



## Netzkooperationen: Chancen, Risiken und Lösungsoptionen

– von Dr. Matthias Koch, Köln und RA/StB Marcel Reinke, Nürnberg –\*

Netzkooperationen werden von Netzbetreibern aufgrund der zunehmenden Komplexität der Anforderungen und zum Heben von Synergien vermehrt ins Auge gefasst. Die Umsetzung der Kooperationen ist aber nicht nur mit Chancen, sondern auch mit Risiken verbunden. Hier können sowohl regulatorische Nachteile als auch die steueroptimierte Gestaltung eine Rolle spielen. Um das optimale Kooperationsmodell zu identifizieren, sollten die gemeinsamen Ziele und die Rolle der Kooperationsgesellschaft im Detail definiert werden. Dabei muss abgewogen werden, ob die Netzbetreiberrolle, das Anlagevermögen und/oder Personal übergeht. Neben der Modellwahl ist auch das professionelle Management des Prozesses zur Anbahnung und Umsetzung der Kooperation wichtig, damit alle wichtigen Akteure die zugehörigen Entscheidungen mittragen.

### I. Einführung

Die zunehmenden regulatorischen Anforderungen, die sinkenden Zinssätze und der Fachkräftemangel führen dazu, dass insbesondere kleine und mittlere, teilweise aber auch große Netzbetreiber über das Outsourcing von Leistungen nachdenken oder Kooperationen mit anderen Netzbetreibern eingehen. Die Kooperationen sollen dazu beitragen, Synergien und Skaleneffekte zu heben, personelle und andere Ressourcen zu bündeln und Kompetenzen auf mehrere Schultern zu verteilen und/oder Prozesse effizienter zu gestalten. Der Anfangsaufwand für die Konzeption, Gründung und Aufbau der Kooperation wird kurzfristig in Kauf genommen, um mittelfristig wirtschaftliche und operative Vorteile zu erzielen.

Grundsätzlich stehen mehrere Kooperationsmöglichkeiten zur Verfügung, mit denen unterschiedliche Ziele verfolgt werden und die im Ergebnis zu einer mehr oder weniger umfangreichen Zusammenarbeit führen. Der Umfang der Kooperation reicht von vertraglichen Beziehungen (z.B. zur Erbringung von Dienstleistungen) über gemeinsame Tochtergesellschaften bis hin zur Fusion. In diesem Beitrag steht das Thema Gründung gemeinsamer Gesellschaften im Netzbereich im Vordergrund. Es werden die Vor- und Nachteile dieser Kooperationsmodelle erläutert und mit den jeweiligen Zielen der Zusammenarbeit abgeglichen.

Im Folgenden werden diese wesentlichen Formen von Netzkooperationen erläutert:

- Große Netzgesellschaft mit Personal und mit Anlagevermögen
- Netzbetreiber ohne Personal und mit Anlagevermögen
- Netzbetreiber mit Personal und ohne Anlagevermögen

- Netzbetreiber ohne Personal und ohne Anlagevermögen
- Netzservicegesellschaft
- Netzeigentums-gesellschaft

Darüber hinaus werden ggf. weitere Untervarianten erläutert, für die Unterscheidungsmerkmale herausgearbeitet werden können.

### II. Regulatorische Grundlagen

Die Regulierung in Deutschland ist grundsätzlich so strukturiert, dass dem Kapitalgeber und Eigentümer von Vermögen eine marktübliche Kapitalverzinsung der Kapitalkosten (CAPEX) zugestanden wird und der Betreiber eines Netzes seine operativen Kosten erstattet bekommt, wenn dieser effizient arbeitet. Während Netzbetreiber regelmäßig versuchen, über diese Grundsätze hinaus eine zusätzliche Marge zu erwirtschaften, sind die Regulierungsbehörden bestrebt, die Erträge der Netzbetreiber auf das angestrebte Niveau zu begrenzen und Schlupflöcher zu schließen bzw. die Spielräume von Netzbetreibern einzugrenzen. Zahlreiche gerichtliche Auseinandersetzungen haben dazu beigetragen, dass das Chancen-Risiko-Profil verschiedener Netzbetreibermodelle nicht gleich ist, sondern abhängig vom Netzbetreibermodell höhere oder niedrigere Kürzungsrisiken bestehen<sup>1</sup>. Diese Erfahrungen bzgl. abweichender regulatorischer Risiken für unterschiedliche Netzbetreibermodelle spiegelt sich auch in der Bewertung möglicher Kooperationsmodelle wider.

Wesentliche Risiken auf der Kapitalkostenseite betreffen insbesondere die doppelte Berücksichtigung von Abzugskapital und negatives Eigenkapital. Hintergrund ist hier, dass in Pachtmodellen die Eigentümerrolle und die Netzbetreiberrolle auseinanderfällt.

\* Dr.-Ing. Matthias Koch ist Partner bei Rödl & Partner in Köln. Rechtsanwalt und Steuerberater Marcel Reinke ist Associate Partner bei Rödl & Partner in Nürnberg.

<sup>1</sup> Koch/Spier, Große oder kleine Netzgesellschaft? Energiewirtschaftliche Tagesfragen 68. Jg. (2018) Heft 11, 56ff.

Baukostenzuschüsse (BKZ) und Netzanschlusskostenbeiträge (NAK) werden vom Netzbetreiber vereinnahmt und üblicherweise auf den Netzeigentümer übertragen. Dabei reduzieren die passiven Rechnungsabgrenzungsposten (PRAP) auf Ebene des Netzbetreibers als Abzugskapital die Kostenbasis, während die aktiven Rechnungsabgrenzungsposten (ARAP) als Gegenposition auf der Aktivseite aufgrund der Deckelung des Umlaufvermögens die Kostenbasis nicht erhöhen. Zusätzlich werden die auf den Verpächter übertragenen BKZ/NAK dort auf der Passivseite bilanziert und fließen ebenfalls ins Abzugskapital mit ein. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die BKZ/NAK doppelt berücksichtigt werden und das Abzugskapital entsprechend erhöhen.

Für den Fall, dass auf Ebene des Netzbetreibers kein Anlagevermögen bilanziert wird, ergibt sich aufgrund der Kürzung des Umlaufvermögens kalkulatorisch regelmäßig negatives Eigenkapital. Gemäß BGH-Rechtsprechung<sup>2</sup> wurde diese Praxis höchstrichterlich bestätigt. Wenn für das positive Eigenkapital und das negative Eigenkapital dieselben Eigenkapitalzinssätze angesetzt würden, wäre dies im Saldo neutral. Allerdings werden von den Regulierungsbehörden teilweise für das negative Eigenkapital die hohen EK I-Zinssätze für Neuanlagen zugrunde gelegt, während für das an anderer Stelle erhöhte positive Eigenkapital ein niedriger Eigenkapitalzinssatz (z.B. Zinssatz für übersteigendes Eigenkapital) Anwendung findet. Im Ergebnis führt dies zu einer Reduktion der Eigenkapitalverzinsung im Vergleich zu einem Netzbetreiber, bei dem kein negatives Eigenkapital auftritt.

Auf der OPEX-Seite betreffen regulatorische Risiken insbesondere die Kürzung der Dienstleistungsentgelte. Gem. §§ 4 Abs. 5 und Abs. 5a StromNEV/GasNEV dürfen Dienstleistungen nicht teurer eingekauft werden, als wenn diese selbst erbracht werden. Entsprechende Nachweise müssen vorgelegt werden können. Bei verbundenen Unternehmen werden im Rahmen der Kostenprüfung regelmäßig zweistellige Kürzungen anvisiert, wenn keine entsprechenden Nachweise vorliegen. Daher besteht für Netzbetreiber mit Dienstleistungserbringung durch Dritte das Risiko, dass diese Kosten nicht in voller Höhe anerkannt werden und daher diese OPEX-Bestandteile das Netzergebnis schmälern.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass aufgrund umfangreicher Rechtsprechung und üblicher Behördenpraxis Pacht- und Dienstleistungsmodelle tendenziell schlechter gestellt werden als Netzbetreiber, die über Anlagevermögen und Personal verfügen, um die Netze versorgungssicher zu betreiben. Diese Sachverhalte gilt es in der Konzeption von Netzkooperationen zu berücksichtigen, um die Ertragssituation einer Netzkooperation im Vergleich zu den Einzelunternehmen ohne Kooperation nicht substanziell zu verschlechtern. Ziel ist letztlich, dass die positiven, ertragssteigernden Effekte überwiegen.

### III. Steuerliche Grundlagen

Bei Netzkooperationen stellt sich regelmäßig die Frage, ob ein neuer Rechtsträger gegründet werden soll oder ob einer der Beteiligten als gemeinsamer Rechtsträger fungieren soll. In den meisten Fällen entscheiden sich die Beteiligten für die Errichtung eines neuen Rechtsträgers und sind dann mit der Problematik der steuerneutralen Übertragung des Netzes und ggf. weiterer Wirtschaftsgüter konfrontiert. Je nach Wahl des Rechtsträgers kommen hierbei unterschiedliche Möglichkeiten einer steuerneutralen Übertragung in Betracht. Während bei den Kapitalgesellschaften vornehmlich an das Umwandlungssteuerrecht zu denken ist, eröffnet die Rechtsform der GmbH & Co. KG noch die Möglichkeit der Übertragung

der Wirtschaftsgüter gem. § 6 Abs. 5 EStG<sup>3</sup>.

Abhängig davon, welche Form der Kooperation gewählt wird und welche Wirtschaftsgüter übertragen werden sollen, verbleiben in vielen Fällen nur wenige Möglichkeiten zur steuerneutralen Übertragung der Wirtschaftsgüter, da die anderen offenstehenden Möglichkeiten zur (quotalen) Aufdeckung der stillen Reserven führen.

Im Folgenden werden die Varianten von Netzkooperationsmodellen im Detail erläutert:

#### 1. Große Netzgesellschaft

Wenn eine auf Langfristigkeit und Nachhaltigkeit ausgelegte Partnerschaft angestrebt wird, ist regelmäßig die große Netzgesellschaft mit Netzbetreiberrolle, Anlagevermögen und Personal die erste Wahl. Sie stellt die weitestgehende Kooperation dar. Bei diesem Modell ist die umfangreichste Überzeugungsarbeit zu leisten und der größte Transaktionsaufwand zu erwarten. Denn sowohl die Übertragung von Vermögen als auch arbeitsrechtliche Themen in Bezug auf Personalübergang sind relevant. Mit diesem Modell verbundene Vorteile in Bezug auf Effizienz, Skaleneffekte und Synergien sollten gegenüber dem Startaufwand überwiegen. Die konkrete Ausgestaltung in Bezug auf personelle und organisatorische Trennung ist herausfordernd, weil einige Ressourcen sowohl in regulierten als auch nicht-regulierten Sparten benötigt werden und diese eindeutig einer Gesellschaft zugeordnet werden müssen.

Hier ist der gemeinsame Rechtsträger sowohl Eigentümer der jeweiligen Netze und zusätzlich auch Netzbetreiber. Dabei ist es unerheblich, ob einer der Beteiligten sein Gasnetz und der andere sein Stromnetz einbringt oder aber beide jeweils das Strom- bzw. Gasnetz für ein unterschiedliches Netzgebiet einbringen.

#### a) Steuerrecht

Da im Fall einer Gründung einer großen Netzgesellschaft neben den Wirtschaftsgütern der Aktiva auch die dem Netz zuordenbaren Passiva übertragen werden sollen, kommt eine steuerneutrale Übertragung von Wirtschaftsgütern ohne Auflösung der gebildeten stillen Reserven nur dann in Betracht, wenn es sich bei dem zu übertragenden Netz um einen sogenannten steuerlichen „Teilbetrieb“ handelt. Der Begriff „Teilbetrieb“ selbst ist einkommensteuerrechtlich nicht definiert. Die Finanzverwaltung hat im Anwendungserlass zum UmwStG („UmwStE“) in Tz. 15.02 wie folgt Stellung genommen:

*„Teilbetrieb i. S. d. § 15 UmwStG ist die Gesamtheit der in einem Unternehmensteil einer Gesellschaft vorhandenen aktiven und passiven Wirtschaftsgüter, die in organisatorischer Hinsicht einen selbstständigen Betrieb, d.h. eine aus eigenen Mitteln funktionsfähige Einheit, darstellen, vgl. Art. 2 Buchstabe j Richtlinie 2009/133 EG. Zu einem Teilbetrieb gehören alle funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen, sowie die diesem Teilbetrieb nach wirtschaftlichen Zusammenhängen zuordenbaren Wirtschaftsgüter. Die Voraussetzungen eines Teilbetriebs sind nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsprechung unter Zugrundelegung der funktionalen Betrachtungsweise aus der Perspektive des übertragenden Rechtsträgers zu beurteilen<sup>4</sup>. Der Teilbetriebsbegriff entspricht daher dem der Europäischen FusionsRL. Es tritt mithin der EU-rechtlich vorgegebene Begriff an die Stelle des nationalen Teilbetriebsbegriffs.“*

<sup>3</sup> Bei einer Übertragung gem. § 6 Abs. 5 EStG können jedoch nach Auffassung der Finanzverwaltung keine Verbindlichkeiten mitübertragen werden, da dies zu einer Teilentgeltlichkeit führt.

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15.01.2002 – C-43/00, EuGHE I S. 370; BFH, Urteil vom 07.04.2010 – I R 96/08, BStBl. 2011 II, 467.

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 03.03.2009 – EnVR 79/07.

Maßgeblich ist daher bei der Frage der zwingenden Zuordnung von Wirtschaftsgütern die funktionale Betrachtungsweise, so dass stets zu fragen ist, ob das jeweilige Wirtschaftsgut für den möglichen Teilbetrieb „Netze“ zwingend erforderlich ist. Diese Frage stellt sich zumeist dann, wenn zwar die Sparte „Netze“ übertragen werden sollen, aber bspw. das Verwaltungsgebäude aus den verschiedensten Gründen zurückbleiben soll. Soweit das Verwaltungsgebäude nach dem funktionalen Teilbetriebsbegriff dem Bereich „Netze“ zugeordnet werden muss, würde eine Nichtübertragung des Verwaltungsgebäudes ein Spaltungshindernis darstellen, wodurch die Steuerneutralität der Übertragung nicht mehr gegeben ist.

Ein Grundstück stellt dann eine wesentliche Betriebsgrundlage für das Betriebsunternehmen dar, wenn es zur Erreichung des Betriebszwecks erforderlich ist und besonderes Gewicht für die Betriebsführung besitzt. Ein Grundstück ist für den Betrieb wesentlich, wenn es die räumliche und funktionale Grundlage für die Geschäftstätigkeit bildet und es dem Unternehmen ermöglicht, seinen Geschäftsbetrieb aufzunehmen und auszuüben. Demzufolge ist in den meisten Fällen ein vom Betrieb genutzte Grundstück eine funktional wesentliche Betriebsgrundlage, es sei denn, es ist im Einzelfall ausnahmsweise nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung für den Betrieb<sup>5</sup>. So verhält es sich, wenn der Betrieb auf das Grundstück angewiesen ist, weil er ohne ein Grundstück dieser Art nicht fortgeführt werden könnte<sup>6</sup>.

In Einzelfällen kann in Abstimmung mit der Finanzverwaltung erreicht werden, dass anstelle der Übertragung des Verwaltungsgebäudes auch eine pachtweise Überlassung als ausreichend angesehen werden kann. Ob hierbei der Pachtvertrag so ausgestaltet werden muss, dass zumindest an einem Teil des Verwaltungsgebäudes das wirtschaftliche Eigentum begründet werden muss, ist eine Frage des Einzelfalles und kann daher nicht ohne weiteres beantwortet werden.

Sollte sich jedoch im Rahmen der Abstimmung mit der Finanzverwaltung zeigen, dass eine Übertragung erforderlich ist, dann könnte – um das Ziel des Zurückbelassens des Verwaltungsgebäudes zumindest zivilrechtlich zu ermöglichen – eine GmbH & Co. KG als aufnehmender Rechtsträger in Frage kommen. Denn anders als bei einer GmbH (als aufnehmender Rechtsträger) genügt hier, um einen Teilbetrieb im steuerlichen Sinne zu begründen, die Übertragung der Wirtschaftsgüter in das sogenannte Sonderbetriebsvermögen<sup>7</sup>. Im Falle einer Kooperation lässt sich zwar auf diesem Wege keine vollständige Steuerneutralität gewährleisten, jedoch kann so eine vollständige Besteuerung der stillen Reserven vermieden werden<sup>8</sup>.

#### b) Strategische, regulatorische und wirtschaftliche Effekte

In einer großen Netzgesellschaft wird das Anlagevermögen und das Personal für den Netzbetrieb auf die gemeinsame Gesellschaft übertragen. Da kein Pacht- und Dienstleistungsverhältnis besteht, sind die oben beschriebenen Risiken nicht in dem Umfang immanent. Allerdings können sich durch die organisatorische Trennung von Einheiten auch Dissynergien ergeben. So ist zu klären, wo Shared Service Einheiten angesiedelt werden, ob diese mit übergehen und die gemeinsame Gesellschaft Leistungen für die verbliebene Gesellschaft erbringt oder umgekehrt. Hier sind u.a. Effekte durch sonstige

betriebliche Erträge gegenüber dem Einkauf von Dienstleistungen abzuwägen.

Wenn das Anlagevermögen steuerneutral übertragen werden kann und auch alle wesentlichen Personaleinheiten übergehen, können in der großen Netzgesellschaft mittel- bis langfristig die meisten Synergien und größten Vorteile erzielt werden. Auch sind im Rahmen der Kostenprüfung die wenigsten Probleme zu erwarten.

Die große Netzgesellschaft ist als Kooperationsmodell zu empfehlen, wenn eine dauerhafte Zusammenarbeit angestrebt wird und die Kooperationspartner bereit sind, Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die Netzaktivitäten insgesamt mit dem Partner bzw. den Partnern zu teilen und sich als Teil eines Infrastrukturverbundes z.B. einer Region verstehen.

#### 2. Netzbetreiber ohne Personal und mit Anlagevermögen

Neben den „großen Netzgesellschaften“ in unterschiedlichen Rechtsformen finden man Netzgesellschaften, welche zwar Netzeigentümer und Netzbetreiber sind, jedoch kein Personal hierzu vorhalten. Dabei steht die gemeinsame Bewirtschaftung der Netzanlagen im Vordergrund. Personelle Veränderungen werden nicht angestrebt und es wird davon abgesehen, umfangreich Personal auf die neue Gesellschaft zu übertragen. Hintergründe können hier organisatorische oder arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen sein, die gegen personelle Veränderungen sprechen. Die gemeinsame Planung und Umsetzung von Investitionen sowie das Management der operativen Tätigkeiten stehen hier im Vordergrund der Kooperationsziele.

Diese Form der Kooperation findet sowohl in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft als auch in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG statt. Welche Rechtsform hier gewählt wird, hängt nicht in erster Linie von der Ausgestaltung der Aktiva ab, sondern davon, ob Passiva übertragen werden sollen oder nicht. Daneben kann es auch vorkommen, dass für eine GmbH & Co. KG bei einer Kooperation die Möglichkeit der Aufrechterhaltung oder Implementierung eines steuerlichen Querverbundes spricht.

#### a) Steuerrecht

Auch wenn bei dieser Art der Kooperation bewusst auf die Übertragung des Personals verzichtet wird<sup>9</sup>, so kann eine solche Kooperation dennoch steuerneutral ausgestaltet werden. Erforderlich hierzu ist, dass neben den Aktiva auch die der Sparte „Netz“ zuordenbaren Passiva mitübertragen werden. Nach unserem Dafürhalten und unter Berücksichtigung des Teilbetriebsbegriffs nach der Fusionsrichtlinie, ist das der Sparte zugeordnete Personal nicht funktional für den Betrieb des Netzes. Dies folgt daraus, dass es eine Reihe von Anbietern am Markt gibt, die sowohl eine technische Betriebsführung als auch eine kaufmännische Betriebsführung anbieten. Der Unterschied zum Verwaltungsgebäude besteht dabei darin, dass die Gesellschaft einen Sitz benötigt und daher das Verwaltungsgebäude in den meisten Fällen unerlässlich ist, wenn dieser schon vorher im Eigentum des übertragenden Rechtsträgers stand. Somit kann die Übertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter der Sparte Netz mit Ausnahme des Personals nach unserem Dafürhalten als Teilbetrieb dargestellt werden.

Sofern jedoch nicht sämtliche oder gar keine Passiva auf die Kooperationsgesellschaft übertragen werden sollen, so scheidet in aller Regel die Annahme eines Teilbetriebs aus. In diesen Fällen verbleibt dann aus steuerlicher Sicht zumeist nur die Rechtsform einer GmbH & Co. KG. Hierbei können die

<sup>5</sup> So auch *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Auflage, § 20 UmwStG Rz. 112 m.w.N.

<sup>6</sup> BFH, Urteil vom 11.02.2003 – IX R 43/01, DStRE 2003, 787.

<sup>7</sup> Vgl. Rz. 24.05 UmwStAE.

<sup>8</sup> Bzgl. der Einzelheiten zur partiellen Steuerneutralität siehe unter Ziffer 2 dieses Beitrages.

<sup>9</sup> Auf sich daraus ggf. ergebende arbeitsrechtliche Besonderheiten wird im Folgenden nicht eingegangen.

einzelnen Wirtschaftsgüter der Aktiva gem. § 6 Abs. 5 Nr. 1 EStG grundsätzlich steuerneutral (d.h. ohne Aufdeckung der stillen Reserven) auf die GmbH & Co. KG übertragen werden. Hierbei ist jedoch, da es sich um eine Kooperation handelt, die Körperschaftsteuerklausel des § 6 Abs. 5 S. 5 EStG zu beachten. Diese Körperschaftsteuerklausel führt dazu, dass die Übertragung der Wirtschaftsgüter nur in dem Maße steuerneutral erfolgen kann, wie auch der übertragende Rechtsträger an der neuen Gesellschaft beteiligt ist<sup>10</sup>.

Bei Übertragung der Wirtschaftsgüter auf eine GmbH & Co. KG können – nach Auffassung der Finanzverwaltung – keine Verbindlichkeiten mitübertragen werden, um die (partielle) Steuerneutralität nicht zu gefährden. Jedoch kann hierbei zumeist (nach Abstimmung mit der Finanzverwaltung<sup>11</sup>) eine Übertragung der Baukostenzuschüsse, welche dem zu übertragenden Netz zugeordnet werden können, dennoch auf die GmbH & Co. KG übertragen werden, ohne die (partielle) Steuerbefreiung des § 6 Abs. 5 Nr. 1 EStG zu gefährden.

#### b) Strategische, regulatorische und wirtschaftliche Effekte

Im Modell „Netzbetreiber ohne Personal und mit Anlagevermögen“ können nachhaltig Gewinne erwirtschaftet werden, da die Gesellschaft von der Verzinsung des Kapitals profitiert. Potenzielle Kürzungsrisiken im operativen Bereich bestehen durch Dienstleistungsbeziehungen zwischen der Tochtergesellschaft und den Gesellschaftern. Eine marktgerechte Verzinsung ist möglich, wenn die ggf. mit den Muttergesellschaften abgeschlossenen Dienstleistungsverträge von den Regulierungsbehörden ohne substantielle Kürzungen anerkannt werden. Ansonsten würde der Gewinn aus der Kapitalverzinsung durch die negative Marge der Dienstleistungen entsprechend geschmälert.

Während dieses Modell perspektivisch ohne operativ tätiges Personal eher selten umgesetzt wird, sind Modelle mit Zwischenformen (z.B. Personalgestellung oder Personalaufbau über die Zeit) eher zu finden, weil vollständig betriebsgeführte Gesellschaften auch kein eigenes Know-how aufbauen und eine leere „Hülle“ auf Dauer Abhängigkeiten vom Betriebsführer bzw. Dienstleister entwickelt. Hier ergeben sich auch vergaberechtliche Fragestellungen, über welchen Zeitraum diese Dienstleistungen bzw. Betriebsführungen vergeben werden können.

### 3. Netzbetreiber mit Personal und ohne Anlagevermögen

Im Modell „Netzbetreiber mit Personal und ohne Anlagevermögen“ sollen Synergien im operativen Betrieb erzielt werden. Die Beteiligten sind aber nicht bereit, das Vermögen auf die Kooperationsgesellschaft zu übertragen.

Die Gesellschaftsanteile werden regelmäßig auf Basis von pauschalen Annahmen getroffen, da es oft schwierig ist, für die Netzbetreiberrolle Margen oder auch Erträge zu prognostizieren. Denn hier werden keine zu bewertenden Vermögenswerte übertragen, die ansonsten meist wertbestimmend wären.

#### a) Steuerrecht

Diese Netzgesellschaften sind häufig in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG anzutreffen. Grund hierfür ist, dass bei einer solchen Kooperation, bei der bewusst auf die Übertragung des Netzes verzichtet wird, regelmäßig nicht von einem Teilbetrieb im steuerlichen Sinne ausgegangen werden kann und daher eine steuerneutrale Übertragung auf eine Kapitalgesellschaft ausscheidet.

<sup>10</sup> Auf die Möglichkeit der nur ratierlichen Auflösung der stillen Reserven und deren Folgen durch die Bildung einer Ergänzungsbilanz wird im Weiteren nicht näher eingegangen.

<sup>11</sup> BMF, Schreiben vom 20.11.2019, DStR 2019, 2482; zum Meinungsstreit um die Frage der Teilentgeltlichkeit siehe nur *Kulosa* in Schmidt, EStG, 40. Auflage, § 6 EStG Rz. 790f.

Auch wenn man teilweise in Betriebsprüfungen mit der Frage konfrontiert wird, ob in der bloßen Übertragung des Personals ein Teilbetrieb zu sehen ist, so haben unsere Erfahrungen gezeigt, dass diese Ansicht nur dann greifen kann, wenn vor der Übertragung des Personals auf die Gesellschaft die Leistungen des Personals mit einem sehr hohen Gewinnaufschlag versehen werden. In diesen Fällen kann es durchaus vorkommen, dass die Finanzverwaltung in der Überführung des Personals dann einen Teilbetrieb sieht und daher dann sämtliche dem Personal zuordenbaren Wirtschaftsgüter mitübertragen werden müssen. Da dies jedoch in den meisten Fällen grade nicht erfolgt ist, kann es dann zur Aufdeckung der stillen Reserven kommen, wenn eine Überführung des Personals auf eine Kapitalgesellschaft erfolgt ist. Sollte daher überlegt werden, dass Personal in einer solchen Konstellation auf eine Kapitalgesellschaft zu übertragen, empfiehlt es sich hier das Vorliegen eines Teilbetriebs „Shared Services“ zu prüfen.

#### b) Strategische, regulatorische und wirtschaftliche Effekte

Das Modell „Netzbetreiber mit Personal und ohne Anlagevermögen“ wird oft gewählt, wenn operative Themen (z. B. Fachkräftemangel, fehlende Vertretungen) im Vordergrund stehen. Es soll ein nachhaltiger operativer Betrieb aufgebaut werden. Leistungen, die ansonsten möglicherweise an Dritte fremd vergeben werden, können in diesem Modell durch Bündelung der Kompetenzen in zunehmendem Umfang durch eigenes Personal abgedeckt werden, so dass Insourcing statt Outsourcing realisiert wird.

Allerdings soll die Zusammenarbeit aber nicht in dem Umfang intensiviert werden, dass auch das Anlagevermögen in die gemeinsame Gesellschaft übertragen wird. Somit stellt sich die Frage, auf welcher wirtschaftlichen Basis die Kooperationsgesellschaft agiert. Wie bereits oben erläutert verdienen Netzbetreiber überwiegend über die Kapitalverzinsung, während eine zusätzlich operative Marge vielleicht temporär erwirtschaftet werden kann, wenn Effizienzsteigerungen oder Kostensenkungen zumindest in dem Umfang realisiert werden können, wie dies durch den Effizienzpfad vorgegeben ist. Vielen kleinen und mittleren Netzbetreibern fällt es schwer, statt Kostensteigerungen Kostensenkungen zu erreichen und nicht nur kurzfristig eine positive operative Marge zu erzielen.

Daher ist die wirtschaftliche Basis dieses Kooperationsmodells langfristig fraglich, weil im ungünstigen Fall Verluste auf Ebene der Kooperationsgesellschaft anfallen, die von den Gesellschaftern ausgeglichen werden müssen. Denn die regulatorischen Risiken der Dienstleistungsverträge zwischen Muttergesellschaft und Kooperationsgesellschaft verbleiben üblicherweise bei der Kooperationsgesellschaft und lassen sich auch schwerlich auf die Muttergesellschaft verlagern. Dies würde erneut andere regulatorische Risiken verursachen.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass im Kooperationsmodell mit Personal und ohne Anlagevermögen das Chancen-Risiko-Profil zwischen Muttergesellschaften und Kooperationsgesellschaft genau austariert werden muss, damit eine nachhaltig stabile wirtschaftliche Basis für die Kooperationsgesellschaft gefunden wird und diese nicht zu einem Dauerverlustbetrieb wird.

### 4. Netzbetreiber ohne Personal und ohne Anlagevermögen

Die Netzgesellschaft ohne Personal und ohne Anlagevermögen ist zuweilen auch als sogenannte „kleine“ Netzgesellschaft bekannt. Die Gesellschaft ist hierbei lediglich Pächterin des Netzes und aufgrund des Pachtverhältnisses Netzbetreiberin. Ziel ist dabei, die Netzbetreiberrolle auf die Kooperationsgesellschaft zu übertragen. Hintergründe können hier die

Reduktion des Aufwands im Regulierungsmanagement oder die Vereinheitlichung der Netzentgelte verschiedener Netzgebiete sein.

Steuerliche Fragen hinsichtlich einer Übertragung stellen sich hierbei zwar nicht, jedoch können sich aus einer solchen Gestaltung – je nach konkreter Situation - negative steuerliche Folgen für den Betrieb ergeben. Grund hierfür sind zum einen die gesunkenen Eigenkapitalzinssätze für die Netznutzung und zum anderen der Umstand, dass sämtliche Leistungen fremd eingekauft werden müssen. Insofern weisen diese Netzgesellschaften häufig Defizite aus. Und genau diese Defizitsituation kann steuerrechtlich für Probleme sorgen.

#### a) Steuerrecht

Da in diesen Fällen keine Übertragung von Anlagevermögen oder Personal erfolgt, stellen sich bei dieser Kooperationsform keine steuerlichen Fragen im Hinblick auf eine steuerneutrale Übertragung. Gleichwohl kann es auch bei dieser Form der Kooperation zu steuerlichen Implikationen kommen, die es zu beachten gilt.

Aufgrund dessen, dass die Gesellschaft die Netze lediglich pachtet und sämtliche damit einhergehenden Dienstleistungen einkaufen muss, resultiert teilweise eine sehr hohe aufwandsseitige Belastung. Da zudem die Eigenkapitalverzinsung in den letzten Jahren gesunken ist und wohl auch weiterhin sinken wird, bleiben zwar die Aufwandspositionen gleich, aber die Ertragsseite reduziert sich, so dass es hier zum Ausweis von Jahresfehlbeträgen kommen kann.

Der Ausweis von Jahresfehlbeträgen per se ist steuerlich nicht schädlich. Kommt es jedoch dazu, dass die Gesellschaft über einen längeren Zeitraum Jahresfehlbeträge ausweist, so besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung die Tätigkeit der Gesellschaft als sogenannte Dauerverlusttätigkeit einstufen könnte. Dies hätte sodann zur Folge, dass das Jahresdefizit gem. § 8 Abs. 7 KStG als sogenannte verdeckte Gewinnausschüttung zu werten sein könnte und auf den entstandenen Verlust noch zusätzlich Kapitalertragsteuer anfallen könnte. Sollte sich daher im Rahmen der Wirtschaftsplanung abzeichnen, dass bei der Gesellschaft über einen längeren Zeitraum mit Jahresdefiziten gerechnet wird, sollte hier frühzeitig das Augenmerk daraufgelegt werden, wie die Ergebnissituation verbessert werden kann, um negative steuerliche Effekte zu vermeiden.

#### b) Strategische, regulatorische und wirtschaftliche Effekte

Die Kooperation ohne Personal und ohne Anlagevermögen soll dazu beitragen, die operativen Kosten tendenziell zu reduzieren oder Kostensteigerungen zu vermeiden oder strategische Vorteile zu erzielen. Aufgrund der weiter separaten operativen Bewirtschaftung der Netzanlagen und aufgrund der unveränderten Personalzugehörigkeit bei den Mutterunternehmen können Synergien aber nur in geringerem Umfang gehoben werden, als wenn das Personal in der Kooperationsgesellschaft zusammengeführt wird.

Regulatorisch ist zu beachten, dass aufgrund der erforderlichen Pacht- und Dienstleistungsbeziehungen die oben erläuterten regulatorischen Risiken hier voll zum Tragen kommen. Daher bietet dieses Modell nur begrenzte Vorteile, während eine Reihe zusätzlicher regulatorischer Risiken hier relevant werden.

#### 5. Netzservicegesellschaft

Um Synergien im operativen Betrieb zu heben, ist es nicht erforderlich, dass die Netzbetreiberrolle auf die Kooperationsgesellschaft übergeht. Auch durch die Zusammenführung von Dienstleistungen in der Kooperationsgesellschaft kann Know-how gebündelt und Personalengpässe vermieden werden. Die Eigenständigkeit der Muttergesellschaften nach außen bleibt erhalten, da die Kooperationsgesellschaft gegenüber den eigenen Kunden nicht nach außen auftritt.

Die wirtschaftliche Basis des Netzbetriebs, die Verzinsung des Anlagevermögens, bleibt bei den Muttergesellschaften, so dass auch die finanzielle Unabhängigkeit gewahrt bleibt. Stattdessen erhält die Kooperationsgesellschaft durch die Vereinnahmung von Dienstleistungsentgelte eine wirtschaftliche Basis. Wenn die wesentlichen regulatorischen Risiken mit der Netzbetreiberrolle bei den Muttergesellschaften verbleiben, kann bei auskömmlichen Dienstleistungsentgelten eine solide wirtschaftliche Basis erwartet werden. Sofern die Netzservicegesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG ausgestaltet werden soll, ist bei der Gründung der Netzservicegesellschaft darauf zu achten, dass die Netze nicht als Sonderbetriebsvermögen der Netzservicegesellschaft steuerlich angesehen werden. Insofern ist darauf zu achten, dass die Netze für das „Tagesgeschäft“ der Gesellschaft nicht benötigt werden und die Netzservicegesellschaft stattdessen tatsächlich nur Dienstleistungen für die Netze erbringt.

Ein weiteres Ziel kann auch sein, dass das Dienstleistungsgeschäft an Dritte ausgebaut werden soll und damit zusätzliche Erträge erwirtschaftet werden, wovon letztlich auch die Muttergesellschaften profitieren. Eine Netzservicegesellschaft als Kooperationslösung bietet den Vorteil, Synergien im operativen Bereich zu realisieren und trotzdem die Eigenständigkeit zu wahren.

#### 6. Netzeigentums-gesellschaft

Ein Sonderfall von Netzkooperationen sind Netzeigentums-gesellschaften. Diese verfügen nur über Anlagevermögen, sind aber selbst nicht Netzbetreiber und haben kein eigenes operatives Personal. Diese Kooperationsform wird gerne von großen Netzbetreibern gewählt, um die Konzessionskommunen an der Kapitalverzinsung für Netzanlagen partizipieren zu lassen. Das Netz wird an den bisherigen Eigentümer und Netzbetreiber zurückverpachtet, so dass sich an der Netzbetreiberrolle nichts ändert und sich für den Netzkunden keine merklichen Veränderungen ergeben. Der Hintergrund für dieses Vorgehen ist insbesondere, die Konzessionskommunen an sich zu binden und langfristig die Konzessionen zu sichern. Der Erhalt der Netzbetreiberrolle beim kooperierenden Netzbetreiber ist hier der Fokus, während der Netzbetreiber bereit ist, auf Kapitalverzinsung zu verzichten.

Synergien im operativen Betrieb sind hier üblicherweise nicht zu erwarten. Vielmehr kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Management der Netzgesellschaften zusätzlichen Aufwand generiert. Regulatorische Risiken können ähnlich wie bei anderen Pachtmodellen nicht ausgeschlossen werden. Dies kann abhängig von der Behandlung der BKZ/NAK die doppelte Berücksichtigung von Abzugskapital und negatives Eigenkapital betreffen. Da die regulatorischen Risiken in den Pachtverträgen oft auf den Verpächter verlagert werden, wären dann auch die kommunalen Gesellschafter von den Kürzungen betroffen und würden die Verzinsung auf das eingesetzte Kapital schmälern.

Für die Gründung der Netzeigentums-gesellschaften bleibt festzuhalten, dass diese i.d.R. aus strategischen Gründen von großen Netzbetreibern angeboten werden.

#### IV. Anbahnung und Umsetzung von Kooperationen

Kooperationen eingehen zu wollen, ist oft ein sehr sensibles Thema. Von manchen Akteuren wird dies als Zeichen der Schwäche interpretiert, dass das Unternehmen allein die Herausforderungen nicht mehr meistert und auf Unterstützung von Dritten angewiesen ist. In Einzelfällen mag dies der Fall sein. Allerdings ist die Mehrzahl von Kooperationsanbahnungen davon geprägt, dass Wachstum, das Heben von Synergien, strukturelle Verbesserungen und der Aufbau neuer Geschäftsaktivitäten angestrebt wird.

Die Themen Aufbau einer Vertrauensbasis zwischen den Akteuren, Definition gemeinsamer Ziele sowie abgestimmte Kommunikation sind entscheidend, um erste Ideen einer Kooperation zu konkretisieren und zu einem nachvollziehbaren Konzept zu entwickeln. Denn neben der Auswahl des besten Kooperationsmodells ist ein gutes Management des Prozesses entscheidend, um eine breite Zustimmung für die Veränderungen zu erreichen und das Konzept erfolgreich umzusetzen. Kritisch ist auch die Einbindung der Beschäftigten und des Betriebsrats. Denn eine zu späte Einbindung kann leicht zu Blockaden führen, weil diese nicht in die Entscheidungsfindung einbezogen wurden. Allerdings kann eine zu frühe Einbindung der Arbeitnehmerseite auch dazu führen, dass diese Widerstände entwickeln und sich mit anderen Skeptikern zusammenschließen.

Die professionelle Begleitung des Prozesses „Kooperationsprojekt“ mit der Zieldefinition, der Prüfung der Machbarkeit und der Bewertung der Modelle mit den zugehörigen wirtschaftlichen Effekten kann daher entscheidend sein, um die Kooperationsüberlegungen zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen.

#### V. Praxisbeispiele

Anhand der folgenden Praxisbeispiel wird die Entwicklung und die Umsetzung von Kooperationsprojekten erläutert. Dabei werden auch die Stärken und Schwächen analysiert, um für andere Projekte zu lernen und Denkanstöße für eigene Überlegungen zu geben.

##### Bigge Energie

Die Kooperation von drei Energieversorgungsunternehmen im Südsauerland (NRW) Lister- und Lennekraftwerke GmbH, Stadtwerke Attendorn und Stadtwerke Olpe startete 2013. Es wurden die Aktivitäten im Bereich Netze und Vertrieb in der Bigge Energie GmbH & Co. KG gebündelt. Sowohl das Netzeigentum als auch die Netzbetreiberrolle und das operative Personal gingen auf die Bigge Energie über. Bei den Muttergesellschaften verblieben die Bäderaktivitäten (Stadtwerke Attendorn, Stadtwerke Olpe) sowie die Wasserkraftaktivitäten (LLK). Die Marke Bigge Energie hat sich erfolgreich am Markt weiter etabliert und anstelle von Personalabbau zur Kostensenkung mussten aufgrund des Aufbaus neuer Aktivitäten weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eingestellt werden.

##### Stadtwerke SH

Die Stadtwerke SH GmbH & Co. KG sind eine Netzservicegesellschaft der Schleswiger Stadtwerke GmbH, der Stadtwerke Eckernförde GmbH sowie der Stadtwerke Rendsburg GmbH. Die Stadtwerke SH GmbH & Co. KG selbst ist weder Netzbetreiber noch Netzeigentümer und erbringt im Wesentlichen Dienstleistungen für ihre Gesellschafter. Mit der Gründung der Stadtwerke SH GmbH & Co. KG konnten die Gesellschafter nicht nur ihr Personal bündeln und dem Fachkräftemangel entgegenwirken, sondern hierdurch auch entsprechende Synergien durch die Zusammenführung des Personals der Gesellschafter heben.

##### Beste Stadtwerke

Beste Stadtwerke GmbH wurde ursprünglich als Zusammenschluss der Stadtwerke Beverungen und Stadtwerke Steinheim in Ostwestfalen im Jahre 2013 gegründet. In den Folgejahren folgten Stadtwerke Borgentreich und Stadtwerke Bad Driburg sowie anschließend Stadtwerke Warburg als weitere Kooperationspartner. Beste Stadtwerke hat die Netzbetreiberrolle für die Strom- und Gasnetze und den überwiegenden Teil des operativ tätigen Personals übernommen. Das Netzeigentum verblieb bei den Muttergesellschaften und wurde von diesen gepachtet. Im operativen Netzbetrieb wur-

den in den ersten Jahren meist Verluste in siebenstelliger Höhe erwirtschaftet, die durch Gewinne im Vertrieb nicht ausgeglichen werden konnten. Im Jahr 2018 wurden die Strom- und Gasnetzaktivitäten der Beste Stadtwerke beendet und zusammen mit dem Netzeigentum auf regionale Netzbetreiber übertragen bzw. in Eigenregie der Muttergesellschaft fortgeführt. In 2020 wurde auch das Vertriebsgeschäft verkauft. Damit wurde die Kooperation insgesamt rückabgewickelt bzw. beendet.

##### edikoo

edikoo GmbH & Co. KG ist eine Kooperationsgesellschaft der Stadtwerke Georgsmarienhütte, Stadtwerke Vermold und der TEN Teutoburger Energie Netzwerk eG. Diese wurde als Netzservicegesellschaft gegründet, mit dem Ziel Dienstleistungen der drei Gesellschaften in den Bereichen Abrechnung, Marktkommunikation und Energiedatenmanagement zu bündeln sowie diese Leistungen auch Dritten am Markt anzubieten.

#### VI. Fazit

Netzbetreiber haben vielfältige Kooperationsmöglichkeiten. Kooperationsgesellschaften unterscheiden sich insbesondere darin, ob Anlagevermögen übertragen wird und/oder die Netzbetreiberrolle bzw. das operative Personal übergeht. Wichtig bei der Kooperationsanbahnung ist zu Beginn, die Ziele der Kooperation im Detail zu definieren, um die optimale Kooperationslösung identifizieren zu können.

Die große Netzgesellschaft mit Personal und mit Anlagevermögen ist die weitestgehende Form der Kooperation, die auf eine nachhaltige Zusammenarbeit ausgelegt ist und bei der alle Chancen und Risiken eines Netzeigentümers und Netzbetreibers langfristig geteilt werden. Hier sollten Lösungen für eine steuerneutrale Übertragung des Vermögens gefunden werden.

Kooperationsmodelle, bei denen das Anlagevermögen nicht übertragen sondern gepachtet wird, bergen Kürzungsrisiken bei den Kapitalkosten. Besonderes Augenmerk sollte hier auf die Behandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskostenbeiträgen gelegt werden, um die doppelte Berücksichtigung von Abzugskapital und negatives Eigenkapital zu vermeiden.

Für Netzkooperationen mit Dienstleistungsbeziehungen ohne operatives Personal kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Dienstleistungsentgelte gekürzt werden und sich dadurch eine negative OPEX-Marge ergibt.

Auch wenn mit der Umsetzung von Netzkooperationen Risiken verbunden sein können, sollten Netzbetreiber diesen Weg nicht scheuen. Aufgrund der zunehmenden Anforderungen der Regulierung, der Möglichkeiten Synergien und Effizienzen zu heben, zur Vermeidung von Fachkräftemangel und von Personal- und Know-how-Engpässen sowie zur Verbreiterung der Geschäftsbasis und Risikostreuung stoßen Netzkooperationen auf zunehmendes Interesse. Wichtig ist dabei, den Prozess der Anbahnung, Konzeption und Umsetzung einer Kooperation professionell zu managen, damit schon frühzeitig Einvernehmen über gemeinsame Ziele, Prioritäten und die zeitlichen Abläufe erzielt werden kann und dies von allen relevanten Akteuren unterstützt wird.

Denn das Ziel aller Kooperationsformen sollte sein, die Netze erfolgreich zu bewirtschaften und eine nachhaltige Zusammenarbeit aufzubauen, um langfristig den Anforderungen von § 1 EnWG bestmöglich gerecht zu werden.