



Beratung

des Thüringer Landtags und der Thüringer Landes-
regierung nach § 88 Abs. 2 ThürLHO¹

zur Organisation der Thüringer Fernwasserversorgung (TFW)

Rudolstadt, 17. März 2015

Az.: II – 01/13

Thüringer Rechnungshof, 07407 Rudolstadt, Burgstraße 1

Telefon (03672) 446-0, Telefax (03672) 446998

¹ Diese Beratung ist urheberrechtlich geschützt.

Inhaltsverzeichnis

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis.....	3
0 Zusammenfassung.....	4
1 Rechtlicher Rahmen der TFW	5
1.1 Zur Entstehungsgeschichte	5
1.2 Aufgaben, Finanzierung und Organisation der TFW.....	5
2 Selbstverwaltungsrecht der TFW und staatliche Aufsicht	6
2.1 Fehlende gesetzliche Regelung zur staatlichen Aufsicht	6
2.2 Befassung im Landtag.....	6
2.3 Rechtliche Vorgaben zur staatlichen Aufsicht über Anstalten d. ö. R.....	7
2.4 Staatliche Aufsicht und Gewährträgerhaftung.....	7
2.5 Empfehlung des Rechnungshofs.....	8
3 Die TFW im Spannungsfeld des Europäischen Wettbewerbsrechts	8
3.1 Rückblick.....	8
3.2 Dienstleistungen der TFW im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.....	10
3.3 Hoheitliche Aufgaben der TFW	11
3.4 Empfehlungen des Rechnungshofs.....	11

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGV	Anstalts- und Gewährträgerversammlung
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
d. ö. R.	des öffentlichen Rechts
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
Epl.	Einzelplan
EU	Europäische Union <i>oder</i> Europäisch
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-KOM	Europäische Kommission
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
JAB	Jahresabschlussbericht
Kap.	Kapitel
KStG	Körperschaftsteuergesetz
TFW	Thüringer Fernwasserversorgung
TGr.	Titelgruppe
ThürFWG	Thüringer Gesetz über die Fernwasserversorgung
ThürLHO	Thüringer Landeshaushaltsordnung
ThürTV	Thüringer Talsperrenverwaltung
ThürTVG	Gesetz zur Errichtung der Thüringer Talsperrenverwaltung
TMLFUN	Thüringer Ministerium für Landwirtschaft, Forsten, Umwelt und Naturschutz
UStG	Umsatzsteuergesetz

0 Zusammenfassung

1. Zum 1. Januar 2003 errichtete der Freistaat Thüringen per Gesetz² die Thüringer Fernwasserversorgung (TFW) als Anstalt öffentlichen Rechts. Die TFW entstand damals durch Fusion der vom Freistaat Thüringen bereits 1993 errichteten Thüringer Talsperrenverwaltung (ThürTV) mit dem Fernwasserzweckverband Nord- und Ostthüringen.

Der Thüringer Rechnungshof hat die Haushalts- und Wirtschaftsführung der TFW nach § 112 Abs. 2 Satz 1 ThürLHO i. V. m. § 111 Abs. 1 Satz 1 ThürLHO sowie nach § 15 Abs. 3 ThürFWG³ geprüft. Dabei hat er Mängel festgestellt, die weder von der TFW noch von der Landesverwaltung allein beseitigt werden können. Aus diesem Grund hat sich der Rechnungshof zur vorliegenden Beratung des Thüringer Landtags und der Thüringer Landesregierung nach § 88 Abs. 2 ThürLHO entschlossen. (Tn. 1)

2. Die TFW wurde bei ihrer Errichtung als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts vom Gesetzgeber mit Selbstverwaltungsrechten ausgestattet. Nicht geregelt wurde im ThürFWG die über Anstalten des öffentlichen Rechts grundsätzlich auszuübende staatliche Aufsicht. Die Staatsaufsicht gilt als „Korrelat“ der Selbstverwaltung und wird als notwendiges Korrektiv für die Übertragung eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnisse angesehen. Dabei stellt die Rechtsaufsicht das verfassungsrechtlich gebotene Minimum dar.

Der Rechnungshof empfiehlt, die staatliche Aufsicht über die TFW gesetzlich zu regeln und dabei die aufsichtsführende Behörde wie auch die Art der Aufsicht (Rechts- oder Fachaufsicht) festzulegen. (Tn. 2)

3. Die TFW unterliegt als Anstalt des öffentlichen Rechts und gleichzeitig als öffentliches Unternehmen auch dem europäischen Wettbewerbs- und Beihilferecht. Dies hat auch der Freistaat Thüringen bei der Finanzierung von Aufgaben der TFW zu beachten.

Im Rahmen eines Subventionsbeschwerdeverfahrens in den Jahren 2004/2005 hatte der Freistaat Thüringen die Auffassung vertreten, die TFW übe keinerlei unternehmerische Tätigkeit aus. Der Rechnungshof hegt Zweifel, ob diese Auffassung nach der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage noch haltbar ist.

Im Bereich der Wasserversorgung erbringt die TFW „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI). Hier gelten besondere wettbewerbsrechtliche Vorschriften der EU. Zur Regelung von DAWI hat die EU-KOM in den vergangenen Jahren ein neues Vorschriftenpaket verabschiedet. Darin wurde konkretisiert, welche Art von staatlichen Ausgleichsleistungen für DAWI gegenwärtig notifizierungsfrei gewährt werden können bzw. unter welchen Voraussetzungen notifizierungspflichtige Beihilfen als genehmigungsfähig gelten.

Vor dem Hintergrund dieser Neuerungen im europäischen Wettbewerbsrecht rät der Rechnungshof dringend zur Überprüfung der Einhaltung der Beihilferegulungen bei der Finanzierung der TFW durch den Freistaat Thüringen. (Tn. 3)

² Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Errichtung der Thüringer Talsperrenverwaltung vom 18. Dezember 2002, GVBl. Nr. 14 vom 30. Dezember 2002, Seite 487 ff.

³ Thüringer Gesetz über die Fernwasserversorgung (ThürFWG), GVBl. S. 145 vom 5. März 2003.

1 Rechtlicher Rahmen der TFW

1.1 Zur Entstehungsgeschichte

Mit dem Gesetz zur Errichtung der Thüringer Talsperrenverwaltung (ThürTVG) vom 7. Mai 1993 wurde die Thüringer Talsperrenverwaltung (ThürTV) als eine Anstalt des öffentlichen Rechts⁴ (d. ö. R.) errichtet. Alleiniger Träger dieser Anstalt war das Land Thüringen. Nach § 2 ThürTVG leistete das Land für die ThürTV volle Gewähr. Die Anstalt hatte insbesondere die Aufgabe, Rohwasser für die Trinkwasseraufbereitung bereitzustellen und den Hochwasserschutz durch Stauanlagen zu gewährleisten.

Im November 2000 gab die Landesregierung eine Prüfung der Angemessenheit des Rohwasserentgelts und der Organisationsstrukturen in der Trinkwasserversorgung in Auftrag. Die daraufhin durchgeführte Untersuchung ergab, dass eine wirtschaftliche Optimierung auch eine institutionelle Reform der Fernwasserversorgung erfordere.

Mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Errichtung der Thüringer Talsperrenverwaltung vom 18. Dezember 2002 wurde schließlich die Thüringer Fernwasserversorgung (TFW) durch Fusion der Anstalt d. ö. R. ThürTV mit dem Fernwasserzweckverband Nord- und Ostthüringen im Wege des Zutritts des Verbandes zur bestehenden Anstalt errichtet.

1.2 Aufgaben, Finanzierung und Organisation der TFW

In § 4 Abs. 1 ThürFWG formulierte der Gesetzgeber die Aufgaben der TFW, die den Bereichen der Wasserversorgung, der Regelung des natürlichen Wasserabflusses und des Stauanlagenmanagements zuzurechnen sind.

Das Land und der Fernwasserzweckverband Nord- und Ostthüringen sind nach § 2 Thüringer Gesetz über die Fernwasserversorgung (ThürFWG)⁵ die Träger der TFW, für die das Land volle Gewähr leistet. Am Stammkapital von 120 Mio. € halten der Freistaat Thüringen 80,75 Mio. € und der Fernwasserzweckverband 39,25 Mio. €. Das Land brachte zusätzlich zu seiner Kapitaleinlage Rücklagen in Höhe von 199,72 Mio. € ein. Außerdem wurde die TFW mit In-Kraft-Treten des Gesetzes Eigentümerin der Stauanlagen, einschließlich der dazugehörigen Nebenanlagen, soweit sie im Eigentum des Landes standen.

Nach § 17 Abs. 1 ThürFWG finanziert sich die TFW durch Einnahmen aus der Abgabe von Roh-, Brauch- und Trinkwasser, der Abgabe von elektrischer Energie, der Vermietung und Verpachtung, aus der Gewährung von Erbbau- und Dauernutzungsrechten sowie aus sonstigen Leistungen.

Nach § 17 Abs. 2 ThürFWG wird die Wahrnehmung der Aufgaben nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 (Hochwasserschutz, Niedrigwasseraufhöhung), Nr. 5 (Unterhaltung und Rückbau von Stauanlagen) und Nr. 12 (Talsperren- und gewässerkundliches Archiv) vom Land in Form von Aufwandsentschädigungen und Zuschüssen zu Investitionen an die TFW finanziert.⁶ Näheres zur Finanzierung haben der Freistaat Thüringen und die TFW mit der Rahmenvereinbarung vom 14. Januar 2003 geregelt.

Nach § 10 Abs. 1 ThürFWG sind die Organe der TFW die Geschäftsführung, der Verwaltungsrat und die Anstalts- und Gewährträgerversammlung (AGV). Das Rechnungswesen der TFW ist nach den Vorschriften über große Kapitalgesellschaften des Handelsgesetzbuches zu gestalten (§14 Abs. 1 ThürFWG).

⁴ GVBl. Nr. 14 vom 13. Mai 1993, Seite 287 ff.

⁵ In der ab dem 1. Januar 2003 geltenden Fassung gemäß Neubekanntmachung vom 5. März 2003, GVBl. S.145.

⁶ Hinsichtlich der Aufgaben nach § 4 Abs. 1 Nr. 6 und 7 gilt dies nur in dem Umfang, wie die betreffende Stauanlage der Regelung des natürlichen Wasserabflusses dient.

2 Selbstverwaltungsrecht der TFW und staatliche Aufsicht

2.1 Fehlende gesetzliche Regelung zur staatlichen Aufsicht

Nach § 9 Abs. 1 ThürFWG verwaltet sich die TFW aufgrund einer Satzung selbst, d. h. ihr wurde durch Gesetz das Selbstverwaltungsrecht eingeräumt. Eine Regelung zur staatlichen Aufsicht über die TFW enthält das ThürFWG hingegen nicht.

Im Gegensatz dazu enthielt das ThürTVG⁷ aus dem Jahr 1993 in § 15 eine eindeutige Regelung zur staatlichen Aufsicht über die „Vorgängeranstalt“ ThürTV. Danach war das Ministerium für Umwelt und Landesplanung (das heutige TMUEN) als Aufsichtsbehörde über die ThürTV bestimmt und hatte sicherzustellen, dass die Talsperrenverwaltung im Einklang mit den Gesetzen und der Satzung verwaltet wird und die ihr im Gesetz gestellten Aufgaben erfüllt. Der Aufsichtsbehörde war ein Weisungsrecht eingeräumt. Ihrer Art nach entsprach diese Aufsicht einer Rechts- und Fachaufsicht.

Im Gesetzentwurf der Landesregierung zum Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Errichtung der Thüringer Talsperrenverwaltung (Drs. 3/2731 zu Nummer 23) aus dem Jahr 2002 ist ausgeführt, dass § 15 ThürTVG in der bisherigen Fassung wegfallen soll. Der Wegfall wurde mit der Einführung einer Anstalts- und Gewährträgerversammlung (AGV) als neues oberstes Organ der Anstalt begründet. Es entspreche der Partnerschaft der Träger, dass die Anstalt ihrer gemeinsamen Aufsicht unterstehe und das dafür berufene Organ sei die AGV.

2.2 Befassung im Landtag

Die Erforderlichkeit einer staatlichen Aufsicht über die TFW wurde u. a. in der 5. Legislaturperiode des Thüringer Landtags als Thema parlamentarisch behandelt. Mit ihrem Gesetzentwurf zur Änderung des bestehenden Gesetzes über die Fernwasserversorgung (Drs. 5/5304 vom 5. Dezember 2012) regte die Fraktion DIE LINKE u. a. die Einführung einer Rechts- und Fachaufsicht über die TFW an. Der Thüringer Landtag verwies diesen Gesetzentwurf in seiner 104. Sitzung am 12. Dezember 2012 in den Ausschuss für Landwirtschaft, Forsten, Umwelt und Naturschutz.

In der 58. Sitzung dieses Ausschusses am 13. Dezember 2013 trug der dazu befragte Wissenschaftliche Dienst des Thüringer Landtags seine Auffassung zur Aufsicht bei der TFW vor. Er führte aus, dass die Aufsicht nicht durch Flucht ins Privatrecht oder durch öffentlich-rechtliche Kooperationsformen „veräußerbar“ sei. In einzelnen Bereichen, in denen abtrennbar kommunale Zwecke durch eine Anstalt erfüllt würden, könne durchaus eine Beschränkung der Aufsicht auf eine Rechtsaufsicht in Betracht gezogen werden.⁸

Bei der Befassung des Thüringer Landtags in seiner 153. Sitzung am 21. Mai 2014 mit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Fernwasserversorgung⁹ führte der Minister des damaligen TMLFUN aus, dass die Landesregierung soweit es um die Installierung einer Rechts- und Fachaufsicht durch das für die Wasserversorgung zuständige Ministerium gehe, an der durch das Parlament 2003 beschlossenen jetzigen Regelung der AGV als Aufsichtsorgan festhalte. Dies sei die richtige Lösung und werde der Stellung der Anstaltsträger, Land und kommunaler Zweckverband, partnerschaftlich miteinander besser gerecht (s. Sitzungsprotokoll S. 32 Abs. 2). Der Gesetzentwurf wurde im Folgenden abgelehnt.

Auch in der Legislaturperiode zuvor hatte sich der Thüringer Landtag bereits mit der TFW und deren Organisationsstruktur zu befassen. Diesbezüglich wird an die Einsetzung des Unter-

⁷ Gesetz zur Errichtung der Thüringer Talsperrenverwaltung vom 7. Mai 1993, GVBl. Nr. 14 vom 13. Mai 1993.

⁸ Ergebnisprotokoll, Punkt 3 der Tagesordnung in Nr. 7, S. 36 – 40.

⁹ Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE – Drs. 5/5304, dazu Beschlussempfehlung des Ausschusses für Landwirtschaft, Forsten, Umwelt und Naturschutz – Drs. 5/7790, Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE – Drs. 5/7798.

suchungsausschusses 4/4 „Fernwasser“ zum Thema „**Strategien und Entscheidungen zur Sicherung der Thüringer Roh- und Fernwasserversorgung und mögliche Fehlverwendungen öffentlicher Mittel durch den Freistaat Thüringen, namentlich die Landesregierung und die TFW**“ in der 4. Wahlperiode des Thüringer Landtags erinnert und auf dessen Bericht vom 12. Oktober 2009 verwiesen.¹⁰

2.3 Rechtliche Vorgaben zur staatlichen Aufsicht über Anstalten d. ö. R.

Anstalten d. ö. R. sind ihrer Art nach rechtlich selbständige Organisationen zur Wahrnehmung eigener und/oder gesetzlich auferlegter Angelegenheiten ihrer Träger.¹¹ Sie üben Staatsgewalt i. S. d. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG aus und bedürfen daher der demokratischen Legitimation. Trotz ihrer organisatorischen Auslagerung aus der unmittelbaren Staatsverwaltung sind diese rechtlich verselbständigten Träger mit Selbstverwaltungsaufgaben als mittelbare Staatsverwaltung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Mit der Selbstverwaltung ist die staatliche Aufsicht verbunden: Der Staat soll sich nicht durch organisatorische Auslagerung seiner Grundrechtsbindung entziehen können. Aus diesem Grund müssen juristische Personen d. ö. R. der Aufsicht und Kontrolle ihres Trägergemeinwesens unterliegen. Deshalb ist letztlich zu vermeiden, dass juristische Personen d. ö. R. völlig ohne staatliche Aufsicht bestehen. Eine ausdrückliche Regelung der Staatsaufsicht ist allerdings nicht zwingend.¹²

Der Verweis auf die – ausschließlich – in der Anstalts- und Gewährträgerversammlung gegebenen Einflussmöglichkeiten des Landes vermag den Rechnungshof aufgrund seiner Prüfungserkenntnisse nicht zu überzeugen.

Grundsätzlich ist bei der TFW – wie bei allen juristischen Personen d. ö. R. – davon auszugehen, dass einseitig zu erlassende rechts- oder fachaufsichtliche Maßnahmen, in Art und Wirkung grundsätzlich von der Mitwirkung einzelner staatlicher Vertreter in den Gremien der juristischen Person zu unterscheiden sind. Diese Gremien sind heterogen zusammengesetzt und entscheiden durch Mehrheitsbeschluss.

Die staatliche Aufsicht über einen institutionellen Verwaltungsträger und die Aufsicht bzw. Selbstkontrolle innerhalb einer Organisationseinheit sollten klar voneinander getrennt werden. Denn Rechtsaufsicht über einen institutionellen Verwaltungsträger auszuüben, heißt präventiv durch Anzeige- und Vorlagepflichten und Genehmigungsvorbehalte oder repressiv im Nachhinein durch Beanstandungen und ggf. durch Ersatzvornahmen zu wirken. Diese Form der Aufsicht über einen Verwaltungsträger kann nicht von einem eigenen Organ der entsprechenden Verwaltungseinheit ausgeübt werden, sondern nur von außen.¹³

2.4 Staatliche Aufsicht und Gewährträgerhaftung

Eine besonders strikte Aufsichtsführung und Kontrolle ist immer dann verfassungsrechtlich geboten, sobald irgendeine Form von Haftung des Trägergemeinwesens für die Verbindlichkeiten des Verwaltungsträgers besteht. Die Gewährträgerhaftung, d. h. die nach außen gerichtete subsidiäre Haftungsverpflichtung des Trägers erfordert diese strenge Kontrolle insbesondere deshalb, weil eine solche Haftung das Budgetrecht des Parlaments weitreichend relativieren kann.¹⁴

Hinsichtlich der Haftungsstellung der Trägergemeinwesen bei der TFW wurden in der zweiten Beratung der Befassung des Thüringer Landtags mit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Fernwasserversorgung am 21. Mai 2014 Ausführungen von Landtagsabgeordneten

¹⁰ Drs. 4/3170 v. 5. Juli 2007, Drs. 4/3197, Drs. 4/3215 und Drs. 4/5454 v. 12. August 2009.

¹¹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, „Verwaltungsrecht II“ 7. Aufl. Bd. II, S. 469, Rn. 5.

¹² Eibelhäuser, Wallis, „Kommentar zum Haushaltsrecht“, § 105 BHO, Rn. 3.

¹³ Prof. Dr. Bernd Becker, „Öffentliche Verwaltung“ Lehrbuch für Wissenschaft und Praxis, S. 874 – 876.

¹⁴ Helmut Siekmann, „Die rechtliche Regulierung öffentlicher Banken in Deutschland“, S. 35.

zur Gewährträgerschaft bei der TFW¹⁵ gemacht. Danach habe der Landtag 2003 eine umfassende Reform der Aufgaben und der Organisationsstrukturen der Anstalt des öffentlichen Rechts beschlossen. Seitdem sei nicht mehr nur das Land Gewährträger der Anstalt, sondern auch der Fernwasserzweckverband Nord-Ost, also auch die darin zusammengeschlossenen Kommunen.

Auch der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE enthält die Aussage: „Das Land Thüringen ist neben dem Fernwasserzweckverband Nord- und Ostthüringen Gewährträger der TFW.“

Diese Aussagen vermitteln den Eindruck beide Träger der TFW würden für die Anstalt haften. Das trifft jedoch nicht zu. Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 ThürFWG leistet das Land für die Anstalt volle Gewähr. Das bedeutet, der Freistaat Thüringen ist der alleinige Gewährträger und bei Anwendung dieses Rechtsinstituts haftet ausschließlich er für die TFW.

Der Gewährträgerhaftung des Freistaats Thüringen haben hinreichende eigene Entscheidungsmöglichkeiten des Landes gegenüberzustehen. Sonst wäre die Pflicht zum Ausgleich von Verlusten der Anstalt nicht systemgerecht.¹⁶

2.5 Empfehlung des Rechnungshofs

Der Rechnungshof ist der Auffassung, dass – ungeachtet der fehlenden gesetzlichen Regelung – die TFW der staatlichen Rechtsaufsicht unterliegt. Er hält es für geboten, dies gesetzlich klarzustellen und hierbei die aufsichtsführende Behörde zu bestimmen.

Mit der gesetzlichen Regelung wäre dann die Zuständigkeit innerhalb der Landesverwaltung zur Kontrolle der Aufgabenerledigung durch die TFW sowie eines rechtsaufsichtlichen Handelns klargestellt.

Darüber hinaus empfiehlt der Rechnungshof zu prüfen, ob die hoheitlichen Aufgabenbereiche der TFW einer Fachaufsicht bedürfen. Hierzu wird auf die Regelung bei der Anstalt d. ö. R. „ThüringenForst“ (Landesforstanstalt) verwiesen. Diese untersteht nach § 3 Thüringer Gesetz über die Errichtung der Anstalt d. ö. R. „ThüringenForst“¹⁷ der Rechts- und Fachaufsicht des für Forsten, Jagd und Fischerei zuständigen Ministeriums (Aufsichtsbehörde). Die Ausübung der Fachaufsicht ist dort auf die hoheitliche Aufgaben beschränkt.

3 Die TFW im Spannungsfeld des Europäischen Wettbewerbsrechts

3.1 Rückblick

Die TFW bewegt sich mit ihren verschiedenen Tätigkeitsbereichen seit ihrer Errichtung im Jahr 2003 im Spannungsfeld des Europäischen Wettbewerbsrechts. Nach Art. 106 Abs. 1 AEUV müssen „öffentliche Unternehmen“ die Wettbewerbsvorschriften (Art. 101 ff. AEUV) beachten.

Ein „Unternehmen“ im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV ist nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) „jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“¹⁸ Dabei handelt sich nach der Definition der EU-KOM bei einem Unternehmen stets dann um ein „öffentliches Unternehmen“, wenn "die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann".¹⁹

¹⁵ Protokoll S. 23 oben, Abgeordneter Primas, CDU.

¹⁶ Thomas Mann, „Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft“, S. 342.

¹⁷ Thüringer Gesetz über die Reform der Forstverwaltung vom 25. Oktober 2011.

¹⁸ EuGH vom 23. April 1991, Rs. C41-90, Slg. 1991, Höfner/Elser gegen Macrotron GmbH, Rn. 21.

¹⁹ Richtlinie 80/723 vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten.

Bereits im Jahr 2004 war die Entschuldung der TFW Gegenstand einer vom Fernwasserzweckverband Südthüringen auf das europäische Wettbewerbsrecht gestützten Subventionsbeschwerde bei der EU-KOM²⁰. In Beantwortung des Auskunftersuchens der EU-KOM zum Subventionsverfahren vom 13. September 2004 teilte die Bundesregierung mit Schreiben vom 17. Dezember 2004 Folgendes mit:

Zu 8. Vorliegen wirtschaftlicher Tätigkeiten (S. 17, Abs. 5 der Mitteilung)

„Nach vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass die Aufgaben der Thüringer Fernwasserversorgung zu einem großen Teil (Hochwasserschutz, Niedrigwasseraufhöhung) keinerlei wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen. Zur Aufbereitung von Trinkwasser im Allgemeinen steht jedenfalls für das Land Thüringen das besondere öffentliche Interesse an der Gewährleistung der Versorgung im Vordergrund. Für die Aufbereitung und den Transport von Fernwasser, wie sie in Thüringen erforderlich sind, ist – jedenfalls bei den schwierigen Verhältnissen in Thüringen – eine wirtschaftlich sinnvolle Ausführung durch gewinnorientierte Marktteilnehmer nicht zu sehen. Das Land sieht es deshalb als kaum möglich an, von einer wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen.“

In der Antwort auf ein weiteres Auskunftersuchen der EU-KOM vom 24. Februar 2005 führte die Bundesregierung am 23. Mai 2005 ergänzend zur TFW aus:

I.1.a Aufgaben der Thüringer Fernwasserversorgung (S. 4 Abs. 2 der Mitteilung)

Der Freistaat Thüringen sieht die Sammlung, die Aufbereitung und den Transport des Fernwassers bis zu den weiterverteilenden Betrieben als öffentliche Aufgabe an, zu deren Wahrnehmung er grundsätzlich selbst verpflichtet ist. Ausschließlich für diese Tätigkeiten hat er die TFW durch Gesetz ins Leben gerufen.

I.1.b keine Wettbewerbsbeeinflussung (S. 5 letzter Abs. und S. 6 erster Abs.)

Der Transport zur Versorgung jener Gebiete in Thüringen, die keine genügende eigene Wasserproduktion aufweisen, lassen diese Aufgabe als öffentliche Aufgabe erscheinen. Hierfür hat sich jedenfalls der Freistaat Thüringen entschieden, der den Transport gänzlich als Teil des öffentlichen Sektors führt. „Aus Vorstehendem geht hervor, dass der Freistaat Thüringen im Grunde die gesamten Tätigkeiten der Thüringer Fernwasserversorgung als solche im öffentlichen Interesse ansieht, als Aufgabe einer Anstalt des öffentlichen Rechts und nicht als erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten regelt.“

Nach diesen Auskünften wurde die Subventionsbeschwerde zwar nicht weiter verfolgt, aber auch nicht abgewiesen.

Der Rechnungshof hegt erhebliche Zweifel, ob die damals vom Freistaat Thüringen und von der Bundesregierung vertretene Auffassung – die gesamte Tätigkeit der TFW ist als nicht erwerbswirtschaftlich einzustufen - in einem heutigen Beihilfeverfahren noch Bestand hätte.

Nach Definition des EU-Wettbewerbsrechts gehört „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einen bestimmten Markt anzubieten“ zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten.²¹

Allein die Tatsache, dass sich die TFW nach § 17 Abs. 1 ThürFWG durch Einnahmen aus bestimmten Aufgabenbereichen zu finanzieren hat, spricht dafür, zumindest diese Aufgaben als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen.

Überdies ist die TFW in Bezug auf handels- und steuerrechtliche Vorschriften in verschiedenen Bereichen denselben Regelungen wie ein privater Unternehmer unterworfen. Die TFW ist seit

²⁰ Weder die Zulässigkeit noch die Höhe einer landesseitigen Förderung von Investitionsmaßnahmen in die Fernwasserversorgung und auch keine anderen möglicherweise gewährten Beihilfen waren Gegenstand der Subventionsbeschwerde.

²¹ EuGH vom 10. Januar 2006, Rs C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze gegen Cassa di Risparmio di Firenze spA, Rn. 108.

ihrem Bestehen steuer- und handelsrechtlich verpflichtet, im Jahresabschluss eine Trennungsrechnung durchzuführen. Dementsprechend werden das Betriebsergebnis für den gewerblichen Bereich und das Ergebnis hoheitlicher Bereich im Jahresabschlussbericht (JAB) jeweils getrennt ausgewiesen.

So wies die TFW im handelsrechtlichen Jahresabschluss 2011²² bei der Analyse der Ertragslage einen hoheitlichen Ertrag von 4,43 Mio. € und einen betrieblichen Ertrag (gewerblicher Bereich) von 25,24 Mio. € aus. Diese Angaben verdeutlichen den Umfang der gewerblichen Tätigkeiten in der TFW.

Auch die steuerliche Behandlung der TFW gibt Hinweise auf ihre wettbewerbsrechtliche Stellung. Die steuerlichen Grundlagen der TFW wurden im JAB 2011, in der Anlage III, S. 9, wie folgt beschrieben:

Die TFW unterhält mit dem Verkauf von Roh- und Fernwasser sowie mit dem Verkauf von selbst produziertem Strom und der Verpachtung eines Schulungsheimes steuerliche Betriebe gewerblicher Art. Sie unterliegt damit im gewerblichen Bereich grundsätzlich der Körperschaftssteuer- und Gewerbesteuerpflicht und als Unternehmen i. S. d. Umsatzsteuergesetzes der Umsatzsteuerpflicht.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass in Bezug auf den Teil der Aufgaben der TFW, der die öffentliche Wasserversorgung betrifft, die EU-KOM inzwischen ein neues Vorschriftenpaket²³ verabschiedet hat. Im sogenannten „Almunia-Paket“ wurden die bisherigen Beihilferegulungen über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) konkretisiert und abschließend geregelt.

Dies alles legt es nahe, die Aufgaben der TFW unter dem Gesichtspunkt des europäischen Wettbewerbsrecht näher zu betrachten. Aus der europarechtlichen Einordnung des jeweiligen Aufgabenbereiches ergeben sich wesentliche Konsequenzen im Hinblick auf die Zulässigkeit ihrer staatlichen Finanzierung.

3.2 Dienstleistungen der TFW im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse

Zu den öffentlichen Aufgaben der Sicherung und Förderung des Gemeinwohls im allgemeinen Interesse werden die Aufgaben der Daseinsvorsorge gezählt. Die Wasserversorgung ist dabei ein Kernstück der Daseinsvorsorge und „besonders hochrangiges Gemeinwohlgut“.²⁴

Nach heutigem Stand des europäischen Rechts erbringen Unternehmen der Daseinsvorsorge im Kernbereich der Ver- und Entsorgung, wie also auch der Wasserversorgung, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Diese Unternehmen befinden sich damit im Regelungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex. Art. 86 Abs. 2 EGV). Diese Vorschrift räumt den Mitgliedsstaaten einen Handlungsspielraum dahingehend ein, bestimmte öffentliche Unternehmen als „Instrumente der Wirtschafts- und Sozialpolitik“ einzusetzen.²⁵

Art. 106 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass allgemeinwohlorientierte wirtschaftliche Dienstleistungen von den Wettbewerbsvorschriften, einschließlich des Beihilfenverbots, ausgenommen (freigestellt) werden können, wenn ein Unternehmen einerseits mit besonderen Allgemeinwohlaufgaben betraut ist und andererseits die Erfüllung der besonderen Aufgaben durch die Einhaltung der EU-Wettbewerbsregeln verhindert werden würde.

²² Zum Geschäftsjahr 2011 wurde der letzte bestätigte Jahresabschluss dem Rechnungshof vorgelegt.

²³ DAWI-Mitteilung C 8/4 v. 11. Januar 2012, DAWI-Beschluss L 3/7 vom 20. Dezember 2011, DAWI-Rahmen C 8/15 vom 11. Januar 2012 und der De-minimis-Verordnung für DAWI L 114/8 vom 25. April 2012.

²⁴ Jörg Rehberg, „Wasserrahmenrichtlinie und Privatisierungsfolgenrecht“, S. 98 ff.

²⁵ Thorsten Franz, „Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge“ S. 148 ff., vgl. auch EuGH, Urteil v. 21. September 1999 – Rs. C-67/96 – und EuGH 1999 I, S. 5751.

Freistellung bedeutet jedoch keine vorbehalt- und grenzenlose staatliche Finanzierungsmöglichkeit für DAWI. Vielmehr beschreiben Freistellungsakte erst die Voraussetzungen, bei deren strikter Einhaltung die gewährte staatlichen Finanzierung mit dem gemeinsamen Binnenmarkt vereinbar ist.

An den DAWI-Vorschriften müssen sich zum Beispiel auch die Investitionszuschüsse des TMLFUN zur Umsetzung des Konzepts zur Optimierung der Fernwasserversorgung in Ostthüringen messen lassen. Dem JAB 2011 war zu entnehmen, dass der TFW in diesem Jahr 8,0 Mio. € für den genannten Zweck zuzuflossen.

Diese Investitionszuschüsse wurden nicht nur 2011 gezahlt. Sie sind Bestandteil eines öffentlich-rechtlichen Vertrags über Zuwendungen des Freistaats Thüringen, vertreten durch das TMLFUN, und der TFW vom 28. November 2008 mit Gesamtausgaben von 53,57 Mio. € für die Maßnahme „Optimierung der Fernwasserversorgung in Ostthüringen“ im Zeitraum von 2008 bis 2012. Nach dem Vertrag sollte die TFW vom Freistaat Thüringen Zuwendungen aus dem Landeshaushalt Epl. 17, Kap. 16, Titel 894 01 im Wege der Projektförderung als Anteilsfinanzierung in Höhe von 59,73 % der entstehenden Ausgaben, höchstens jedoch 32 Mio. € erhalten. Mit der 1. Änderung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag über Zuwendungen vom 13. Juni/25. Juni 2012 wurde die Fördersumme auf 32,1 Mio. € erhöht und der Investitionszeitraum bis zum Jahr 2014 verlängert.

3.3 Hoheitliche Aufgaben der TFW

Der TFW obliegt es auch, Landesaufgaben - wie zum Beispiel den Hochwasserschutz und die Niedrigwasseraufhöhung – im Interesse des Gemeinwohls wahrzunehmen. Nach § 17 Abs. 2 ThürFWG i.V.m. der Rahmenvereinbarung vom 14. Januar 2003 erhält die TFW für die Erfüllung von diesen Aufgaben mit hoheitlichem Charakter Aufwandsentschädigungen und Zuschüsse zu Investitionen vom Land.

Einigkeit besteht, dass die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben keine unternehmerische Tätigkeit im Sinn es europäischen Wettbewerbsrechts darstellt.²⁶ Im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit ist die TFW im Übrigen auch von Körperschaftssteuer (gemäß § 4 Abs. 5 KStG) und Gewerbesteuer befreit. Ebenso gilt sie im hoheitlichen Bereich nach § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG nicht als Unternehmen im umsatzsteuerrechtlichen Sinn.

Die Finanzierung dieser Aufgaben erfolgt aus dem Landeshaushalt Epl. 09, Kap. 05, TGr. 86, Titel 671 und 893. Inwiefern jedoch alle nach § 17 Abs. 2 ThürTFW vom Land finanzierten Aufgaben tatsächlich hoheitliche Aufgaben darstellen und damit nicht den unternehmerischen Tätigkeiten zuzurechnen sind, hat der Rechnungshof nicht untersucht.

Die Festlegung der jährlichen Höhe der Aufwandsentschädigungen und der Zuschüsse errechnet sich aus den im jeweiligen Wirtschaftsplan der TFW veranschlagten Ausgaben. Dabei werden kostenstellenbezogen die konkreten Ausgaben in einen hoheitlichen und gewerblichen Bestandteil getrennt und dann entsprechend dem aufgesplitteten Verhältnis zugeordnet (Zuordnung nach Aufteilungsschlüssel). Außerdem wird zwischen einem investiven und einem nichtinvestiven Bereich unterschieden. Innerhalb des Wirtschaftsplanes legt die TFW auch jährlich einen Erfolgsplan „Hoheitlicher Bereich“ und einen Investitionsplan „Hoheitlicher Bereich“ vor.

3.4 Empfehlungen des Rechnungshofs

Der Rechnungshof hält es für geboten, die rechtliche Einordnung der verschiedenen Aufgabenbereiche der TFW mit Blick auf das europäische Wettbewerbsrecht zu überprüfen,

²⁶ Fritz Rittner, Meinrad Dreher, „Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung“, § 11 Rn. 33.

die staatliche Finanzierung von Aufgaben der TFW an den europarechtlichen Vorgaben auszurichten und das Rechnungswesen der TFW entsprechend zu organisieren.

Im hoheitlichen Aufgabenbereich der TFW ist aus Gründen der von der EU-KOM geforderten Transparenz der Finanzierung öffentlicher Unternehmen²⁷ die Höhe der staatlichen Finanzierung auf ihre Angemessenheit zu überprüfen, um eine unzulässige Quersubventionierung von nicht hoheitlichen Aufgaben zu vermeiden. Unabhängig davon sollte überprüft werden, ob alle in § 17 Abs. 2 ThürFWG genannten und damit staatlich finanzierten Aufgaben dem hoheitlichen Tätigkeitsgebiet zuzurechnen sind.

Soweit die TFW im Bereich der Wasserversorgung (Aufgaben § 4 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ThürFWG) tätig ist, erbringt sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Hier ist das neue DAWI-Vorschriftenpaket der EU-KOM zu beachten. Es konkretisiert, welche Art von staatlichen Ausgleichsleistungen für DAWI notifizierungsfrei gewährt werden können bzw. unter welchen Voraussetzungen notifizierungspflichtige Beihilfen als genehmigungsfähig gelten. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Vorschriften ist z.B. das Vorliegen eines Betrauungsaktes und dessen Befristung auf höchstens 10 Jahre.

Darüber hinaus müssen die DAWI von anderen gewerblichen Aufgaben, die den Wettbewerbsregeln voll unterliegen, strikt mit einer Trennungsrechnung abgegrenzt werden.

Der Rechnungshof rät daher auch zur zeitnahen Erhebung, welche Aufgaben der TFW vollumfänglich dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen sind und deshalb im Rechnungswesen von den DAWI getrennt geführt werden müssen. Eine solche Überprüfung liegt u.a. bei den folgenden Aufgaben nahe: „Abgabe von elektrischer Energie“, „energetische Nutzung der Wasserkraft in Pumpspeicherwerken“ und „Übernahme von Leistungen bei Planung und Unterhaltung von Stauanlagen anderer Betreiber“.

Das Kollegium des Thüringer Rechnungshofs

Dr. Dette

Gerstenberger

Behrens

Butzke

²⁷ Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.