

Gemeinsamer Bericht gemäß § 293a AktG

des Vorstands der **ERWE Immobilien AG, Frankfurt am Main,**

und

der Geschäftsführung der **ERWE Properties GmbH, Frankfurt am Main,**

zum Gewinnabführungsvertrag vom 27. Oktober 2020

zwischen der

ERWE Immobilien AG, Frankfurt am Main

und der

ERWE Properties GmbH, Frankfurt am Main

INHALTSVERZEICHNIS

1	Einleitung	1
2	Vertragsparteien	1
2.1	ERWE Immobilien AG	1
2.1.1	Überblick	1
2.1.2	Rechtliche Grundlagen und Historie	2
2.1.3	Grundkapital	2
2.1.4	Börsennotierung	2
2.1.5	Organe	2
2.1.6	Überblick über die Geschäftstätigkeit	4
2.1.7	Geschäftliche Entwicklung, Ergebnissituation und Vermögenslage	4
2.2	ERWE Properties GmbH	4
2.2.1	Rechtliche Grundlagen und Historie	4
2.2.2	Stammkapital und Gesellschafterstruktur	5
2.2.3	Organe	5
2.2.4	Geschäftsführer	5
2.2.5	Gesellschafterversammlung	5
2.2.6	Überblick über die Geschäftstätigkeit	6
2.2.7	Geschäftliche Entwicklung, Ergebnissituation und Vermögenslage	6
3	Gründe für den Abschluss des Gewinnabführungsvertrags	6
3.1	Steuerliche, wirtschaftliche und rechtliche Gründe	6
3.2	Alternativen zum Abschluss des Gewinnabführungsvertrags	7
3.2.1	Formwechsel	7
3.2.2	Andere Arten von Unternehmensverträgen	7
3.2.3	Verschmelzung	7
3.2.4	Zusammenfassendes Ergebnis	7
4	Inhalt und Auswirkungen des Vertrags	8
4.1	Erläuterung des Vertragsinhalts	8
4.1.1	Gewinnabführung (§ 1)	8
4.1.2	Verlustübernahme (§ 2)	8
4.1.3	Bildung und Auflösung von Rücklagen (§ 3)	9
4.1.4	Fälligkeit (§ 4)	9
4.1.5	Wirksamwerden, Dauer und Kündigung (§ 5)	9
4.1.6	Schlussbestimmungen (§ 6)	10
4.2	Auswirkungen des Gewinnabführungsvertrags	11
4.2.1	Auswirkungen für die ERWE Immobilien AG und ihre Aktionäre	11
4.2.2	Auswirkungen für die Organgesellschaft	11
4.2.3	Zusammenfassende Beurteilung	11
5	Keine Regelungen zu Abfindung und Ausgleich entsprechend §§ 304, 305 AktG und keine Bestellung eines Vertragsprüfers	12

1 Einleitung

Die ERWE Immobilien AG (nachfolgend auch die „**Gesellschaft**“ oder die „**Organträgerin**“) und die ERWE Properties GmbH (nachfolgend auch „**Organgesellschaft**“) haben am 27. Oktober 2020 einen Gewinnabführungsvertrag (nachfolgend auch der „**Vertrag**“) abgeschlossen.

Der Vorstand der ERWE Immobilien AG hat zuvor am 27. Oktober 2020 den Abschluss des Vertrages beschlossen. Eine Zustimmung des Aufsichtsrats war weder gesetzlich noch nach der Satzung oder den Geschäftsordnungen von Vorstand und Aufsichtsrat erforderlich. Die Gesellschafterversammlung der Organgesellschaft hat dem Vertrag am 27. Oktober 2020 zugestimmt.

Der Vertrag bedarf nach § 293 Abs. 2 AktG zu seiner rechtlichen Wirksamkeit eines mit einer Mehrheit von mindestens 75 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Kapitals gefassten Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung der ERWE Immobilien AG. Vorstand und Aufsichtsrat werden daher der für den 20. November 2020 anberaumten außerordentlichen Hauptversammlung der ERWE Immobilien AG vorschlagen, dem Vertrag zuzustimmen. Nach § 294 Abs. 2 AktG wird der Vertrag zudem erst wirksam, wenn sein Bestehen im Handelsregister der Organgesellschaft eingetragen worden ist.

Zur Unterrichtung der Aktionäre bzw. der Gesellschafter der beiden Gesellschaften erstatten der Vorstand der ERWE Immobilien AG und die Geschäftsführung der ERWE Properties GmbH nach § 293a AktG gemeinsam den folgenden Bericht.

2 Vertragsparteien

2.1 ERWE Immobilien AG

2.1.1 Überblick

Die ERWE Immobilien AG ist zusammen mit ihren Tochtergesellschaften (zusammen auch der „**ERWE-Konzern**“ oder „**ERWE**“) im Bereich des Erwerbs und der Entwicklung von Immobilien, insbesondere von aussichtsreichen innerstädtischen Gewerbeimmobilien in „A“-Lagen von Klein- und Mittelstädten, tätig.

Als Holding-Gesellschaft des ERWE-Konzerns nimmt die ERWE Immobilien AG zentrale Leitungsfunktion wahr. Über ihre direkten und indirekten Tochtergesellschaften hält die Gesellschaft dabei Beteiligungen an verschiedenen Immobilien. Sie ist überdies zum Teil über Geschäftsbesorgungsverträge mit den Tochtergesellschaften verbunden und stellt Finanzmittel in Form von Darlehen für die Tochtergesellschaften zur Verfügung. Seit Januar 2019 sind die Aktien der ERWE Immobilien AG börsennotiert.

Im Geschäftsjahr 2019 erzielte ERWE Erträge aus der Immobilienbewirtschaftung in Höhe von TEUR 3.466 sowie ein EBIT in Höhe von TEUR 11.540. Der Net Asset Value (EPRA) betrug

TEUR 69.822. Im ersten Halbjahr 2020 erzielte der ERWE-Konzern Erträge aus der Immobilienbewirtschaftung in Höhe von TEUR 2.224 sowie ein EBIT in Höhe von TEUR 5.956. Der Net Asset Value (EPRA) betrug TEUR 72.830.

2.1.2 Rechtliche Grundlagen und Historie

Die ERWE Immobilien AG ist eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt am Main. Sie ist im Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter HRB 113320 eingetragen. Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr.

Satzungsgemäßer Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ist der Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Beteiligungen an mittelständischen Industrie- und Handelsunternehmen im In- und Ausland sowie die Beteiligung an Immobilienunternehmen sowie der An- und Verkauf, das Halten, Vermieten, Verwalten und Verwerten von Immobilien, Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten und deren Erschließung, Planung, Entwicklung und Bebauung, ferner die Einbringung von Beratungs- und sonstigen Dienstleistungen für andere Unternehmen sowie die Übernahme von immobilienbezogenen Dienstleistungen. Die Gesellschaft ist berechtigt, Unternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich an solchen zu beteiligen, Unternehmensverträge abzuschließen, Interessengemeinschaften zu bilden, Zweigniederlassungen im In- und Ausland zu errichten und alle einschlägigen Geschäfte zu betreiben, die geeignet sind, das Unternehmen zu fördern. Die Gesellschaft betreibt keine erlaubnispflichtigen Geschäfte im Sinne des Kreditwesengesetzes.

Die Organträgerin wurde ursprünglich am 20. November 2000 als Vorrats-Aktiengesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Hamburg gegründet. Nach verschiedenen Umfirmierungen und Sitzverlegungen firmiert die Organträgerin inzwischen unter ERWE Immobilien AG und hat ihren Sitz in Frankfurt am Main.

2.1.3 Grundkapital

Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 16.562.922,00 und ist eingeteilt in 16.562.922 Stückaktien ohne Nennbetrag. Die Aktien lauten auf den Inhaber.

2.1.4 Börsennotierung

Die Aktien der Gesellschaft (ISIN: DE000A1X3WX6; WKN: A1X3WX) sind zum Handel im regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse (General Standard) zugelassen und in den Freiverkehr in Berlin, Düsseldorf und Stuttgart einbezogen.

2.1.5 Organe

Die Organe der ERWE Immobilien AG sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung.

(a) Vorstand

Der Vorstand besteht nach § 6 Abs. 1 der Satzung der Organträgerin aus einer oder mehreren Personen. Der Aufsichtsrat bestimmt die Zahl der Mitglieder des Vorstands. Zum Zeitpunkt der Erstattung dieses Berichts gehören dem Vorstand der Organträgerin drei Mitglieder an:

- Axel Harloff,
- Rüdiger Weitzel, und
- Christian Hillermann.

Die Organträgerin wird gemäß § 7 Abs. 1 der Satzung bei mehreren Vorstandsmitgliedern gemeinschaftlich durch zwei Vorstandsmitglieder oder durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Der Aufsichtsrat kann alle oder einzelne Vorstandsmitglieder allgemein oder für den Einzelfall von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Fall der Mehrfachvertretung (BGB) ganz oder teilweise befreien; §112 AktG bleibt unberührt.

(b) Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat der Organträgerin besteht gemäß § 8 Abs. 1 der Satzung aus drei Mitgliedern. Zum Zeitpunkt der Erstattung dieses Berichts gehören dem Aufsichtsrat der Organträgerin die folgenden Mitglieder an:

- Dr. Olaf Hein (Vorsitzender),
- Dr. Holger Henkel (stellvertretender Vorsitzender) und
- Carsten Wolff.

(c) Hauptversammlung

Die Hauptversammlung beschließt in den im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen und damit u. a. über die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats, soweit sie nicht anderweitig in den Aufsichtsrat zu entsenden sind, über die Verwendung des Bilanzgewinns, die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, die Bestellung des Abschlussprüfers, etwaige Satzungsänderungen, über Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung, die Bestellung von Prüfern zur Prüfung von Vorgängen bei der Geschäftsführung oder die Auflösung der Gesellschaft.

Beschlüsse der Hauptversammlung werden, sofern nicht die Satzung oder gesetzliche Vorschriften etwas Abweichendes bestimmen, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Dabei gilt Stimmenthaltung nicht als Stimmabgabe. In besonderen Fällen

ist zusätzlich zur Stimmenmehrheit eine Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals vor; hierzu gehören z.B. Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss, Umwandlungsmaßnahmen oder Zustimmungen zu Unternehmensverträgen.

2.1.6 Überblick über die Geschäftstätigkeit

Die ERWE Immobilien AG ist die Holding-Gesellschaft des ERWE-Konzerns und im Bereich des Erwerbs und der Entwicklung von Immobilien tätig. Die ERWE Immobilien AG konzentriert sich dabei auf die Entwicklung von aussichtsreichen innerstädtischen Gewerbeimmobilien in „A“-Lagen von Klein- und Mittelstädten. Hierzu gehören sowohl Büro- und Hotelnutzungen sowie auch innerstädtischer Einzelhandel.

2.1.7 Geschäftliche Entwicklung, Ergebnissituation und Vermögenslage

Der Konzernabschluss der Organträgerin weist für das Geschäftsjahr 2019 ein Konzernergebnis in Höhe von TEUR 8.706 (2018: TEUR 4.913) sowie Erträge aus der Immobilienbewirtschaftung in Höhe von TEUR 3.466 (2018: TEUR 2.752 Mio.) aus. Nach Abzug der Aufwendungen aus der Immobilienbewirtschaftung verbleibt ein Ergebnis von TEUR 1.366 (2018: TEUR 1.154 Mio.).

Der Jahresabschluss der ERWE Immobilien AG für das Geschäftsjahr 2019 weist bei einer Bilanzsumme von EUR 41.798.111,80 einen Jahresfehlbetrag in Höhe von EUR 738.216,95, einen Verlustvortrag in Höhe von EUR 1.832.279,54 und einen Bilanzverlust in Höhe von EUR 2.570.496,49 aus.

2.2 ERWE Properties GmbH

2.2.1 Rechtliche Grundlagen und Historie

ERWE Properties GmbH ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt am Main. Sie ist im Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter HRB 109499 eingetragen. Das Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr.

Satzungsgemäßer Unternehmensgegenstand der ERWE Properties GmbH ist der Erwerb, das Halten und Verwalten von Immobilien und Beteiligungen an anderen Unternehmen. Die Organgesellschaft ist berechtigt, alle Geschäfte und Maßnahmen zu treffen, die dem vorstehenden Geschäftszweck dienlich und förderlich sind. Sie ist ferner berechtigt, ähnliche oder andere Gesellschaften zu gründen, zu erwerben und sich an solchen zu beteiligen, wesentliche Betriebsteile und/oder Geschäftsbereiche auszugliedern, zu veräußern, auf Tochtergesellschaften oder Gemeinschaftsunternehmen zu übertragen und/oder sich auf die Wahrnehmung der Aufgaben einer (Konzern-) Holdinggesellschaft und/oder Finanzierungsgesellschaft zu beschränken. Die Organgesellschaft ist berechtigt, innerhalb der Bundesrepublik Deutschland und im Ausland Vertretungen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften zu errichten.

ERWE Properties GmbH wurde am 16. April 2014 unter der Firma HOW Invest GmbH mit Sitz in Hamburg errichtet. Nach verschiedenen Umfirmierungen und Sitzverlegungen firmiert die Organgesellschaft inzwischen unter ERWE Properties GmbH und hat ihren Sitz in Frankfurt am Main.

2.2.2 Stammkapital und Gesellschafterstruktur

Das Stammkapital der ERWE Properties GmbH beträgt EUR 500.000,00. Alleinige Gesellschafterin der ERWE Properties GmbH ist die Gesellschaft.

2.2.3 Organe

Organe der ERWE Properties GmbH sind die Geschäftsführer und die Gesellschafterversammlung.

2.2.4 Geschäftsführer

Nach § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags hat die ERWE Properties GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer. Zum Zeitpunkt der Erstattung dieses Berichts gehören der Geschäftsführung der Organgesellschaft zwei Mitglieder an:

- Axel Harloff und
- Rüdiger Weitzel.

Gemäß § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags wird die Organgesellschaft, wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Falls nur ein Geschäftsführer bestellt ist, wird die Organgesellschaft von diesem allein vertreten.

Die Geschäftsführer führen die Geschäfte der ERWE Properties GmbH. Geschäfte und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, dürfen dabei nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung getroffen werden. Dazu gehören nach § 8 Abs. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags etwa für den An- und Verkauf sowie die Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Vornahme von Investitionen von mehr als EUR 50.000 im Einzelfall oder die Aufnahme von Darlehen mit einem Verpflichtungswert von mehr als EUR 50.000.

2.2.5 Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist vor allem zuständig für grundlegende Maßnahmen, die über die gewöhnliche Geschäftsführung hinausgehen. Dazu gehören insbesondere die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses, die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben, die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung sowie die Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften und Maßnahmen und Geschäften nach § 8 Abs. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags.

Die Gesellschafterversammlung ist darüber hinaus berechtigt, den Geschäftsführern Weisungen in Bezug auf Geschäftsführungsmaßnahmen zu geben (§ 37 Abs. 1 GmbHG).

2.2.6 Überblick über die Geschäftstätigkeit

Die ERWE Properties GmbH ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Gesellschaft und hält als Zwischen-Holding unmittelbar die verschiedenen Beteiligungen an den Objektgesellschaften des Konzerns, in denen die einzelnen Immobilienanlagen gehalten werden, wie etwa die drei Bestandsobjekte in Speyer, Lübeck und Krefeld. Über das Halten der Beteiligungen hinaus übt die ERWE Properties GmbH keine weitere Geschäftstätigkeit aus, sondern erfüllt die Funktion einer Zwischenholding.

2.2.7 Geschäftliche Entwicklung, Ergebnissituation und Vermögenslage

Der Jahresabschluss der Organgesellschaft weist zum 31. Dezember 2019 bei einer Bilanzsumme in Höhe von EUR 9.558.142,92 einen Jahresfehlbetrag in Höhe von EUR 285.730,84 aus. Der Jahresabschluss der ERWE Properties GmbH wird in den Konzernabschluss der Gesellschaft einbezogen.

3 Gründe für den Abschluss des Gewinnabführungsvertrags

3.1 Steuerliche, wirtschaftliche und rechtliche Gründe

Die Gründe für den Abschluss des Gewinnabführungsvertrags sind steuerlicher Natur. So ermöglicht der Gewinnabführungsvertrag der ERWE Immobilien AG eine steuerliche Optimierung im Bereich der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Der Gewinnabführungsvertrag ist dabei eine zwingende rechtliche Voraussetzung für die Begründung einer körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft gemäß §§ 14 ff. KStG, § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG zwischen der ERWE Immobilien AG als Organträgerin und der ERWE Properties GmbH als Organgesellschaft. Durch eine solche Organschaft wird das Einkommen der Organgesellschaft unmittelbar der ERWE Immobilien AG als Organträgerin steuerlich zugerechnet, so dass ein etwaiges positives Einkommen der einen mit einem etwaigen negativen Einkommen der anderen Gesellschaft verrechnet werden kann (Ergebniskonsolidierung). Dies kann je nach steuerlicher Ergebnissituation der beiden beteiligten Gesellschaften zu steuerlichen Vorteilen führen. Ohne Ergebnisabführungsvertrag ist eine derartige steuerliche Ergebnisverrechnung nicht möglich; Gewinne der Organgesellschaft könnten allenfalls im Wege einer Gewinnausschüttung an den Organträger ausgeschüttet werden. In diesem Fall unterlägen nach derzeitigem Rechtsstand im Ergebnis grundsätzlich 5 % der Gewinnausschüttung bei dem Organträger der Körperschaft- und Gewerbesteuer.

Darüberhinausgehende rechtliche oder wirtschaftliche Gründe spielen für den Abschluss des Gewinnabführungsvertrags keine Rolle. So besteht weder ein Bedürfnis, die ERWE Properties

GmbH über die bestehende Situation als 100%-Tochter hinaus rechtlich noch enger an die ERWE Immobilien AG zu binden, wie das etwa durch einen Beherrschungsvertrag möglich wäre, noch Synergien durch eine etwaige, noch engere Zusammenarbeit zu erzielen.

3.2 Alternativen zum Abschluss des Gewinnabführungsvertrags

Der Vorstand der Gesellschaft hat Alternativen zum Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags geprüft. Eine wirtschaftlich sinnvolle Alternative zur Begründung einer körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft und damit zum Abschluss des Vertrages besteht jedoch nicht. Durch eine andere rechtliche oder steuerliche Gestaltung wären die mit der Begründung der Organschaft verfolgten Ziele nicht erreichbar.

3.2.1 Formwechsel

Eine Ergebniskonsolidierung könnte durch eine formwechselnde Umwandlung der Organgesellschaft in eine Personengesellschaft nur für Körperschaftsteuer-, jedoch nicht für Gewerbesteuerzwecke erreicht werden.

3.2.2 Andere Arten von Unternehmensverträgen

Die zusammengefasste Besteuerung der beiden Gesellschaften hätte auch durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrags oder einer anderen Art von Unternehmensvertrag gemäß § 292 AktG (z.B. ein Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag, Gewinngemeinschaft oder Teilgewinnabführungsvertrag) oder eines Betriebsführungsvertrags nicht erreicht werden können. Denn die Begründung einer körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft ist an bestimmte, in §§ 14 Abs. 1, 17 KStG näher geregelte Voraussetzungen geknüpft und sieht u.a. zwingend und ausschließlich den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags vor.

3.2.3 Verschmelzung

Auch eine Verschmelzung der Organgesellschaft auf die Organträgerin kommt als Alternative nicht in Betracht. Zwar würde eine Verschmelzung zu einer rechtlichen Vereinigung der wirtschaftlichen Aktivitäten bei der Organträgerin führen, so dass es auch nur noch auf Ebene der Organträgerin zu einer Ertragsbesteuerung käme. Der Verlust der rechtlichen Selbstständigkeit der Organgesellschaft ist jedoch nicht gewollt, so dass eine Verschmelzung nicht in Betracht kommt.

3.2.4 Zusammenfassendes Ergebnis

Um das Ziel einer körperschaft- und gewerbesteuerlichen Optimierung bei fortbestehender rechtlichen Selbstständigkeit der Organgesellschaft zu erreichen, ist der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags unter Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte die einzig sinnvolle Vorgehensweise. Nur so lässt sich eine körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft gemäß §§ 14 ff. KStG, § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG zwischen der ERWE Immobilien AG als

Organträgerin und der ERWE Properties GmbH als Organgesellschaft schaffen und die gewollte steuerliche Optimierung erreichen.

4 Inhalt und Auswirkungen des Vertrags

Bei dem Vertrag handelt es sich um einen Gewinnabführungsvertrag und somit um einen Unternehmensvertrag gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG.

Zu den einzelnen Bestimmungen des Vertrages ist folgendes anzumerken:

4.1 Erläuterung des Vertragsinhalts

4.1.1 Gewinnabführung (§ 1)

§ 1 des Vertrages enthält die für einen Gewinnabführungsvertrag typische Verpflichtung des einen Vertragsteils zur Abführung ihres ganzen Gewinns an den anderen Vertragsteil. Abzuführen ist danach, vorbehaltlich der Bildung und Auflösung von Rücklagen nach § 3 des Vertrags und § 301 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung, der ohne die Gewinnabführung entstehende, nach den maßgeblichen handelsrechtlichen Vorschriften ermittelte Jahresüberschuss. § 301 AktG in der derzeit gültigen Fassung sieht vor, dass der ohne die Gewinnabführung entstehende Jahresüberschuss, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr, um den Betrag, der nach § 300 AktG in die gesetzlichen Rücklagen einzustellen ist, und den nach § 268 Abs. 8 HGB ausschüttungsgesperren Betrag, abzuführen ist. Ferner sieht die derzeit gültige Fassung von § 301 AktG vor, dass, wenn während der Dauer des Vertrags Beträge in andere Gewinnrücklagen eingestellt worden sind, diese Beträge den anderen Gewinnrücklagen entnommen und als Gewinn abgeführt werden können. Unabhängig davon sieht der Vertrag vor, dass die gesetzlichen Grenzen der Gewinnabführung und die steuerlichen Vorschriften zur Anerkennung einer Organschaft einzuhalten sind.

Die Verpflichtung zur Gewinnabführung gilt nach § 5 Abs. 2 des Vertrages erstmals für das gesamte Geschäftsjahr der Organgesellschaft, in dem der Vertrag wirksam wird, voraussichtlich also ab dem 1. Januar 2020.

4.1.2 Verlustübernahme (§ 2)

§ 2 enthält die Verpflichtung der Organträgerin zur Verlustübernahme entsprechend § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung. Die Organträgerin ist danach verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag der Organgesellschaft auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in diese eingestellt worden sind. Dementsprechend trägt die Organträgerin das wirtschaftliche Risiko der Organgesellschaft. Diese Verpflichtung zur Verlustübernahme ist zwingende Folge eines Gewinnabführungsvertrages.

Durch den Verweis auf § 302 AktG gelten ferner die jeweils anwendbaren gesetzlichen Regelungen. So kann die Organgesellschaft nach § 302 Abs. 3 AktG auf ihren Anspruch auf Verlustausgleich erst drei Jahre nach dem Tage, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrages in das Handelsregister nach § 10 HGB bekannt gemacht worden ist, verzichten oder sich über ihn vergleichen. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Organträgerin zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit ihren Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird. Nach § 302 Abs. 4 AktG verjährt der Anspruch auf Verlustausgleich in zehn Jahren seit dem Tag, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrages in das Handelsregister nach § 10 HGB bekannt gemacht worden ist.

Die Verpflichtung zur Verlustübernahme gilt nach § 5 Abs. 2 des Vertrages erstmals für das gesamte Geschäftsjahr der Organgesellschaft, in dem der Vertrag wirksam wird, voraussichtlich also ab dem 1. Januar 2020. Ein etwaiger Anspruch auf Ausgleich des Jahresfehlbetrages wird jeweils mit Wirkung zum Ablauf des letzten Tages eines jeden Geschäftsjahres der Organgesellschaft fällig.

4.1.3 Bildung und Auflösung von Rücklagen (§ 3)

Die Organgesellschaft kann gemäß § 3 Abs. 1 des Vertrages mit Zustimmung der Organträgerin Beträge aus dem Jahresüberschuss nur insoweit in die Gewinnrücklagen gemäß § 272 Abs. 3 HGB einstellen, soweit dies gesellschafts- und handelsrechtlich zulässig und bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist. Ausgenommen hiervon sind die gesetzlichen Rücklagen. Auf Verlangen der Organträgerin sind gemäß § 3 Abs. 2 des Vertrages während der Dauer dieses Vertrags gebildete andere Gewinnrücklagen gemäß § 272 Abs. 3 HGB aufzulösen und zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages zu verwenden oder als Gewinn abzuführen. § 3 Abs. 3 des Vertrages stellt zudem klar, dass die Abführung von Beträgen sowie der Ausgleich eines Jahresfehlbetrages aus Beträgen aus der Auflösung von Kapitalrücklagen oder von Gewinnrücklagen und Gewinnvorträgen, die vor Inkrafttreten des Vertrages gebildet wurden bzw. entstanden sind, ausgeschlossen ist.

4.1.4 Fälligkeit des Anspruchs auf Gewinnabführung (§ 4)

§ 4 des Vertrages regelt die Fälligkeit des Anspruchs auf Abführung des Gewinns nach § 1 des Vertrages. Dieser wird jeweils mit Feststellung des Jahresabschlusses für das betreffende Geschäftsjahr der Organgesellschaft fällig.

4.1.5 Wirksamwerden, Dauer und Kündigung (§ 5)

In Übereinstimmung mit den gesetzlichen Zustimmungserfordernissen gemäß 293 AktG bestimmt § 5 Abs. 1, dass der Vertrag zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung der Organträgerin sowie der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Organgesellschaft bedarf.

Gemäß § 5 Abs. 2 des Vertrages wird der Vertrag mit seiner Eintragung in das Handelsregister am Sitz der Organgesellschaft wirksam. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung in § 294 Abs. 2 AktG. Hinsichtlich der Gewinnabführung und Verlustübernahme gilt der Vertrag gemäß § 5 Abs. 2 bereits rückwirkend ab Beginn des Geschäftsjahres der Organgesellschaft, in dem der Vertrag in das Handelsregister am Sitz der Organgesellschaft eingetragen wird.

Zudem enthält § 5 des Vertrages Regelungen zu Dauer und Kündigung des Vertrages. Der Vertrag hat gemäß § 5 Abs. 3 eine unbestimmte Laufzeit. Gemäß § 5 Abs. 4 kann der Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat jeweils zum Ende eines Geschäftsjahres der Organgesellschaft durch schriftliche Erklärung von jeder Vertragspartei gekündigt werden, erstmals jedoch mit Wirkung auf einen Zeitpunkt, der mindestens 6 (sechs) volle Kalenderjahre nach dem Beginn des Geschäftsjahres der Organgesellschaft liegt, in welchem dieser Vertrag wirksam geworden ist. Die erstmalige Kündigungsmöglichkeit auf einen Zeitpunkt, der mindestens 6 (sechs) volle Kalenderjahre nach dem Beginn des Geschäftsjahres der beherrschten Gesellschaft liegt, in welchem dieser Vertrag wirksam geworden ist, ist aufgrund der aktuellen Rechtslage für die Begründung einer ertragssteuerlichen Organschaft erforderlich (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KStG in Verbindung mit § 17 KStG).

§ 5 Abs. 5 des Vertrages stellt klar, dass der Vertrag auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist schriftlich gekündigt werden kann. Als wichtiger Grund zur Kündigung gilt insbesondere die rechtskräftige Versagung der steuerlichen Anerkennung der gewerbe- und körperschaftsteuerlichen Organschaft durch Steuerbescheid oder Urteil. Entsprechendes gilt, wenn die Versagung dieser Anerkennung auf Grund von Verwaltungsanweisungen droht. Weitere wichtige Gründe stellen etwa die Veräußerung oder Einbringung von Anteilen an der Organgesellschaft durch die Organträgerin oder die Verschmelzung, Spaltung oder Liquidation der Organträgerin oder Organgesellschaft dar. Ebenso der Fall, wenn die Organträgerin nicht mehr mit der Mehrheit der Stimmrechte an der Organgesellschaft beteiligt ist.

Davon unabhängig entfällt die körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Organschaft ab Beginn des bei Wirksamwerden der Kündigung laufenden Geschäftsjahres.

Endet der Vertrag, so hat die Organträgerin gemäß § 303 AktG den Gläubigern der Organgesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 HGB bekannt gemacht worden ist, Sicherheit zu leisten oder sich für die Forderung zu verbürgen, wenn sich die Gläubiger binnen 6 (sechs) Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei der Organträgerin melden.

4.1.6 Schlussbestimmungen (§ 6)

§ 6 Abs. 1 des Vertrages enthält eine sogenannte salvatorische Klausel, welche die Wirksamkeit und Durchführung des Vertrages für den Fall sichert, dass einzelne oder mehrere Bestimmungen

des Vertrages entweder bei Abschluss bereits unwirksam oder nicht durchführbar waren oder es später werden. Anstelle der unwirksamen Bestimmung gilt diejenige wirksame Bestimmung als vereinbart, welche dem Sinn und Zweck der unwirksamen Bestimmung entspricht. Entsprechendes gilt im Falle einer Lücke im Vertrag.

§ 6 Abs. 2 regelt die Verteilung der im Rahmen des Abschlusses des Gewinnabführungsvertrages entstehenden Kosten.

4.2 Auswirkungen des Gewinnabführungsvertrags

4.2.1 Auswirkungen für die ERWE Immobilien AG und ihre Aktionäre

Aus Sicht der Aktionäre der ERWE Immobilien AG ergeben sich aus dem Vertrag bis auf die bereits beschriebene Verlustübernahmeverpflichtung während der Laufzeit des Vertrags keine besonderen Folgen, insbesondere sind kein Ausgleich an und keine Abfindung für außenstehende Gesellschafter geschuldet, da die ERWE Immobilien AG alleinige Gesellschafterin der Organgesellschaft ist.

Mit Vertragsende wird die ERWE Immobilien AG gemäß § 303 AktG den Gläubigern der Organgesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 HGB bekannt gemacht worden ist, Sicherheit zu leisten haben oder sich für die Forderung zu verbürgen haben, wenn sich die Gläubiger binnen 6 (sechs) Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei der Organträgerin melden.

4.2.2 Auswirkungen für die Organgesellschaft

Für die Organgesellschaft ergeben sich aus dem Vertrag insofern Nachteile, als sie verpflichtet ist, ihren gesamten Gewinn an die ERWE Immobilien AG abzuführen. Überdies können aufgrund der 100%-Beteiligung der ERWE Immobilien AG an der Organgesellschaft bereits heute Gewinne in Form von Gewinnausschüttungen abgeführt werden. Dem stehen jedoch erhebliche Vorteile aufgrund der Verpflichtung der ERWE Immobilien AG gegenüber, sämtliche während der Vertragsdauer etwaig entstehenden Verluste der Organgesellschaft auszugleichen, die voraussichtlich bereits im laufenden Geschäftsjahr zum Tragen kommen wird.

4.2.3 Zusammenfassende Beurteilung

Eine zusammenfassende Beurteilung des Vertrages ergibt, dass er sowohl für die ERWE Immobilien AG als Organträgerin als auch für die ERWE Properties GmbH als Organgesellschaft zwar einzelne Nachteile ergibt, die jedoch durch die bestehenden Vorteile – Gewinnabschöpfung und steuerliche Optimierung für die ERWE Immobilien AG einerseits und finanzielle Absicherung der ERWE Properties GmbH durch die Verlustausgleichspflicht der ERWE Immobilien AG andererseits – im Ergebnis mittel- und vor allem langfristig mehr als ausgeglichen werden.

5 Keine Regelungen zu Abfindung und Ausgleich entsprechend §§ 304, 305 AktG und keine Bestellung eines Vertragsprüfers

Da die Organträgerin die alleinige Gesellschafterin der Organgesellschaft ist und mithin außenstehende Gesellschafter der Organgesellschaft nicht vorhanden sind, sind Regelungen über Ausgleich und Abfindung für außenstehende Gesellschafter gemäß §§ 304, 305 AktG im Vertrag nicht erforderlich. Aus diesem Grund bedarf es auch weder einer Prüfung des Vertrages nach § 293b Abs. 1 AktG noch ist ein Prüfbericht nach § 293e AktG zu erstatten. Mangels eines zu bestimmenden Ausgleichs nach § 304 AktG und einer Abfindung nach § 305 AktG bedarf es auch keiner Bewertung der vertragschließenden Unternehmen zur Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs und einer angemessenen Abfindung.

Frankfurt am Main, den 27. Oktober 2020

Der Vorstand der ERWE Immobilien AG


Axel Harloff
Vorstandsmitglied


Rüdiger Weitzel
Vorstandsmitglied


Christian Hillermann
Vorstandsmitglied

Die Geschäftsführung der ERWE Properties GmbH


Rüdiger Weitzel
Geschäftsführer