



## Arbeitskreis Steuern und Rechnungslegung

Stellungnahme 3/2019

Münster, im Oktober 2019

### Mitglieder des Arbeitskreises:

StB/FB Int. StR Dipl.-Kfm. Ingo B. **Besselmann**, LL.M., Rheda-Wiedenbrück

StB/RA/FA f. int. Wirtschaftsrecht Dr. Dietmar **Janzen**, MBA, Münster

Univ.-Prof. Dr. Marcel **Krumm**, Münster

StB/RA Prof. Dr. Otto-Gerd **Lippross**, Münster

StBin Dipl.-Kffr. Dipl.-Hdl. Prof. Dr. Petra **Oesterwinter**, Dortmund

StB/RA Dipl.- Fw. (FH) Jörg **Sauermann**, Harsewinkel

StB/RA/FA f. StR Michael **Steinrücke**, Dortmund

StB/WP Dipl.-Kfm. Dr. Wolfgang **Zündorf**, Bielefeld

### Zuständig in der Geschäftsführung der StBK Westfalen-Lippe:

Geschäftsführer RA/FA f. StR Dr. Gottfried **Wacker**

**Steuerberaterkammer Westfalen-Lippe**

Körperschaft des öffentlichen Rechts

Erphostraße 43

48145 Münster

Tel.: 0251/41764-0

Fax: 0251/41764-27

E-Mail: [mail@stbk-westfalen-lippe.de](mailto:mail@stbk-westfalen-lippe.de)

Internet: [www.stbk-westfalen-lippe.de](http://www.stbk-westfalen-lippe.de)



## **Ertragsteuerliche Organschaften: Eine aktuelle FG-Rechtsprechung und Verwaltungsverfügung machen eine Übergangsregelung erforderlich!**

### **A. Steuerlich kritische Formulierungen zur Verlustübernahmeverpflichtung**

2018 hat das FG Düsseldorf eine ertragsteuerliche Organschaft aufgrund einer problematischen Verlustübernahmevereinbarung verneint (FG Düsseldorf, Urteil vom 17.04.2018 – 6 K 2507/17 K, rkr., DStR 2018, 1857). Zwar beinhaltete die Vereinbarung den seit 2013 gesetzlich geforderten dynamischen Verweis auf § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung. Die Verlustübernahmeverpflichtung des Organtägers wurde jedoch durch die Möglichkeit eingeschränkt, freie Rücklagen der Organgesellschaft (andere Gewinnrücklagen nach § 272 Abs. 3 HGB und Kapitalrücklagen aus Zuzahlungen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) aufzulösen und für eine Verrechnung mit einem Jahresfehlbetrag zu nutzen.

Diese Formulierung ist in zahlreichen aktuellen Musterverträgen enthalten, obwohl sie noch aus der Zeit vor Geltung des Bilanzrichtlinie-Gesetzes (1985) stammt, durch das u.a. in §§ 301, 302 AktG der Begriff „freie Rücklagen“ durch „andere Gewinnrücklagen“ ersetzt wurde. Aus diesem Grund beinhalten auch noch viele aktuell gültige Ergebnisabführungsverträge derartige Formulierungen.

§ 17 KStG setzt für die Anerkennung der ertragsteuerlichen Organschaft die korrekte Formulierung der Verlustübernahmeverpflichtung voraus. Wegen der auch heute noch in vielen Ergebnisabführungsverträgen verwendeten vorstehenden Formulierung, die nicht dem § 302 AktG i.V.m. § 17 KStG entspricht, sind viele Organschaften akut gefährdet. So verfügte die OFD NRW, alle Organschaften mit derartigen Verlustübernahmevereinbarungen nicht mehr anzuerkennen (OFD NRW, Verfügung vom 11.07.2018 – S 2270-2018/0013 St 131, DStR 2018, 1869).

Aufgrund der knappen Zeit, die nach der Veröffentlichung des vorstehend genannten Urteils des FG Düsseldorf sowie der OFD-Verfügung im September 2018 für die Beurteilung der Rechts- und Sachlage sowie der individuellen Verträge, die Mandantenansprache, die Vertragsänderung, die erforderlichen Beschlüsse, die notariellen Beurkundungen sowie die Eintragung im Handelsregister bis zum Jahresende (bzw. Wirtschaftsjahresende) verblieb, war es in vielen Fällen nicht möglich, rechtzeitig eine wirksame Vertragsänderung zu vollziehen.

Vor dem Hintergrund, dass spätestens seit der „Kleinen Organschaftsreform“ im Jahr 2013 die Absicht des Gesetzgebers klar ist, Organschaften nicht erschweren, sondern fördern zu wollen, ist die beschriebene kurzfristige Nicht-Anerkennung von Organschaften untragbar. Eine Übergangsfrist zur Anpassung entsprechender Ergebnisabführungsverträge ist erforderlich!



## **B. Steuerlich kritische Formulierungen zur Gewinnabführungsverpflichtung**

Ein weiteres Problem betrifft Gewinnabführungsvereinbarungen. Viele Verträge verpflichten die Organgesellschaft, ihren „ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuss, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr, an den Organträger abzuführen“.

Kritisch ist, dass bei dieser Formulierung eine Reduzierung des abzuführenden Betrags um die nach § 268 Abs. 8 HGB ausschüttungsgesperrten Beträge (seit BilMoG) nicht vorgesehen ist. Hat die Organgesellschaft ausschüttungs- bzw. abführungsgesperrte Beträge, sieht sich ihr Geschäftsführer mit einem Widerspruch zwischen der gesetzlichen und der vertraglichen Regelung konfrontiert.

Diese Frage muss der Geschäftsführer zwingend zu Gunsten der gesetzlichen Regelung entscheiden und nur den Gewinn an den Organträger abführen, der nach Abzug des ausschüttungs- bzw. abführungsgesperrten Betrags verbleibt. Diese Auffassung teilt auch die Finanzverwaltung (BMF, Schreiben vom 14.01.2010 – IV C 2 – S 2770/09/10002) und sollte unseres Erachtens auch gerichtlich Bestand haben.

## **C. Eine Übergangsregelung ist erforderlich!**

Wenn nicht eine Vielzahl ertragsteuerlicher Organschaften zwangsbeendet werden sollen, ist eine Übergangsregelung bis zum Ende der Wirtschaftsjahre 2020 dringend erforderlich. Diese sollte folgende Aspekte enthalten:

1. Anerkennung der ertragsteuerlichen Organschaften trotz kritischer Formulierungen gemäß vorstehender Erläuterungen unter A. (und B.) für alle noch offenen Jahre und bis zur Anpassung der kritischen Formulierungen in den Ergebnisabführungsverträgen bis spätestens zum 31.12.2020.
2. Kein Beginn einer neuen fünfjährigen Mindestvertragslaufzeit bei Anpassung von Ergebnisabführungsverträgen an die aktuellen Regelungen in §§ 301 und 302 Aktiengesetz.