regelungen (Z 5, Z 12) zu enthalten.

Ein möglicher Unterschied der Gestaltung von Satzungen der Genossenschaft bei Ausstieg der Genossenschafter liegt etwa darin, dass für die bestehende Genossenschaft das – gesetzlich als Modell vorgesehene – sogenannte Nominalwertprinzip greift, während für die neue Genossenschaft davon – zulässigerweise – in der Satzung abgewichen wird.⁶ Ein kündigender Genossenschafter der neu entstehenden Genossenschaft kann etwa nach einer künftigen Satzungsgestaltung für die neu zu errichtende Genossenschaft im Fall der Kündigung einen Abfindungsbetrag erhalten, der dem Verkehrswert und eben nicht dem Barbetrag entspricht. Die Abfindung muss auch nicht in bar geleistet werden. Die Satzung kann auch vorsehen, dass eine Abfindung in Sachwerten, etwa Aktien einer Tochtergesellschaft oder sonstige Anteile oder Wertpapiere, gewährt wird. Die künftigen Genossenschafter der neu entstehenden Genossenschaft können daher nach der Satzung im Fall der Kündigung einen höheren Abfindungsanspruch als die Genossenschafter der übertragenden Genossenschaft haben.

Die Genossenschafter der übernehmenden Genossenschaft sind daher gegenüber den Genossenschaftern der übertragenden Genossenschaft bei einer solchen Gestaltung im Vorteil. Insofern besteht eine ungleiche Gestaltung und Rechtsposition der Genossenschafter der beiden – künftig – getrennten Genossenschaften.

Das zugeordnete Vermögen der neuen Genossenschaft entspricht der bisherigen verhältnismäßigen Beteiligungshöhe der nun „hinübergehenden“ und der neuen Genossenschaft zugeordneten Genossenschafter. Insofern liegt eine beteiligungskongruente Vermögenszuteilung vor.⁷ Allein die Rechtsstellung der Mitglieder der Genossenschaft „verbessert“ sich gegenüber der Situation vor der Spaltung und im Verhältnis zu den Genossenschaftern, die in der übertragenden Genossenschaft verbleiben.

Mittelbar ist – grundsätzlich – auch das Vermögen der neu entstehenden Genossenschaft betroffen, da im Fall der Kündigung an den einzelnen Genossenschafter ein höherer Betrag auszuzahlen bzw ein Sachwert auszukehren wäre. Für die Beurteilung der

5 Vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 3 SpaltG Rz 20; ferner Simon/Schroer/Greitemann in Semler/Stengel/Leonard (Hrsg), UmwG⁵ (2021) § 126 Rz 97; Priester in Lutter, UmwG⁶ (2020) § 126 Rz 87.

6 Astl/Steinböck in Dellinger (Hrsg), GenG² (2014) § 5 Rz 52; § 79 Rz 19.

7 Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 5 SpaltG Rz 11.