

BERICHT
über den
Änderungsvertrag vom 4. Oktober 2016
zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag
vom 4. Oktober 2005

zwischen

Borussia Dortmund GmbH & Co. Kommanditgesellschaft auf Aktien
(die „**KGaA**“)

und

BVB Merchandising GmbH
(die „**GmbH**“)

gemeinschaftlich erstattet durch
die persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA und
die Geschäftsführung der GmbH

I. Einleitung

Zwischen der KGaA als Obergesellschaft bzw. Organträger und der GmbH als abhängiger Gesellschaft bzw. Organgesellschaft besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag vom 4. Oktober 2005 (der „**Vertrag**“) entsprechend §§ 291 Abs. 1, 302 AktG, der durch einen am 4. Oktober 2016 geschlossenen Änderungsvertrag zwischen KGaA und GmbH (der „**Änderungsvertrag**“) geändert wird. Der Änderungsvertrag wird noch der ordentlichen Hauptversammlung der KGaA am 21. November 2016 und der anschließenden Gesellschafterversammlung der GmbH zur jeweiligen Zustimmung vorgelegt; zu seiner Wirksamkeit bedarf er außerdem der Eintragung in das Handelsregister der GmbH.

Die persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA hat deren Hauptversammlung einen Bericht über die Änderung des Vertrages zu erstatten (§ 295 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 293a AktG). Da der Änderungsvertrag zwischen Konzerngesellschaften geschlossen wurde, berichten sie nachstehend gemeinschaftlich. Die Prüfung des Änderungsvertrages durch einen Vertragsprüfer ist entbehrlich und hat nicht stattgefunden, weil sich alle Anteile der GmbH in der Hand der KGaA befinden (§ 295 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 293b Abs. 1, letzter Halbsatz AktG).

II. Am Änderungsvertrag beteiligte Gesellschaften

II.1 Die **KGaA** ist durch Ausgliederung des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs des BV. Borussia 09 e.V. Dortmund entstanden und wurde am 17. April 2000 unter HR B 14217 im Handelsregister des Amtsgerichts Dortmund eintragen. Die KGaA hat ihren Rechts- und ihren Verwaltungssitz in Dortmund. Ihr Grundkapital beträgt derzeit EUR 92.000.000,00. Die KGaA ist seit Oktober 2000 an der Börse notiert, aktuell sind die von der KGaA ausgegebenen Aktien im regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse mit weiteren Zulassungspflichten („Prime Standard“) zum Börsenhandel zugelassen.

Die KGaA gehört zu den markenstärksten Fußballclubs im nationalen und internationalen Profifußballgeschäft. Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit ist der Profifußball mit seinen klassischen Einnahmesäulen TV-Vermarktung, Werbung, Spielbetrieb und die wirtschaftliche Nutzung damit verbundener Einnahmepotentiale, insbesondere die Vermarktung des Stadions „SIGNAL IDUNA PARK“.

Die Umsatzerlöse des KGaA Konzerns entstammen im Wesentlichen den Bereichen Spielbetrieb (im Geschäftsjahr 2015/2016 TEUR 46.768), Werbung (im Geschäftsjahr 2015/2016 TEUR 84.644), TV-Vermarktung (im Geschäftsjahr 2015/2016 TEUR 82.564) sowie Merchandising, Catering, Lizenzen (im Geschäftsjahr 2015/2016 TEUR 67.285); zudem wurden im Geschäftsjahr 2015/2016 Umsatzerlöse aus Transfergeschäften in Höhe von TEUR 94.998 (Vorjahr TEUR 12.447) erzielt. Neben ihrem Kerngeschäft engagiert sich die KGaA auch in fußballnahen Geschäftsfeldern, die teilweise zusammen mit strategischen Partnern erschlossen und betrieben werden.

Im Geschäftsjahr 2015/2016 erreichte die KGaA Umsatzerlöse in Höhe von TEUR 324.320 (im Geschäftsjahr 2014/2015 TEUR 232.976) und eine Gesamtleistung von TEUR 327.117 (im Geschäftsjahr 2014/2015 TEUR 249.496). Dabei wurde im Geschäftsjahr 2015/2016 ein Jahresüberschuss/Bilanzgewinn von TEUR 28.262 erzielt (im Geschäftsjahr 2014/2015 Jahresüberschuss von TEUR 2.426 bzw. – nach Entnahmen aus anderen Gewinnrücklagen – Bilanzgewinn von TEUR 4.600).

Die KGaA hält derzeit folgende Anteile an Tochter- bzw. Beteiligungsgesellschaften, mittels derer sie ihre Geschäftstätigkeit unter anderem verwirklicht:

- BVB Stadionmanagement GmbH, Dortmund 100,00 %
- BVB Merchandising GmbH, Dortmund 100,00 %
- BVB Event & Catering GmbH, Dortmund 100,00 %
- Sports & Bytes GmbH, Dortmund 100,00 %
- besttravel dortmund GmbH, Dortmund 100,00 %
- BVB Asia Pacific Pte. Ltd., Singapur 100,00 %
- Orthomed Medizinisches Leistungs- und Rehabilitationszentrum GmbH, Dortmund 33,33 %

Die KGaA als Obergesellschaft hat – abgesehen von dem mit der GmbH bestehenden Vertrag – mit der BVB Stadionmanagement GmbH, mit der BVB Event & Catering GmbH und mit der Sports & Bytes GmbH jeweils einen Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen. In den steuerlichen Organkreis soll außerdem noch die besttravel dortmund GmbH einbezogen werden, mit der die KGaA am 4. Oktober 2016 einen noch nicht wirksam gewordenen Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen hat; dieser wird der Hauptversammlung der KGaA am 21. November 2016 ebenfalls zur Zustimmung vorgelegt.

Die Struktur des KGaA Konzerns sei durch folgende Abbildung veranschaulicht:



- II.2 Die **GmbH** ist im Dezember 1999 unter der Firma Borussia Dortmund Beteiligungs-GmbH mit einem Stammkapital von EUR 50.000,00 gegründet und am 10. März 2000 unter HR B 14161 im Handelsregister des Amtsgerichts Dortmund eingetragen worden. Sämtliche Geschäftsanteile der GmbH werden von der KGaA gehalten, die somit alleinige Gesellschafterin der GmbH ist.

Gegenstand des Unternehmens der GmbH war zunächst der Erwerb von Beteiligungen jeglicher Art sowie von Immobilien.

Im September 2005 wurde die Firma der GmbH in BVB Merchandising GmbH und der Gegenstand des Unternehmens dahingehend geändert, dass dies nun der Handel mit und der Vertrieb von Fan-Artikeln sowie der Erwerb und die Vergabe von Lizenzen über Markenrechte und gewerbliche Schutzrechte insbesondere im Hinblick auf Namen und Logos betreffend „Borussia Dortmund“, „BVB“ und „BVB 09“ ist.

Im Oktober 2005 wurde das Stammkapital der GmbH um EUR 25.000,00 auf EUR 75.000,00 erhöht und dazu von der KGaA als Sacheinlage ihr steuerlicher Teilbetrieb Merchandising mit allen ihm zuzuordnenden Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens sowie Rechten und Pflichten im Wege der Einzelrechtsnachfolge in die GmbH eingebracht. Aus der Verselbständigung des Merchandising-Geschäfts in der GmbH wurde – wie damals angestrebt – eine übersichtlichere Spartenstruktur, eine Schärfung der Markenprofile, eine verbesserte Kundenorientierung und eine effektivere Führung dieses Geschäftsbereichs erzielt. Ein weiterer, seinerzeit erwünschter und erreichter Effekt war die ergebniswirksame Aufdeckung stiller Reserven, mit der die KGaA im Geschäftsjahr 2005/2006 einen Buchgewinn von EUR 10,2 Mio. realisierte. Das eingebrachte Betriebsvermögen des Teilbetriebs Merchandising wurde bei der GmbH in Handels- und Steuerbilanz zum Zeitwert angesetzt, der nach dem Ertragswertverfahren mittels Sachverständigen-gutachten zum 30. Juni 2005 mit EUR 10,8 Mio. ermittelt wurde. Die Differenz zum Nennwert der neuen Stammeinlage (TEUR 25) wurde damals bei der GmbH in die Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB) eingestellt.

Der zwischen der GmbH als beherrschter Gesellschaft und der KGaA bestehende und mit dem Änderungsvertrag geänderte Vertrag vom 4. Oktober 2005 wurde am 30. November 2005 in das Handelsregister der GmbH eingetragen und ist damit zugleich wirksam geworden. Der Vertrag war erstmals zum Ablauf des 30. Juni 2010 und ist seither jeweils zum Ablauf eines Geschäftsjahres der GmbH unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten ordentlich kündbar.

Das Geschäftsjahr der GmbH läuft (wie bei der KGaA) vom 1. Juli eines Jahres bis zum 30. Juni des Folgejahres.

Die nachstehende Übersicht zeigt wesentliche Kennzahlen der GmbH für ihre letzten drei Geschäftsjahre 2015/2016, 2014/2015 und 2013/2014:

in TEUR	2015/2016	2014/2015	2013/2014
Eigenkapital	10.881	10.881	10.881
Umsatz	40.777	40.256	35.595
abgeführter Gewinn (aufgrund Gewinnabführungsvertrag)	4.379	5.858	3.469

Nach dem Stand am 1. Oktober 2016 beschäftigt die GmbH 129 Vollzeitkräfte und 72 geringfügig Beschäftigte.

Die Geschäftsführung der GmbH plant für das laufende Geschäftsjahr 2016/2017 ein Ergebnis vor Steuern von rd. TEUR 5.310 und für die folgenden Geschäftsjahre Ergebnisse vor Steuern zwischen jährlich rd. TEUR 4.780 bis TEUR 5.840. Bei diesen Planergebnissen ist eine jährliche Firmenwertabschreibung von TEUR 680 unter Zugrundelegung einer 15-jährigen Nutzungsdauer des aus der vorstehend dargestellten Einbringung resultierenden Firmenwertes berücksichtigt.

III. Rechtliche und wirtschaftliche Gründe für den Änderungsvertrag

III.1 Im bestehenden Vertrag hat die GmbH sich nicht nur zur Gewinnabführung an die KGaA verpflichtet, sondern sich auch der Leitung durch die KGaA unterstellt (letzteres ist das Element des Beherrschungsvertrages). Diese Beherrschungsabrede im bestehenden Vertrag soll nun aufgehoben werden. Bei Abschluss des Vertrages war man der Auffassung, dass die Beherrschungsabrede zweckmäßig oder gar erforderlich sei, namentlich, um die GmbH eng in den Konzernverbund der KGaA einzubinden. Zwischenzeitlich sind KGaA und GmbH hingegen zur Überzeugung gelangt, dass es der Beherrschungsabrede nicht (mehr) bedarf. Denn die Geschäftsführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist gegenüber ihren Gesellschaftern ohnehin weisungsgebunden und für die steuerliche Anerkennung der Organschaft genügt auch das Bestehen eines bloßen Gewinnabführungsvertrages, wie er von der KGaA mit anderen Tochtergesellschaften im Konzern (s. Auflistung am Ende von Ziffer II.1 dieses Berichts) abgeschlossen wurde. Mit der Vertragsänderung insoweit wird die GmbH den Tochtergesellschaften, mit denen eben auch nur Gewinnabführungsverträge bestehen, im Status gleichgestellt. Zudem soll der Vertrag hinsichtlich der Gewinnabführung an aktuelle Anforderungen angepasst bzw. sein Wortlaut demjenigen von Gewinnabführungsverträgen angeglichen werden, welche die KGaA mit anderen Tochtergesellschaften abgeschlossen hat.

III.2 Durch den Vertrag wird – auch nach seiner Änderung – eine ertragsteuerliche Organschaft zwischen KGaA (Organträger) und GmbH (Organgesellschaft) mit der Folge fortgesetzt, dass für körperschaft- und gewerbesteuersteuerliche Zwecke das Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet wird.

Eine umsatzsteuerliche Organschaft wird unmittelbar durch finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 des Umsatzsteuergesetzes - UStG) mit der Folge fortgesetzt, dass für Zwecke der Umsatzsteuer die Umsätze der Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet werden.

Für körperschaft- und gewerbesteuerliche Zwecke bedarf es zunächst der finanziellen Eingliederung; diese ist dadurch gegeben, dass die KGaA Alleingesellschafterin der GmbH ist. Zusätzlich gefordert ist insoweit noch das Bestehen mindestens eines Gewinnabführungsvertrages im Sinne von § 291 AktG, durch den sich die Organgesellschaft verpflichtet, ihren gesamten Gewinn an den Organträger abzuführen, und durch den sich der Organträger seinerseits verpflichtet, einen etwaigen Verlust der Organgesellschaft auszugleichen; außerdem muss der Vertrag während einer Zeitdauer von mindestens fünf Jahren fest abgeschlossen und tatsächlich durchgeführt werden (§§ 14, 17 des Körperschaftsteuergesetzes - KStG, § 2 Abs. 2 Satz 2 des Gewerbesteuergesetzes - GewStG). Letzteres wird dadurch abgebildet, dass der Vertrag ursprünglich bereits im Jahr 2005 auf fünf Zeitjahre geschlossen worden war.

Gewinne und Verluste der GmbH werden also aufgrund des Vertrages steuerrechtlich der KGaA zugerechnet und mit deren Ergebnissen und sonstiger ggf. in ihrem steuerlichen Organkreis befindlichen Gesellschaften konsolidiert. Erwirtschaftet eine der Gesellschaften Verluste und die andere Gesellschaft Gewinne, so kann dies dementsprechend zu erheblichen Steuerersparnissen führen. Außerdem können Verlustvorträge bei der KGaA zu Ertragsteuerentlastungen im Falle der Erwirtschaftung von Gewinnen bei der GmbH herangezogen werden.

IV. Erläuterung der Vertragsänderungen

- IV.1 Die Beherrschungsabrede in § 1 (Leitung) des Vertrages wird – wie bereits oben in Ziffer III.1 dieses Berichts erläutert – mit der Regelung in Ziffer I. Nr. 2 des Änderungsvertrages aufgehoben. Davon unberührt bleibt, dass die GmbH-Geschäftsführung nach § 37 Abs. 1 des GmbH-Gesetzes (GmbHG) den Weisungen des Alleingeschafters unterliegt.
- IV.2 Mit Rücksicht auf die Aufhebung von § 1 des Vertrages wird mit der Regelung in Ziffer I. Nr. 1 des Änderungsvertrages die Überschrift des Vertrages geändert in „Gewinnabführungsvertrag“.
- IV.3 In § 3.1 Satz 3 des Vertrages wird bisher im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Inkrafttreten des Vertrages das in dessen § 1 geregelte Weisungsrecht besonders angesprochen, das seinerzeit nicht rückwirkend in Kraft gesetzt werden konnte. Diese ursprüngliche Regelung soll in ihrem Sinn unverändert bleiben, weil sich an ihr hinsichtlich des ursprünglichen Inkrafttretens des Vertrages nichts ändert. Rein klarstellend soll aber die nun ins Leere laufende Verweisung auf den aufgehobenen § 1 des Vertrages mittels der in Ziffer I. Nr. 4 des Änderungsvertrages vorgesehenen Regelung gekennzeichnet werden.
- IV.4 In § 2 des Vertrages verpflichtet die GmbH sich, während der Dauer des Vertrages ihren gesamten Gewinn an die KGaA abzuführen. Als abzuführender Gewinn definiert wird in § 2.1 Satz 3 „der ohne die Gewinnabführung entstehende Jahresüberschuss, vermindert um den etwaigen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den in gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Rücklagen etwa einzustellenden Betrag“. Diese Definition entsprach derjenigen nach § 301 AktG in der bei Inkrafttreten des Vertrages gültigen Fassung. Durch Änderung von § 2.1 Satz 3 des Vertrages mittels der Regelung in Ziffer I Nr. 3 des Änderungsvertrages werden als weitere Minderungs-posten, wie es dem nach Änderung durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) vom 25. Mai 2009 (BGBl. I Seite 1102) geltenden § 301 AktG entspricht, die Beträge hinzugefügt, die nach § 268 Abs. 8 HGB ausschüttungsgesperrt sind. Insoweit erfolgt mit der Änderung eine rein redaktionelle, aber zweckmäßig erscheinende Nachvollziehung der gesetzlich ohnehin zwingenden Regelung. Die in der geänderten Fassung von § 2 des Vertrages dann enthaltenen Bestimmungen entsprechen im Übrigen – wie bisher – den in § 301 AktG vorgesehenen und in § 17 Satz 2 Nr. 1 KStG sowie von aktueller Steuerrechtsprechung und Finanzverwaltung geforderten Grenzen der Gewinnabführung.
- IV.5 § 3.3 Satz 1 des Vertrages bestimmt, dass in Ansehung der davorstehenden Regelung zum ordentlichen, an die Wahrung einer Frist von drei Monaten gebundenen Kündigung das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund unberührt bleibt. Bisher definiert die Regelung in § 3.3 Satz 2 des Vertrages zwei wichtige Gründe, nämlich den, dass die KGaA ihre Mehrheitsbeteiligung an der GmbH verlieren würde, und den, dass an der

GmbH ein außenstehender Gesellschafter beteiligt würde. Mit Ziffer I. Nr. 5 des Änderungsvertrages soll dieser Satz 2 in § 3.3 des Vertrages nun aufgehoben werden, weil es steuerrechtlich derzeit umstritten ist, welche Gründe überhaupt als „wichtig“ im steuerlichen Sinne anerkannt werden. Vor diesem Hintergrund sieht die KGaA in den von ihr abgeschlossenen Gewinnabführungsverträgen unterdessen keine weiteren Regelungen hierzu mehr vor und soll dies auch vorliegend entfallen, zumal weder die Aufnahme eines Minderheitsgesellschafters in die GmbH noch gar eine Aufgabe der Mehrheitsbeteiligung der KGaA an der GmbH vorstellbar ist.

IV.6 Mit Einfügung eines § 3.5 am Ende von § 3 des Vertrages durch Ziffer I. Nr. 5 des Änderungsvertrages soll (klarstellend) die Anwendbarkeit von § 303 AktG für den Fall der Beendigung des Vertrages bestimmt werden. Endet demzufolge der Vertrag, so hat die KGaA entsprechend § 303 AktG solchen Gläubigern der GmbH, die dies verlangen und deren Forderungen gegen die GmbH vor Bekanntmachung der Beendigung des Vertrages begründet worden sind, Sicherheit zu leisten.

IV.7 In Ziffer II. des Änderungsvertrages werden die Erfordernisse für die Wirksamkeit der Änderungen des Vertrages angegeben.

Sie werden nur mit Zustimmung der Hauptversammlung der KGaA wirksam, die mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals zu beschließen ist (§ 295 in Verbindung mit § 293 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AktG). Außerdem bedarf es der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafterin der KGaA (§ 285 Abs. 2 Satz 1 AktG).

Ferner muss der Änderung des Vertrages gemäß den Anforderungen der Rechtsprechung die Gesellschafterversammlung der GmbH in notariell beurkundeter Form zustimmen und dies muss in das Handelsregister der GmbH eingetragen werden (§§ 53, 54 GmbHG analog).

Die Beherrschungsabrede in § 1 des Vertrages sollte noch bis zum Ende des laufenden, am 1. Juli 2016 begonnenen Geschäftsjahres gelten und somit sollen die Änderungen, welche § 1 und § 3.1 Satz 3 des Vertrages betreffen, vorbehaltlich der oben genannten Handelsregistereintragung erst mit Wirkung ab dem nächsten, am 1. Juli 2017 beginnenden Geschäftsjahr wirken.

IV.8 Ziffer III. des Änderungsvertrages enthält dessen Schlussbestimmungen.

Über Ziffer III. Nr. 1 wird auf eine Anlage des Änderungsvertrages verwiesen, in welcher der Wortlaut des Vertrages (vorbehaltlich des Wirksamwerdens der Änderungen) in der durch den Änderungsvertrag veränderten Fassung durchgängig lesbar wiedergegeben wird.

In Ziffer III. Nr. 2 wird klargestellt, dass der Vertrag, abgesehen von den durch Ziffer I. des Änderungsvertrages vorgenommenen Vertragsänderungen, unverändert bleibt.

Außerdem enthält der Änderungsvertrag entsprechend heute üblicher Handhabung bei Vertragsgestaltungen die Schlussbestimmung in Ziffer III. Nr. 3.

IV.9 Da die KGaA alleinige Gesellschafterin der GmbH ist und somit außenstehende Gesellschafter bei der GmbH nicht vorhanden sind, bedarf es im Vertrag nach wie vor keiner Bestimmungen über Ausgleichszahlungen im Sinne von § 304 AktG oder über Abfindungsangebote im Sinne von § 305 AktG. Auswirkungen auf die Beteiligung der Kommanditaktionäre der KGaA im Sinne von § 293a Abs. 1 Satz 2 AktG hat der Änderungsvertrag wie auch der hierdurch geänderte Vertrag ebenfalls nicht.

V. Schlussbemerkung

Eine zusammenfassende Beurteilung ergibt, dass der Vertrag in seiner durch den Änderungsvertrag veränderten Fassung sowohl für die KGaA als auch für die GmbH von Vorteil ist. Das für die KGaA bestehende Risiko, Verluste der GmbH ausgleichen zu müssen, wird bei Gesamtbetrachtung durch die angestrebten Steuervorteile aufgewogen.

Dortmund, den 4. Oktober 2016

**Borussia Dortmund GmbH & Co.
Kommanditgesellschaft auf Aktien**
für diese ihre persönlich haftende Gesellschafterin
Borussia Dortmund Geschäftsführungs-GmbH



Hans-Joachim Watzke
-Geschäftsführer-



Thomas Treß

BVB Merchandising GmbH



Carsten Cramer



Matthias Zerber
-Geschäftsführer-