

Gemeinsamer Bericht des Vorstands der PRIMAG AG und der Geschäftsführung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH gemäß § 293a Abs. 1 AktG zum geänderten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag vom 19.12.2019 zwischen der PRIMAG AG und der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH

Zur Unterrichtung der Aktionäre der PRIMAG AG (im Folgenden „Gesellschaft“) und zur Vorbereitung der Beschlussfassung der Hauptversammlung am 16.12.2020 erstattet der Vorstand der Gesellschaft sowie die Geschäftsführung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH gemäß § 293a Abs. 1 AktG gemeinsam den nachfolgenden Bericht über den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (im Folgenden „Vertrag“) zwischen der Gesellschaft und ihrer 100 %igen Tochtergesellschaft, der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH vom 19.12.2019.

Die Gesellschaft hat mit der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH am 19.12.2019 eine geänderte Fassung des Vertrags abgeschlossen. Er bedarf der Zustimmung der Hauptversammlung der Gesellschaft und der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH und wird mit Eintragung in das Handelsregister der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH wirksam. Die Gesellschafterversammlung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH soll dem Vertrag im Anschluss an die Zustimmung durch die Hauptversammlung der Gesellschaft zustimmen. Der Aufsichtsrat der Gesellschaft hat dem Abschluss des Vertrags durch Beschluss vom 29.09.2020 zugestimmt.

I. Inhalt des Vertrags und Hinweis auf gesetzliche Regelungen

Der Vertrag ist zwischen der Gesellschaft und der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH geschlossen, deren sämtliche Geschäftsanteile der Gesellschaft gehören. Die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH hat ihren Sitz in Düsseldorf. Die Leitung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH wird mit Wirksamwerden des Vertrags der Gesellschaft unterstellt. Das bedeutet, dass die Gesellschaft der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH Weisungen in Bezug auf die Geschäftsführung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH erteilen kann. Die Weisungsbefugnis entsteht ab dem Zeitpunkt, zu dem der Vertrag in das Handelsregister der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH eingetragen wird. Ab dem Geschäftsjahr, in dessen Verlauf der Vertrag in das Handelsregister der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH eingetragen wird, ist die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an die Gesellschaft abzuführen. Die Höhe der Gewinnabführung richtet sich nach § 301 AktG, auf den der Vertrag eine Verweisung enthält. Ab dem Geschäftsjahr, in dessen Verlauf der Vertrag in das Handelsregister der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH eingetragen wird, ist die Gesellschaft verpflichtet, etwaige Verluste der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH entsprechend § 302 AktG auszugleichen. Der Vertrag enthält in Übereinstimmung mit § 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KStG eine Verweisung auf die jeweils gültige Fassung des § 302 AktG. Der Vertrag kann von beiden Seiten erstmals zum Ablauf von fünf Jahren ab Beginn des Geschäftsjahres der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH, für das die Gewinnabführung bzw. Verlustübernahme erstmals gelten, unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH gekündigt werden. Wird er nicht auf diese Weise gekündigt, verlängert er sich auf unbestimmte Zeit und kann mit sechs Monaten Kündigungsfrist zum Ende eines Geschäftsjahres der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH gekündigt werden. Das Recht zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund, etwa bei Veräußerung von Geschäftsanteilen an der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH durch die Gesellschaft, und der Möglichkeit einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung (§ 296 AktG) bleiben unberührt.

Regelungen über Ausgleich und Abfindung zugunsten außenstehender Gesellschafter der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH enthält der Vertrag nicht, weil es wegen der 100 %igen Beteiligung der Gesellschaft an der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH keine außenstehenden Gesellschafter gibt.

II. Hintergründe für den Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags

1. Ausgangssituation

1.1. Bestehender Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags und Notwendigkeit der Anpassung

Zwischen der Gesellschaft und der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH gilt der seit dem 01.01.2002 der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag vom 24.06.2002, der zum Zeitpunkt des Beschlusses der Hauptversammlung weiterhin rechtlich besteht. Der bestehende Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag wird inhaltlich auf Grund neuerer Rechtsprechung der höchstrichterlichen Finanzgerichtsrechtsprechung und der Auffassungen der Finanzverwaltung angepasst und erhält eine vollständig neue Fassung. Die grundsätzlichen Regelungen des bisher bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages vom 24.06.2002 bleiben bestehen, die Neufassung ändert diesen im Wesentlichen lediglich redaktionell.

Die Notwendigkeit der Änderung/Neuabschluss ergibt sich wie folgt:

Der BFH hat mit seinem Urteil vom 10.05.2017 (I R 93/15) entschieden, dass Ergebnisabführungsverträge einer Anpassungsobliegenheit unterliegen und somit an die jeweils aktuelle Fassung des Aktiengesetzes anzupassen sind.

Hintergrund dieser Entscheidung ist die Erweiterung der Verlustübernahmeregelung des § 302 AktG um einen Absatz 4 im Jahr 2004. Bisher wurde durch BMF-Schreiben vom 16.12.2005 für Altfälle eines EAV (Abschluss vor 01.01.2016), welche keinen Hinweis auf § 302 Abs. 4 AktG enthalten, Bestandsschutz in der Weise gewährt, dass eine Anpassung an die aktuelle Fassung des Aktiengesetzes nicht notwendig ist. Der BFH ist jedoch der Auffassung, dass den Vertragsparteien bei solchen Dauerrechtssachverhalten durchaus zugemutet werden kann, entsprechende Anpassungen an den Verträgen vorzunehmen.

Mit BMF-Schreiben vom 03.04.2019 hat sich nunmehr die Finanzverwaltung der o.g. Sichtweise des BFH angeschlossen. Der Bestandsschutz für die o.g. Altfälle soll mit Ablauf des Jahres 2019 entfallen. Die Finanzverwaltung hat dahingehend jedoch eine Übergangsregelung gewährt, sodass Altverträge steuerunschädlich an die Regelung des § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KStG angepasst werden können (sog. dynamischer Verweis).

Nach der Verfügung der OFD NRW vom 11.07.2018 sind auch Verlustübernahmevereinbarungen schädlich, sofern darin geregelt ist, dass ein sonst entstehender Jahresfehlbetrag auch durch die Auflösung von Kapitalrücklagen ausgeglichen werden kann. Die Vorschrift des § 302 Abs. 1 AktG erlaubt nur eine Minderung der Verlustübernahmeverpflichtung durch die Auflösung von anderen Gewinnrücklagen, nicht jedoch durch die Auflösung von Kapitalrücklagen. In gleich gelagerten Fällen soll die Organschaft nicht anerkannt werden.

Beide Forderungen der Finanzverwaltung und der höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung werden nunmehr in dem Neuabschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags umgesetzt und zwar wie folgt:

„§ 2 Gewinnüberlassung

(1) Die Gesellschaft verpflichtet sich ihren ganzen Gewinn entsprechend den Regelungen in § 301 AktG **in seiner jeweils gültigen Fassung** an die Obergesellschaft abzuführen.“

Hierdurch wird der verlangte dynamische Verweis erfüllt.

„§ 3 Verlustübernahme

Die Obergesellschaft verpflichtet sich einen während der Dauer dieses Vertrages entstehenden Jahresfehlbetrag entsprechend § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung auszugleichen. Die Obergesellschaft ist von dieser Pflicht befreit, wenn der Jahresfehlbetrag durch eine nach § 1 Absatz 3 dieses Vertrages eingestellte **Gewinnrücklagen** ausgeglichen wird.“

Hierdurch wird die Forderung nach ausschließlicher Auflösung von Gewinnrücklagen erfüllt.

1.2. Historie und Geschäftstätigkeit der Vertragsparteien

Die Gesellschaft hat ihren Sitz in Düsseldorf. Gegenstand der Gesellschaft ist die Gründung, der Erwerb und die Verwaltung von Unternehmen sowie der Erwerb und die Verwaltung von Unternehmensbeteiligungen sowie von Immobilien. Die Gesellschaft wurde am 15. September 2000 in das Handelsregister beim Amtsgericht Düsseldorf unter HR B 39513 eingetragen. Die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH hat ihren Sitz in Düsseldorf und ist im Handelsregister des Amtsgerichts Düsseldorf unter HR B 36751 eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist der Ankauf, die Verwaltung, Verwertung und Vermittlung von Grundbesitz. Die Gesellschaft kann Unternehmen gleicher Art oder ähnlicher Art erwerben, sich daran beteiligen und deren Geschäftsführung oder Verwaltung übernehmen. Sie darf Zweigniederlassungen errichten. Konkret betreibt die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH heute die Entwicklung von Grundstücken. Gesellschaftsbeteiligungen oder Zweigniederlassungen sind nicht vorhanden.

1.3. Gesellschafterstruktur

Die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH hat ein Stammkapital von Euro 60.000,00. Die Gesellschaft ist Alleingesellschafterin der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt Euro 4.300.000 und ist eingeteilt in 4.300.000 auf den Inhaber lautende Aktien ohne Nennbetrag (Stückaktien) mit einem rechnerischen Nominalwert von 1,00 Euro je Aktie und ist in voller Höhe eingezahlt.

Die Aktien der Gesellschaft werden im Freiverkehr der Frankfurter Wertpapierbörse gehandelt.

Zum Bilanzstichtag auf den 31.03.2020 verteilt sich das Grundkapital der Gesellschaft auf die GEVI Vermögensverwaltung mbH Düsseldorf mit EURO 3.361.000,00, eigene Anteile mit EURO 30.475,00 und auf Streubesitz mit EURO 908.525,00.

Mit dem Abschluss des Vertrags sind keine Veränderungen der Beteiligungsquoten an den vertragsschließenden Gesellschaften verbunden.

1.4. Gegenwärtige Rolle der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH im Konzern der Gesellschaft

Die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH führt das wesentliche operative Geschäft des Konzerns durch.

2. Wirtschaftliche Situation der Vertragsbeteiligten

Unternehmenskennzahlen der Gesellschaft und der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH

	Gesellschaft			PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH		
	31.03.2018	31.03.2019	31.03.2020	31.03.2018	31.03.2019	31.03.2020
Umsatzerlöse	645.814,90	701.092,40	744.984,50	225.433,80	10.935.379,52	3.137.735,56
EBIT	-179.947,49	-324.241,55	-1.131.315,16	9.414,95	4.628,39	5.983,39
Jahresüberschuss	-180.778,35	-265.822,05	-782.416,41	0,00	0,00	0,00
darin enthalten						
Verlustübernahme	217.029,66	348.009,51	1.134.199,72	-217.029,66	-348.009,51	-1.134.199,72
Bilanzsumme	6.566.375,50	6.542.684,66	6.121.544,02	25.908.850,43	21.493.767,81	19.115.450,99
Eigenkapital	5.904.431,13	5.638.609,08	4.856.192,67	60.000,00	60.000,00	60.000,00
Eigenkapitalquote	90%	86%	79%	23%	28%	31%

3. Gründe für und Ziele des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags

Die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH führt als eigenständige Gesellschaft das wesentliche operative Geschäft der Gesellschaft durch.

3.1. Vor- und Nachteile

Durch den Abschluss des Vertrags wird erreicht, dass die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH wirtschaftlich in die Gesellschaft eingegliedert wird, rechtlich jedoch als eigenständige Gesellschaft bestehen bleibt.

Aufgrund der Gewinnabführungskomponente des Vertrags wird die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH ihre Gewinne an die Gesellschaft abführen. Zugleich ist die Gesellschaft verpflichtet, Verluste der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH auszugleichen. Mithin bietet der Vertrag bereits unter diesem Gesichtspunkt erhebliche Chancen, aber auch Risiken. Die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH war in den letzten Jahren mit wechselndem wirtschaftlichem Erfolg tätig. Die wesentlichen zum geplanten späteren Ertrag der Gesellschaft führenden Bauvorhaben werden operativ durch die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH ausgeführt.

Durch das Beherrschungselement des Vertrags wird der Gesellschaft ermöglicht, bei Bedarf die Geschäftsführung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH eng zu führen. Das ist aufgrund eines Beherrschungsvertrags leichter möglich als aufgrund Weisungen der Gesellschafterversammlung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH. Dies insbesondere wenn sich Vorstand der Gesellschaft und Geschäftsführung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH nicht in Personalunion befinden.

Durch die Beherrschungskomponente des Unternehmensvertrags wird des Weiteren die Integration der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH als Organgesellschaft in die Gesellschaft als Organträgerin erleichtert.

Allerdings trifft die Gesellschaft gemäß § 302 AktG die Verpflichtung, evtl. Jahresfehlbeträge PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH auszugleichen. Der Vorstand geht aber davon aus, dass die damit verbundenen Risiken im Gesamtkonzern durch die Chancen aus der laufenden Geschäftstätigkeit ausgeglichen werden.

Zudem gestattet § 296 AktG die einvernehmliche Aufhebung des Vertrags zum Ende eines Geschäftsjahres. Damit kann ggfs. eine uferlose Verlustübernahmeverpflichtung vermieden werden.

Somit können auf Ebene der PRIMAG AG positive und negative Ergebnisse steuerlich verrechnet werden. Dies kann je nach steuerlicher Ergebnissituation der beteiligten Unternehmen zu steuerlichen Vorteilen führen. Ohne diesen Vertrag ist eine derartige vollständige steuerliche Ergebnisverrechnung nicht möglich.

3.2. Steuerliche Auswirkungen

Die Gewinnabführungskomponente dient der Begründung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zwischen der Gesellschaft und der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH gemäß §§ 14, 17 KStG. Zusätzlich dient sie der Begründung einer gewerbesteuerlichen Organschaft zwischen den beiden Gesellschaften gemäß § 2 Abs. 2 GewStG.

Die Beherrschungskomponente soll die umsatzsteuerliche Organschaft von Gesellschaft und PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH dergestalt sicherstellen, dass insbesondere Lieferungen und sonstige Leistungen der Gesellschaft an die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH und umgekehrt nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Die umsatzsteuerliche Organschaft bewirkt insbesondere Verwaltungsvereinfachungen. Außerdem können gegebenenfalls nicht abzugsfähige Vorsteuern vermieden werden, wenn ohne Bestehen der Organschaft der Vorsteuerabzug für empfangene Leistungen zwischen den Gesellschaften versagt würde.

Die körperschaft- und gewerbesteuerliche Organschaft bewirkt eine zusammengefasste Besteuerung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH als Organgesellschaft und der Gesellschaft als Organträgergesellschaft. Durch den Gewinnabführungsvertrag wird das Ergebnis der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH zeitkongruent mit dem Ergebnis der Gesellschaft auf der Ebene der Gesellschaft besteuert. Hierdurch wird unter anderem ein steuerlicher Gewinn- und Verlustausgleich zwischen der Gesellschaft und PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH für Körperschaft- und Gewerbesteuerzwecke ermöglicht sowie eine 5 %ige Ausschüttungsbelastung für Dividendenzahlungen der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH an die Gesellschaft und eine etwaige Zwischenfinanzierung von Kapitalertragsteuer vermieden. Ferner erfolgt im Falle einer körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft für Zinsen aus Darlehen und für Mieterträge, die zwischen der Organträgerin und der Organgesellschaft gezahlt werden, keine gewerbesteuerliche Hinzurechnung und reduziert sich damit die Gesamtgewerbesteuerbelastung der Organträgerin und Organgesellschaft. Durch die körperschaftsteuerliche Organschaft gelten die Organträgerin und die Organgesellschaft gemäß § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG für Zwecke der Zinsschranke als ein Betrieb im Sinne des § 4h EStG. Gewerbesteuerrechtlich wird die PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH als Organgesellschaft eine Betriebsstätte der Gesellschaft als Organträgergesellschaft sein. Es fällt mithin nur bei der Gesellschaft als Organträgergesellschaft eine Gewerbesteuer an.

3.3. Alternativen

Als Alternative zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag haben der Vorstand der Gesellschaft und die Geschäftsführung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH eine Verschmelzung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH auf die Gesellschaft geprüft. Allerdings hätte dies zum Verlust der rechtlichen Selbständigkeit der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH geführt und birgt auch die Gefahr der nicht abgrenzbaren Risiken aus dem operativen Geschäft.

Darüber hinaus würde nach Einschätzung des Vorstands der Gesellschaft und die Geschäftsführung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH eine formwechselnde Umwandlung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH in eine Personengesellschaft steuerlich zu keinem vergleichbaren Ergebnis führen, da die Einkünfte der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH für Zwecke der Gewerbesteuer auf Ebene der Personengesellschaft der Besteuerung unterliegen würden, während sie im Falle der Organshaft auf Ebene des Organträgers zu versteuern sind und dort mit positiven oder negativen Einkünften des Organträgers verrechnet werden können.

Der Abschluss eines bloßen Beherrschungsvertrags entsprechend § 291 Abs.1 Satz 1 AktG ist demgegenüber keine gleichwertige Alternative, da ohne die Verpflichtung der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH zur Gewinnabführung eine körperschaft-oder gewerbesteuerliche Organshaft mit der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH nicht begründet werden kann.

3.4. Abwägung

In der Abwägung ist es vorzuziehen, den bestehenden Vertrag in eine rechtlich aktualisierte Form zu bringen und im Übrigen die bestehenden Verhältnisse beizubehalten.

4. Kein Ausgleich, keine Abfindung

Da es in der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH keine außenstehenden Gesellschafter gibt, sind nach den §§ 304, 305 AktG Regelungen des Vertrags zu Art und Höhe von Ausgleich und Abfindung entbehrlich. Eine Unternehmensbewertung der Gesellschaft und der PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH wurde daher nicht durchgeführt.

Düsseldorf, den 30.09.2020

PRIMAG AG

PRIMAG Immobiliengesellschaft mbH

Der Vorstand

Der Geschäftsführer