



# Rechtliches Gutachten

zu der Frage, ob und inwieweit die kommunale Wasserwirtschaft in Deutschland durch Ausnahmeregelungen in JEFTA von Liberalisierungsverpflichtungen ausgenommen wird.

# Rechtliches Gutachten zu der Frage, ob und inwieweit die kommunale Wasserwirtschaft in Deutschland durch Ausnahmeregelungen in JEFTA von Liberalisierungsverpflichtungen ausgenommen wird.

Vorgelegt von  
Univ.-Professorin Dr. Silke Ruth Laskowski  
Universität Kassel  
Institut für Wirtschaftsrecht  
FG Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, insb. Umweltrecht  
Untere Königsstr. 71  
D-34117 Kassel  
Laskowski@uni-kassel.de

V.i.S.d.P.: Campact e.V., Felix Kolb, Artilleriestraße 6, 27283 Verden

<b>Inhalt</b>	
<b>A. Einleitung und Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>B. Gutachten</b>	<b>5</b>
<b>I. Vorbemerkung</b>	<b>5</b>
1. EU-Freihandelsabkommen und Daseinsvorsorge	5
2. EU-Freihandelsabkommen und primärrechtliche Bindung	9
3. Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland (Daseinsvorsorge)	10
a. Öffentliche Wasserversorgung	11
b. Öffentliche Abwasserentsorgung	13
c. Vorsorgender, nachhaltiger Gewässerschutz	15
d. Wasserwirtschaftliche Daseinsvorsorge der Kommunen	16
<b>II. Wird der Status Quo der kommunalen Wasserwirtschaft in Deutschland als Daseinsvorsorgebereich gem. Art. 28 Abs. 2 GG und seine Einbindung in den vorsorgenden und nachhaltigen Gewässerschutz nach Maßgabe der WRRL 2000/60/EG, des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) und der Landeswassergesetze durch Vorbehalte in Annex II ausreichend geschützt?</b>	<b>18</b>
1. Ausnahme vom Anwendungsbereich für wasserwirtschaftliche Dienstleistungen als Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt?	19
2. Keine Regelung zur nichtkommerziellen Nutzung der Ressource Wasser	23
3. Kein Schutz der Umweltressource Wasser durch Kapitel 16 „Handel und Nachhaltige Entwicklung“	24
4. Begrenzter Schutz durch „Allgemeine Ausnahmen“ i.V.m. Art. XX GATT/Art. XIV GATS	25
5. Anhang 8-B, Listen für Kapitel 8: Anhang I, Anhang II	29
a. Anhang I – Vorbehalte in Bezug auf bestehende Maßnahmen	30
b. Anhang II – Vorbehalte in Bezug auf künftige Maßnahmen	30
(1) Vorbehalt Nr. 1 – Daseinsvorsorgevorbehalt der EU	31
(2) Vorbehalt Nr. 15 – Umweltdienstleistungen EU / Deutschland	32
(3) Vorbehalt Nr. 21 – Wasser EU	32
<b>C. Ergebnis</b>	<b>32</b>

## A. Einleitung und Fragestellung

Am 17.07.2018 wurde das *Wirtschaftspartnerschaftsabkommen* zwischen der EU und Japan (*WPA*) – oder auch *Japan-EU Free Trade Agreement (JEFTA)* – unterzeichnet. Der WPA-/JEFTA-Text findet sich im Anhang des Vorschlags der Europäischen Kommission für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen der Europäischen Union und Japan vom 18.04.2018, COM/2018/192 final – 2018/0091 (NLE), abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52018PC0192#document2> (12.10.2018).

Grundlage bildet ein Verhandlungsmandat aus dem Jahre 2012, das 2017 erstmals veröffentlicht wurde.

Aus JEFTA ausgeklammert wurden die noch nicht abschließend geklärten Bereiche „Investitionsschutz“, „Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren“ sowie das „privates Schiedsgericht“ bzw. „Sondergericht“. Diese Bereiche sollen in einem eigenen Abkommen zu einem späteren Zeitpunkt geregelt werden, die Verhandlungen darüber dauern noch an, vgl. *European Commission*, EU-Japan investment negotiations, 11.07.2018, abrufbar unter <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1888> (20.08.2018).

In der Begründung des Vorschlags für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen der Europäischen Union und Japan vom 18.04.2018 findet sich dazu folgender Hinweis:

*„Das WPA enthält weder Normen für den Investitionsschutz noch Bestimmungen zur Streitbeilegung in diesem Bereich, weil die noch laufenden Verhandlungen über diese Themen zum Zeitpunkt des Abschlusses der WPA-Verhandlungen nicht hätten abgeschlossen werden können. Im Hinblick auf ihr klares gemeinsames Bekenntnis zu einem stabilen und sicheren Investitionsumfeld in der Union und in Japan setzen sich beide Seiten entschieden dafür ein, die Verhandlungen zum Investitionsschutz so schnell wie möglich abzuschließen. Der einmal vereinbarte Investitionsschutz wird deshalb in Form eines eigenen bilateralen Investitionsabkommens vorliegen.“*, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM:2018:0192:FIN>.

JEFTA soll 2019 in Kraft treten.

Ohne Regelungen zum Schutz von Direktinvestitionen in Form von Portfolioinvestitionen und zu Investor-Staat-Streitigkeiten, die nach dem EuGH-Gutachten 2/2015 („Singapur“) in die zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten fallen, gilt JEFTA als sog. EU-only-Abkommen. Infolgedessen bleiben die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten ohne Mitspracherechte, denn ihre Zustimmung zu JEFTA ist – anders als bei CETA – nicht erforderlich. JEFTA bedarf lediglich der Zustimmung des Europäischen Parlaments (EP).

Damit das Freihandelsabkommen JEFTA 2019 in Kraft treten kann, muss das EP gem. Art. 218 Abs. 6 AEUV dem völkerrechtlichen Abkommen zustimmen. Bereits am 6.07.2018 hatte der Rat daher die Einholung der Zustimmung des EP beschlossen. Die Abstimmung des EP ist für Dezember 2018 vorgesehen. Voraus geht am 05.11.2018 der Beschluss des zuständigen EP-Ausschusses für internationalen Handel (INTA). Nach dem am 06.09.2018 veröffentlichten INTA-Beschlussentwurf vom 05.09.2018 (INTA/8/12821; Berichterstatter: Pedro Silva Pereira) bewertet INTA JEFTA positiv und empfiehlt dem EP, JEFTA zuzustimmen.

Demgegenüber kritisieren zahlreiche Verbände und Gruppen der Zivilgesellschaft JEFTA in Bezug auf den Daseinsvorsorgebereich der öffentlichen Wasserwirtschaft. Sie lehnen JEFTA ab, weil sie wirksame Ausnahmen und Schutzmaßregelungen für die Naturressource Wasser und den öffentlichen Wassersektor (Wasser und Abwasser) vermissen und daher die Gefahr der Liberalisierung, Privatisierung und Kommerzialisierung der öffentlichen Ver- und Entsorgungsdienstleistungen sehen, vgl. z.B. *Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft – AöW* –, AöW-Stellungnahme zum Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen der Europäischen Union und Japan vom 14.05.2018, abrufbar unter [www.aew.de](http://www.aew.de) (20.08.2018); *Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft – BDEW* –, Positionspapier abrufbar unter [www.bdew.de](http://www.bdew.de) (20.08.2018); Stellungnahme von *Emschergenossenschaft und Lippeverband*, <https://www.zfk.de/artikel/westfaelische-wasserverbaende-kritisieren-jefta-abkommen-2018-07-04/>

Die Europäische Kommission betrachtet die öffentliche Wasserwirtschaft in der Union als ausreichend geschützt durch die in JEFTA-Anhang II geregelten Ausnahmen (vgl. *Europäische Kommission/Vertretung in Deutschland*, Klarstellung: EU-Japan-Abkommen führt nicht zur Wasserprivatisierung vom 06.07.2018, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/germany/news/20180706-eu-japan-abkommen\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/20180706-eu-japan-abkommen_de) (20.08.2018)).

Auch die deutsche Bundesregierung (federführend: Bundeswirtschaftsministerium) sieht die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung insbesondere durch die Ausnahmeregelungen in JEFTA-Anhang II als ausreichend geschützt an, vgl. Antwort der Bundesregierung vom 21.06.2018 auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, Freihandelsabkommen EU-Japan (JEFTA – BT-Drs. 19/2366), BT-Drs. 19/2944, S. 5-8 und die Antworten der Bundesregierung auf die Fragen Nr. 87, 88 der BT-Abg. Britta Haßelmann (B90/Die Grünen), BT-Drs. 19/3384 vom 13.07.2018.

Vor diesem Hintergrund untersucht das vorliegende Gutachten folgende Fragen:

1. Wird der Status Quo der kommunalen Wasserwirtschaft in Deutschland als Daseinsvorsorgebereich gem. Art. 28 Abs. 2 GG und seine Einbindung in den vorsorgenden und nachhaltigen Gewässerschutz nach Maßgabe der WRRL 2000/60/EG, des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) und der Landeswassergesetze durch Vorbehalte in Annex II ausreichend geschützt?
2. Bleibt der Handlungsspielraum des Staates (Bund, Länder, Kommunen) in Bezug auf künftige Maßnahmen erhalten, die aus Gründen der Daseinsvorsorge und des Umweltschutzes, insbesondere des Gewässerschutzes, erforderlich werden?

## B. Gutachten

### I. Vorbemerkung

#### 1. EU-Freihandelsabkommen und Daseinsvorsorge

EU-Freihandelsabkommen wie JEFTA und CETA sind auf eine Liberalisierung des Handels mit Waren und Dienstleistungen ausgerichtet. Infolgedessen werden alle regulativen Handelsbeschränkungen prinzipiell als Handelshemmnisse betrachtet, die es abzubauen gilt. Dazu zählen Zölle und zollgleiche Abgaben, mengenmäßige Beschränkungen

und Maßnahmen gleicher Wirkung (Quoten, Kontingente, Standards = technische Mindestvorschriften), Steuern, Subventionen und Währungsmaßnahmen (z.B. Kapitalverkehrsbeschränkungen).<sup>1</sup> Dementsprechend enthalten diese Abkommen Vorschriften, die den staatlichen Regulierungsspielraum u.a. für Dienstleistungen einschränken sollen. Betroffen ist davon auch der in vielen – insb. romanischen – Mitgliedstaaten bedeutende öffentliche Wirtschaftssektor, der Bereiche der Daseinsvorsorge umfasst. In Frankreich ist dafür der Begriff „service public“ gebräuchlich, den auch die Europäische Kommission im Kontext von Daseinsvorsorge verwendet.<sup>2</sup>

Gemeinwohlbezogene Daseinsvorsorgeaufgaben werden in der Regel von öffentlichen Einrichtungen oder öffentlichen Unternehmen mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen wahrgenommen. Sie arbeiten primär nicht gewinnorientiert, sondern mit dem Ziel der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung zu einem erschwinglichen Preis.<sup>3</sup> Öffentliche Einrichtungen, die solche Dienstleistungen im gemeinwirtschaftlichen Sinne erbringen, werden von den Mitgliedstaaten mit Ausschließlichkeitsrechten versehen oder zumindest rechtlich weitgehend gegen Wettbewerb abgeschirmt, auch um verlustbringende Geschäftsbereiche mit Hilfe profitabler Bereiche quersubventionieren zu können.<sup>4</sup> Private können prinzipiell in die Aufgabenerledigung eingebunden werden, auch durch Übertragung der Aufgabenwahrnehmung kraft Hoheitsakts für einen begrenzten Zeitraum („Konzessionen“)<sup>5</sup>; die Aufgabenwahrnehmung erfährt dadurch eine gewisse Kommerzialisierung, denn die übernommene Dienstleistung muss für die Privaten profitabel sein.

Soweit Freihandelsabkommen Schutzinstrumente für gemeinwirtschaftliche öffentliche Dienstleistungen („Daseinsvorsorge“) enthalten, haben sie generell einen defensiven Charakter – es handelt sich um Ausnahme- und Rechtfertigungsklauseln zugunsten öffentlicher Dienstleistungen, die typischerweise eng ausgelegt werden. Dabei trägt regelmäßig der Vertragspartner bzw. der Staat, der sich auf Ausnahmeregelungen beruft, die Darlegungs- und Beweislast, dass die Ausnahmeregelung auch wirklich einschlägig ist; diese Ausnahmeregelungen sind anfällig für Rechtsstreitigkeiten.<sup>6</sup> Drei unterschiedliche

1 Vgl. Haltern, in: Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 33 Rn. 21 ff.

2 EU-Komm., Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABL. 1996 Nr. C 281 S. 3, Rn. 11; dies. Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20.09.2000, KOM (2000) 580 endg., Rn. 1 u. Anh. II.

3 EuG, verb. Rs. T-528/93 u.a., Slg. 1996, II-649, Rn. 116 – Métropole télévision.

4 Jung in: Calliess/ Ruffert EUV / AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 14 Rn. 1; beihilferechtlich können sich Probleme ergeben, da Quersubventionen als staatliche Kapitalzuführung betrachtet werden können; die Höhe des Ausgleichs darf daher nicht über die zur Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung erforderlichen Kosten unter Berücksichtigung dabei erzielter Einnahmen plus angemessener Rendite hinausgehen, vgl. Gemeinschaftsrahmen für staatl. Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentl. Dienstleistungen gewährt werden, ABL. EU Nr. C 297/4 v. 29.11.2005, Rn. 15 und Transparenzrichtlinie 2005/81/EG, ABL. Nr. L 312 v. 29.11.2005, kodifiz. Fassung RL 2006/111/EG, ABL. 2006 Nr. L 318 v. 17.11.2006, S. 17.

5 Zur Bedeutung von Konzessionsverträgen bei der Erfüllung kommunaler Daseinsvorsorgeaufgaben vgl. Wieland, Der Abschluss von Konzessionsverträgen als Teil der gemeindlichen Selbstverwaltung, DÖV 2015, 169 ff.

6 Krajewski/Kynast, Auswirkungen des transatlantischen Handels- und Investitionsschutzabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen in Europa, Gutachten i.A.d. Hans Böckler Stiftung, 2014, S. 13 ff.

Schutzinstrumente zugunsten öffentlicher Dienstleistungen lassen sich im Wesentlichen unterscheiden: sachliche und funktionale Ausnahmeklauseln, Begrenzungen von Verpflichtungen und Rechtfertigungsregelungen.<sup>7</sup> Dieser Regelungssystematik folgt JEFTA, ebenso wie zuvor CETA.

JEFTA und CETA zählen zu den Freihandelsverträgen der „neuen Generation“ und regeln zunächst, wie andere Freihandelsverträge auch, allgemeine Liberalisierungspflichten für den Warenhandel und Dienstleistungshandel wie den Zollabbau, Marktzugang und Nichtdiskriminierungsgrundsätze, d.h. die Grundsätze der Inländergleichbehandlung (oder auch Inländerbehandlung, „national treatment“ = ausländische und inländische Anbieter müssen grundsätzlich gleich behandelt werden) und der Meistbegünstigung („most favored nation“ = Vertragsstaaten verpflichten sich, diejenigen Handelsvorteile, die sie einem Handelspartner gewähren, auch automatisch allen anderen Vertragspartnern zu gewähren). Dabei orientiert sich JEFTA, ebenso wie CETA, an den Vorgaben internationaler Abkommen des Welthandelsrechts im Rahmen der WTO, vgl. Art. 1 GATT, Art. II GATS, Art. 4 TRIPS. JEFTA und CETA gehen aber darüber hinaus: Man spricht deshalb auch von so genannten „WTO plus-Abkommen“, da sie inhaltlich über die WTO-Agenda hinausgehen.<sup>8</sup> Sektoren der Daseinsvorsorge werden, so *EU Handelskommissarin Cecilia Malmström* 2015, „grundsätzlich von den EU-Handelsabkommen abgedeckt“.<sup>9</sup> Das gilt auch für JEFTA.

JEFTA enthält – anders als CEFTA – keine speziellen Investitionsschutzregelungen in Kapitel 8, die die „billige und gerechte Behandlung“ vorschreiben (vgl. Art. 8.10 CETA), sowie das Verbot „direkter und indirekter Enteignungen“ (vgl. Art. 8.12 CETA); zudem ist in CETA zur Durchsetzung des Investitionsschutzes ein sog. Investor-Staat-Sondergerichtsverfahren vorgesehen, das Investoren (Unternehmen) die Möglichkeit bietet, die Vertragspartner Kanada und EU einschließlich EU-Mitgliedstaaten vor einem nebenstaatlichen Sondergericht zu verklagen.<sup>10</sup>

Solche Investitionsschutzregelungen sollen in einem separaten „JEFTA II“-Abkommen geregelt werden; „JEFTA II“ wird die JEFTA-Regelungen ergänzen.

Die im JEFTA (wie auch in CETA, TTIP und TiSA) verwendeten Begriffe orientieren sich an den Begriffen des WTO-Rechts. Das hier im Vordergrund stehende JEFTA-Kapitel 8 „Dienstleistungen, Liberalisierung von Investitionen und elektronischer Geschäftsverkehr“ nimmt in Art. 8.1 Abs. 1 JEFTA direkt auf das WTO-Recht Bezug. Für den Handel mit Dienstleistungen ist das GATS einschlägig. Als Dienstleistungshandel wird dort gem. Art. I Abs. 2 GATS i.V.m. Art. XXVIII lit. b) GATS die „Erbringung einer Dienstleistung“, d.h.

7 Krajewski/Kynast, S. 15.

8 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Aktuelle Freihandelsverhandlungen, www.bmwi.de (15.10.2018).

9 So Kommissarin Malmström in dem Antwortschreiben an Peter Simon, MdEP vom 18.03.2015, S. 1.

10 Problematisch in Bezug auf die „Autonomie des Rechtssystems der Union“, die allein durch den EuGH gesichert wird. Der EuGH betont, dass die „Autonomie des Unionsrechts“ durch den Beitritt der Union zu einem internationalen Übereinkommen nicht beeinträchtigt werden darf, Art. 344 AEUV, Gutachten 2/13, Rn. 194ff., 199, 201, 201, 207. In der aktuellen Achmea-Entscheidung vom 06.03.2018, Rs. C-284/16, hat der EuGH geklärt, dass Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren in bilateralen Investitionsschutzverträgen zwischen den EU-Mitgliedstaaten (sog. Intra-EU-BITs) die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigen und daher unionsrechtswidrig sind.

Produktion, Vertrieb, Vermarktung, Verkauf oder Bereitstellung von Dienstleistungen in einer der vier Varianten verstanden:

- *grenzüberschreitende Erbringung (Modus 1)*, d.h. von einem Hoheitsgebiet in ein anderes. Allerdings überschreitet nur die Dienstleistung selbst die Grenze, nicht jedoch der Dienstleistungserbringer oder der Dienstleistungsempfänger, z.B. Internet, Telefon;
- *Inanspruchnahme/Konsum im Ausland (Modus 2)*, d.h. der Dienstleistungsempfänger selbst überschreitet die Grenze und empfängt die Leistung im Ausland (entspricht „passiver Dienstleistungsfreiheit“ i.S.d. Art. 57 AEUV), z.B. Hotelzimmer im Ausland von inländischem Touristen benutzt;
- *Kommerzielle Anwesenheit/Direktinvestition im Ausland (Modus 3)*, d.h. der Dienstleistungserbringer errichtet eine juristische Person/ein Unternehmen im Ausland oder gründet dort eine Zweigstelle oder Repräsentanz, um eine Leistung zu erbringen – also regelmäßig verbunden mit einer Direktinvestition im Ausland, so dass hier Investitionsschutz relevant wird;
- *Anwesenheit natürlicher Personen (Modus 4)*, d.h. der Dienstleistungserbringer ist eine natürliche Person, die sich zur Leistungserbringung im Ausland aufhält und dort tätig wird, entweder abhängig beschäftigt oder unabhängig, also i.V.m. dem (temporären) Aufenthalt im anderen Staat – daher sind regelmäßig auch einwanderungspolitische Fragen betroffen.<sup>11</sup>

Im Hinblick auf JEFTA und die öffentliche Wasserwirtschaft steht Modus 3 im Vordergrund. JEFTA basiert, ebenso wie CETA – anders als das GATS („Positivlisten“) – auf einem **Negativlistenansatz**. Negativlisten benennen diejenigen Bereiche, die von (bestimmten) Liberalisierungspflichten ausgenommen werden; alles, was dort nicht ausdrücklich genannt ist, unterliegt automatisch den Liberalisierungspflichten des Abkommens („list it or loose it“).<sup>12</sup> Für die in Kapitel 8 „Dienstleistungen, Liberalisierung von Investitionen und elektronischer Geschäftsverkehr“ JEFTA geregelten Liberalisierungspflichten in Bezug auf Dienstleistungen und Investitionen sind die in Anhang 8-B gelisteten Vorbehalte (Ausnahmen) für bestimmte JEFTA-widrige Maßnahmen (Gesetze, Verwaltungsakte etc.) relevant. Anhang 8-B regelt in Anhang I „Vorbehalte in Bezug auf bestehende Maßnahmen“ für die EU und die Mitgliedstaaten, in Anhang II „Vorbehalte in Bezug auf künftige Maßnahmen“ der EU und der Mitgliedstaaten. Dieser Anhang steht im Folgenden im Vordergrund.

Andere EU-Handelsabkommen basieren teils auf Negativlisten, wie JEFTA und CETA, teils auf Positivlisten, wie das Abkommen mit Singapur<sup>13</sup> oder auf sog. Hybridmodellen, in denen Nichtdiskriminierungsvorschriften in einer Negativliste, Marktzugangsbestimmungen hingegen in einer Positivliste geregelt sind; TTIP und TiSA werden bzw. wurden auf Basis des Hybridmodells verhandelt.<sup>14</sup>

11 Vgl. Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, § 2 Rn. 439.

12 Vgl. Krajewski, Öffentliche Dienstleistungen in EU-Freihandelsverträgen, ZögU 2015, 21, 22.

13 Umstritten war, ob es sich um ein „gemischtes Abkommen“ handelt. Der EuGH hat dies in dem Gutachten 2/15 vom 16.05.2017 nun bejaht – maßgeblich waren die in dem Freihandelsabkommen der EU mit Singapur geregelten ausländischen Direktinvestitionen („Portfolioinvestitionen“) und die Regelung zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten. Das Gutachten ist abrufbar unter curia.europa.eu.

14 Vgl. Krajewski, Öffentliche Dienstleistungen in EU-Freihandelsverträgen, ZögU 2015, 21, 22.

Im Hinblick auf öffentliche Dienstleistungen der kommunalen wasserwirtschaftlichen Daseinsvorsorge steht Kapitel 8 „Dienstleistungen, Liberalisierung von Investitionen und elektronischer Geschäftsverkehr“ i.V.m. Anhang II der EU und Deutschlands im Vordergrund.

## 2. EU-Freihandelsabkommen und primärrechtliche Bindung

Nach Art. 216 Abs. 2 AEUV binden die von der EU geschlossenen Übereinkünfte, zu denen JEFTA zählt, sowohl die Organe der EU als auch die Mitgliedstaaten auf allen Ebenen (national, regional, lokal). JEFTA gibt damit die gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV für die Mitgliedstaaten verbindlichen Liberalisierungsverpflichtungen vor, von denen die Mitgliedstaaten und deren Behörden inhaltlich nicht mehr abweichen können. Die Bundesrepublik Deutschland ist anschließend gem. Art. 4 Abs. 3 EUV („Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“) verpflichtet, die JEFTA-Regelungen effektiv umzusetzen und anzuwenden („effet utile“).<sup>15</sup> Damit erlegt Art. 4 Abs. 3 EUV allen mitgliedstaatlichen Einrichtungen mit Inkrafttreten von JEFTA die primärrechtliche Pflicht zur Umsetzung und Anwendung der JEFTA-Regelungen auf,<sup>16</sup> die mit Inkrafttreten Teil des Unionsrechts werden.<sup>17</sup> Ein inhaltlicher Ermessensspielraum der staatlichen Einrichtungen besteht insoweit nicht. Die völkerrechtlichen Regelungen gehen im Übrigen dem EU-Sekundärrecht (EU-Richtlinien, EU-Verordnungen etc.) vor.

Die primärrechtliche Bindung betrifft die Institutionen der Mitgliedstaaten auf allen Ebenen (Bund, Länder, Gemeinden). Kommunen und kommunale Einrichtungen der öffentlichen Wasserwirtschaft (öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung), aber auch öffentlich-rechtliche Zweckverbände oder Wasserverbände wie die Emschergenossenschaft und der Lippeverband in Nordrhein-Westfalen (Körperschaften des Öffentlichen Rechts gem. § 1 Abs. 1 S. 1 EmscherGG, § 1 Abs. 1 S. 1 LippeVG, Teil der mittelbaren Staatsverwaltung der Bundesrepublik Deutschland – „funktionale Selbstverwaltung“ –, d.h. Behörden)<sup>18</sup> sind an die JEFTA-Liberalisierungspflichten gebunden und verpflichtet, sie umzusetzen, Art. 207 EAUV, Art. 4 Abs. 3 EUV.

JEFTA regelt die Verpflichtung der Vertragsparteien zur wirksamen Umsetzung des Abkommens zudem ausdrücklich in Kapitel 1 („Allgemeine Bestimmungen“) Art. 1.7. („Erfüllung von Pflichten und übertragene Befugnisse“). Die Verpflichtung bezieht sich gem. Art. 1.7 Abs. 3 klarstellend auf „öffentliche Stellen gleich welcher Zuständigkeitsebene“ sowie auf „nichtöffentliche Stellen in Ausübung der ihnen von der Vertragspartei übertragenen Befugnisse“ auch dann, wenn die genannten Stellen die JEFTA-Regelungen nicht einhalten.

Der Umsetzungsdruck wird weiter erhöht werden durch künftige, derzeit noch verhandelte Regelungen im „JEFTA II“-Abkommen zum Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren, das die JEFTA-Regelungen ergänzen wird. Als Vorlage dürften die entsprechenden CETA-Regelungen dienen.

15 Vgl. EuGH, verb. Rs. 205 bis 215/82, Slg. 1983, 2633 Rn. 17 – Deutsche Milchkontor.

16 Vgl. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1252, 1270 – Costa E.N.E.L.

17 Vgl. std. Rspr. des EuGH seit EuGH Rs. 181/73, Slg. 1974, 449 Rn. 2, Rn. 6 – Haegeman

18 Vgl. BVerfGE 107, 59.

Es erscheint daher keinesfalls ausgeschlossen, dass auch Handlungen und Entscheidungen der Kommunen (Zweckverbände oder Wasserverbände), die die gemeinwohlbezogene öffentliche Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung betreffen, künftig gegen wirtschaftsliberale JEFTA-Verpflichtungen verstoßen und dadurch unterschiedliche Sanktionen auslösen können. Hier bestehen verschiedenen Überschneidungsmöglichkeiten. Dies zeigt ein Blick auf den Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland.

### 3. Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland (Daseinsvorsorge)

Die öffentliche Wasserwirtschaft zählt zu den Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge, die von der Selbstverwaltungsgarantie gem. Art. 28 Abs. 2 GG erfaßt werden. Sowohl Dienstleistungen der öffentlichen Wasserversorgung als auch die der öffentlichen Abwasserentsorgung werden umfaßt.<sup>19</sup> Gleichzeitig fallen die Daseinsvorsorgeleistungen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung in den Aufgabenbereich der staatlichen Gewässerbewirtschaftung i.S.d. Wasserhaushaltsgesetzes (WHG), das dem Schutz der Oberflächengewässer und des Grundwassers dient und im Wesentlichen die europarechtlichen Vorgaben der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG (WRRL) umsetzt. Die öffentliche Wasserversorgung ist seit der WHG-Novelle 2010<sup>20</sup> erstmals bundesgesetzlich in § 50 WHG geregelt, die Abwasserentsorgung bereits seit 1976 in § 56 WHG (zuvor: § 18a WHG a.F.). Aus Sicht der WRRL handelt es sich dabei um „Wasserdienstleistungen“ i. S. v. Art. 2 Nr. 38 WRRL, die in den Anwendungsbereich der WRRL fallen. Darunter werden alle Dienstleistungen verstanden, „die für Haushalte, öffentliche Einrichtungen oder wirtschaftliche Tätigkeiten jeder Art folgendes zur Verfügung stellen: a) Entnahme, Aufstauung, Speicherung, Behandlung und Verteilung von Oberflächen- oder Grundwasser; b) Anlagen für die Sammlung und Behandlung von Abwasser, die anschließend in Oberflächengewässer einleiten“.

Der Kreis der hier tätigen Dienstleister wird begrenzt durch die Vorgaben des Art. 28 Abs. 2, Abs. 1 GG, der §§ 50 und 56 WHG i.V.m. Landeswasser- und Kommunalrecht sowie in Bezug auf die Trinkwasserversorgung zusätzlich durch die Wettbewerbsausnahmen in den §§ 31 ff. GWB. Die Leistungserbringung gegenüber der Bevölkerung obliegt den Gemeinden oder anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Zweckverbänden oder Wasserverbänden, z.B. der sondergesetzlichen Emschergenossenschaft in NRW), die als staatliche Stellen diese Dienstleistungen in demokratisch verantworteter und demokratisch kontrollierter Weise entweder selbst oder – soweit zulässig – mit Hilfe von Privaten im Rahmen ihrer Organisationsfreiheit bereitstellen müssen, Art. 28 Abs. 2, Abs. 1, Art. 20, Art. 2 Abs. 2, Art. 1 Abs. 1 GG. Es handelt sich um kommunale Pflichtaufgaben i.S.v. §§ 50, 56 WHG i.V.m. Art. 28 Abs. 2 GG, die die Kommunalverwaltung regelmäßig gegenüber ihrer örtlichen Bevölkerung erbringen muss und die nach geltendem Recht im Rahmen von Gebietsmonopolen erbracht werden dürfen. Dabei sind die kommunalen Dienstleister an die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes gebunden, insbesondere an den Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 3 GG, so dass allen Einwohner/innen gleichermaßen der Zugang zu einer angemessenen Grundversorgung mit Wasser- und Abwasserdienstleistungen gewährt werden muss. Dies gilt auch dann, wenn kommunale Wasserversorgungsunternehmen in privatrechtlicher Organisationsform agieren („keine

19 Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 50 Rn. 11 ff.; § 56 Rn. 5 ff., 22 ff.

20 Vgl. Art. 1 Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts, BGBl. 2009 I, S. 2585.

Flucht in das Privatrecht“) oder die Kommunen sich privater Helfer bedienen („Vergabe von Konzessionen in der Wasserversorgung“). Die staatliche Letztverantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der Daseinsvorsorgeaufgaben trifft regelmäßig die Kommunen, welche den Ländern zugerechnet werden („Erfüllungsverantwortung“).<sup>21</sup>

#### a. Öffentliche Wasserversorgung

Die „öffentliche Wasserversorgung“ zählt als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft zum Aufgabenbereich der kommunalen Daseinsvorsorge (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG).<sup>22</sup> Sie umfasst die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung i.S.v. § 50 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz (WHG). Darunter wird die nicht nur vorübergehende unmittelbare Versorgung anderer mit Trink- und Brauchwasser verstanden, meist durch eine zentrale Versorgungseinrichtung, die das für den Lebensbedarf benötigte Wasser in ausreichender Menge und hinreichender Güte, jederzeit und an jedem Ort zur Verfügung stellt, vgl. § 5 AVBWasserV.<sup>23</sup>

Die Anschlussrate liegt in Deutschland bei 99 Prozent. Qualität – nach Maßgabe der Trinkwasserverordnung 2001<sup>24</sup> – und Versorgungssicherheit der Trinkwasserleistungen in Deutschland gelten als sehr gut.<sup>25</sup> Hier steht die langfristige Sicherung einer gesundheitlich unbedenklichen Trinkwasserqualität ohne aufwändige Aufarbeitungsprozeduren für das Rohwasser im Vordergrund.<sup>26</sup> Ein gewandeltes Umweltbewusstsein führt inzwischen zu einem kontinuierlichen Rückgang des Wasserverbrauchs, der aktuell im Durchschnitt bei 121 Litern pro Tag/Person liegt. Wasserverluste (Rohrbrüche, Leckage) wurden durch die Versorgungseinrichtungen inzwischen stark reduziert (1998: 600 Mio. m<sup>3</sup>, 2007: 462 Mio. m<sup>3</sup>).<sup>27</sup>

21 Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 50 Rn. 11 ff.; § 56 Rn. 5 ff., 22 ff.; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 701 ff.

22 BVerwGE 98, 273, 275; 122, 350, 354 f.; Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 11, 13a; näher Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 146 ff.

23 VO über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) v. 20.06.1980. Sie regelt die Vertragsbedingungen für den Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung und die Versorgung mit Wasser zwischen Wasserversorgungsunternehmen und Endabnehmer/innen sowohl für privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Versorgungsverhältnisse, §§ 1, 35 AVBWasserV. Dazu Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 6 Rn. 40, § 50 Rn. 4; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 702; VGH München, ZfW 1996, 390.

24 VO über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch, neu gefasst durch Bekanntmachung vom 10.03.2016, BGBl. 2016 I, S. 459, zuletzt geändert am 03.01.2018, BGBl. 2018 I, S. 99. Sie setzt die EG-TrinkwasserRL 98/83/EG um, i.d.F.d. VO (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.06.2009, ABL. L 188 v. 18.07.2009, S. 14. Die Kommission hat am 01.02.2018 einen Entwurf zur Novellierung der TrinkwasserRL vorgestellt, um die Qualität und den Zugang zu Trinkwasser für alle Europäer/innen zu verbessern, COM(2018) 753 final. Die TrinkwasserVO setzt zudem die RL 2013/51/EURATOM des Rates v. 22.10.2013 zur Festlegung von Anforderungen an den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung hinsichtlich radioaktiver Stoffe in Wasser für den menschlichen Gebrauch um, ABL. L 296 v. 07.11.2013, S. 12.

25 Vgl. BMU/UBA (Hrsg.), Wasserwirtschaft in Deutschland. Organisation. Belastungen. Maßnahmen, 2017, S. 166.

26 Kriener, Wasserversorgung von Ballungsräumen, 2004, S. 57 ff.

27 UBA, Daten zur Umwelt, Öffentliche Wasserversorgung, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/wasserwirtschaft/oeffentliche-wasserversorgung>.

Die Trinkwasserpreise gelten als nahezu stabil: 1.000 Liter Trinkwasser kosten durchschnittlich 1,69 €, die Grundgebühr pro Jahr beträgt durchschnittlich 70,98 € (2013).<sup>28</sup> Allerdings fallen die Trinkwasserpreise angesichts regionaler Besonderheiten (Qualität der Wasserressourcen) zum Teil durchaus unterschiedlich aus. Der rechtliche Maßstab für die Berechnung der Gebühren ergibt sich aber einheitlich aus dem abgabenrechtlichen Kostendeckungsgrundsatz, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Äquivalenzprinzip, so dass die Gebührens berechnung einerseits kostendeckend, andererseits sozial verträglich („angemessen“, „erschwinglich“) erfolgen muss. Dieser Maßstab gilt im Kern auch bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, denn auch privatrechtliche Entgelte für Daseinsvorsorgeleistungen unterliegen den grundlegenden Prinzipien öffentlicher Finanzgebarung.<sup>29</sup>

Etwas anderes galt für das Sondermodell der 1999 (teil)privatisierten Wasserversorgung in Berlin. Der Wasserpreis stieg seit 2001 um etwa 35 Prozent und lag 2006 bei 2,31 €/m<sup>3</sup>, er liegt seit 2010 bei 2,19 €/m<sup>3</sup> (01.01.2013).<sup>30</sup> Der ungewöhnliche Preisanstieg wurde auf den implementierten Kommerzialisierungsansatz („Nachteilsausgleich“ für die Privatinvestoren RWE und Veolia, § 27 Abs. 3 Konsortialvertrag) zurückgeführt, der in der herkömmlichen Gebührenberechnung fehlt.<sup>31</sup> 2010 wurde ein Missbrauchsverfahren wegen überhöhter Trinkwasserpreise durch das Bundeskartellamt gegen die privatisierten Berliner Wasserbetriebe (formell weiterhin eine Anstalt des öffentlichen Rechts, Beteiligung des Landes Berlin: 50,1 Prozent) eingeleitet, infolgedessen kam es im Juni 2012 zu einer Preissenkungsverfügung für die Jahre 2012 bis 2015 i.H.v. 254 Mio. Euro („Missbrauchsaufsicht“), die im Februar 2014 vom OLG Düsseldorf bestätigt wurde. Vor diesem Hintergrund hat der Berliner Senat im Dezember 2013 die Rekommunalisierung der Ber-

28 Statistisches Bundesamt, Zahlen und Fakten, Gesamtwirtschaft und Umwelt, Umweltstatistische Erhebungen, Wasserwirtschaft: Entgelt für die Trinkwasserversorgung privater Haushalte 2011-2013, 2015, erscheint dreijährlich (2018 noch nicht erschienen), abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Umwelt/UmweltstatistischeErhebungen/Wasserwirtschaft/Tabellen/TabellenEntgelt.html>; BMU/UBA (Hrsg.), (Hrsg.), Wasserwirtschaft in Deutschland. Organisation. Belastungen. Maßnahmen, 2017, S. 166f.

29 BGHZ 91, 84, 96 (std. Rspr.).

30 Statistisches Bundesamt, vgl. Fn. 26.

31 Vgl. Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 796 ff.; s. auch Bundeskartellamt, Beschl. v. 04.06.2012, Az. B 8-40/10, Rn. 39, 48 ff. abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2012/B8-40-10.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2012/B8-40-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (29.09.2018); bestätigt durch OLG Düsseldorf, Bschl. v. 24.02.2014, Az. VI-2 Kart 4/12 (V), Rn. 37: „Würde man der unzutreffenden Rechtsauffassung der Betroffenen, es handele sich um „Gebühren im Preisgewand“ folgen, käme es zudem zu der widersprüchlichen und verbraucher-schutzfeindlichen Situation, dass zwar unternehmerisch gehandelt wird, indem formal privatrechtliche Entgelte erhoben, private Investoren in erheblichem Umfang am Unternehmen beteiligt und ganz erhebliche Gewinne ausgeschüttet werden, aber die allein einen Preismissbrauch verhütende kartellrechtliche Überprüfung des Preissetzungsverhaltens der Betroffenen durch die Kartellbehörden ausgeschlossen wäre. Dies wäre auch mit dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 1 S. 1 GWB, der die Anwendung des GWB ausdrücklich auch auf Unternehmen erstreckt, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, unvereinbar“, abrufbar unter [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2014/VI\\_2\\_Kart\\_4\\_12\\_V\\_Beschluss\\_20140224.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2014/VI_2_Kart_4_12_V_Beschluss_20140224.html).

liner Wasserbetriebe abgeschlossen, die durch einen erfolgreichen Volksentscheid im Februar 2011 von der Berliner Bevölkerung erzwungen wurde.<sup>32</sup> Das Bundeskartellamt hat die verfügte Preissenkung für die Jahre 2013 bis 2018 verlängert.<sup>33</sup>

## b. Öffentliche Abwasserentsorgung

Die Abwasserbeseitigung stellt eine eigene Regelungsmaterie innerhalb des Wasserwirtschaftsrechts dar. Normiert werden vor allem die rechtlichen Pflichten zur Abwasserbeseitigung, insbesondere die Voraussetzungen für direkte Abwassereinleitungen gem. § 57 WHG und die rechtlichen Anforderungen, die an Abwasseranlagen gestellt werden. Der Begriff Abwasserbeseitigung umschreibt nach § 54 Abs. 2 WHG das Sammeln, Fortleiten, Behandeln, Einleiten, Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser sowie das Entwässern von Klärschlamm in Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung. Damit entspricht die Abwasserbeseitigung im Wesentlichen dem Begriff der „Wasserdienstleistungen“ gem. Art. 2 Nr. 38 lit. b) EU-WRRRL, der alle Dienstleistungen umfasst, „die für Haushalte, öffentliche Einrichtungen oder wirtschaftliche Tätigkeiten jeder Art folgendes zur Verfügung stellen: Anlagen für die Sammlung und Behandlung von Abwasser, die anschließend in Oberflächengewässer einleiten.“ Die Abwasserbeseitigung muss nach § 54 Abs. 2 WHG so erfolgen, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt wird.

§ 56 WHG überträgt die Abwasserbeseitigungspflicht grundsätzlich der öffentlichen Hand. Welche Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Abwasserbeseitigung verpflichtet sind, regeln jedoch die Länder. In den Landeswassergesetzen wird die Abwasserbeseitigung in der Regel den Gemeinden und Gemeindeverbänden übertragen, in einigen Landesgesetzen ist die Übertragung auf Wasser- und Bodenverbände vorgesehen. Diese betreiben die für die Abwasserbeseitigung erforderlichen Abwasserbeseitigungsanlagen. Die meisten Landeswassergesetze schreiben daher vor, dass das Abwasser von denjenigen, bei denen es anfällt, der beseitigungspflichtigen Gemeinde oder aber der sonst beseitigungspflichtigen Person zu überlassen ist. Der Grund für die Aufgabenübertragung auf öffentlich-rechtliche Körperschaften liegt in der Annahme des Gesetzgebers, dass die Gefahr übermäßiger oder gar unbefugter Abwassereinleitungen durch Unternehmen am besten dadurch begegnet werden könne, dass öffentlich-rechtliche Stellen die Abwasserbeseitigung wahrnehmen. An dieser Stelle überschneidet sich das Gewässerschutzrecht mit Art. 28 Abs. 2 GG und dem Kommunalrecht der Länder.

Der Vorläufer des § 56 WHG war § 18a Abs. 2 S. 3, Abs. 2a WHG a.F., der durch die WHG-Novelle 1996 eingefügt worden war. Damit schaffte der Bundesgesetzgeber 1996 die Voraussetzungen für den stärkeren Einbezug privater Dritter bei der Erfüllung der Beseitigungspflicht. Gem. § 18 Abs. 2 S. 3 WHG konnten sich die zur Abwasserbeseitigung Verpflichteten zur Erfüllung ihrer Pflicht privater Dritter bedienen. Dies entspricht der bekannten Figur des „Verwaltungshelfers“, in der Terminologie der Steuerungswissen-

32 Dazu Nehls, Deutschlandradio, Erfolgreiche Rekommunalisierung. Warum die Wasserbetriebe wieder den Berlinern gehören, Beitrag vom 08.09.2015, abrufbar unter [http://www.deutschlandradiokultur.de/erfolgreiche-rekommunalisierung-warum-die-wasserbetriebe.976.de.html?dram:article\\_id=330502](http://www.deutschlandradiokultur.de/erfolgreiche-rekommunalisierung-warum-die-wasserbetriebe.976.de.html?dram:article_id=330502) (29.09.2018).

33 Bundeskartellamt, Senkung der Berliner Wasserpreise, [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/07\\_05\\_2014\\_Wasser.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/07_05_2014_Wasser.html).

schaft dem Privatisierungstypus der „funktionalen Privatisierung“. Nach § 18a Abs. 2a WHG a.F. war den Ländern darüber hinaus die Möglichkeit eröffnet, durch Landesrecht die Abwasserbeseitigungspflicht auf private Dritte ganz oder teilweise, befristet und widerruflich zu übertragen. Diese Regelung ließ nach dem Wortlaut eine „materielle Aufgabenprivatisierung“ zu, d. h. die vollständige Verlagerung der Aufgabenverantwortung von der öffentlichen Hand auf einen privaten Dritten. Allerdings: Von dieser Möglichkeit haben die Länder nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht, tatsächlich kam es zu keiner materiellen Privatisierung. Das neue WHG/2010 sieht eine dem § 18a Abs. 2a WHGa.F. entsprechende Regelung nun bewußt nicht mehr vor.

§ 60 WHG betrifft die Errichtung und den Betrieb von Abwasseranlagen. Darunter werden alle Einrichtungen zur Abwasserbeseitigung verstanden, z. B. auch die Kanalisation. Der Betrieb der Abwasseranlagen ist genehmigungspflichtig und wird durch das Landesrecht geregelt. In einigen Bundesländern ist dabei die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens vorgesehen. Diese Genehmigung ersetzt allerdings nicht die für das direkte Einleiten von Abwässern erforderliche Genehmigung nach § 57 WHG. Daneben bestehen Einleitungsverbote und -beschränkungen sowie Überwachungsregeln aufgrund kommunalem Satzungsrecht, Art. 28 Abs. 2 GG. Sie verfolgen jedoch primär keine wasserwirtschaftlichen Ziele. Sie zielen vielmehr auf Schutz und Sicherung der öffentlichen Abwasseranlagen, etwa vor betonaggressiven Substanzen oder aber auf den Schutz der in der Anlage Beschäftigten ab.

Es wird deutlich, dass die **Abwasserbeseitigung** gem. § 56 WHG als vom Staat zu erfüllende Aufgabe, d. h. als **hoheitliche Aufgabe (schlichthoheitliche Verwaltung)**, betrachtet wird.<sup>34</sup> Die Übertragung der Verantwortung auf die öffentliche Hand führt neben der öffentlich-rechtlichen Erfüllungspflicht auch zu strafrechtlichen Ingerenzpflichten i.S.v. § 13 StGB, für den Schutz der in Anspruch genommenen Gewässer Sorge zu tragen und die mit der Aufgabenwahrnehmung verbundenen Gefahren abzuwenden.

Für die Teilaspekte der Aufgabenwahrnehmung sind umfassende präventive und repräsentative Kontrollakte vorgesehen, um die ordnungsgemäße Abwasserbeseitigung sicherzustellen. Darin zeigt sich die außerordentliche Bedeutung, die der Gesetzgeber der Aufgabenerledigung im Interesse des Gemeinwohls (Volksgesundheit, Gewässerschutz und öffentliche Trinkwasserversorgung) beimisst. Dementsprechend orientiert sich die Abwasserbeseitigung vorrangig am Vorsorgegrundsatz.

Abwasserentsorgung und Wasserversorgung stellen trotz ihrer Zuordnung zum Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge getrennte kommunale Aufgabenbereiche dar, die traditionell unterschiedlichen kommunalwirtschaftsrechtlichen, steuerrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Anforderungen unterliegen. Zudem fallen die Bereiche der Abwasserentsorgung und Wasserversorgung in den Kommunen meist in unterschiedliche

34 Unstr., es handelt sich um Pflichtaufgaben oder pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben („obligatorische Selbstverwaltungsaufgaben“) i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG, vgl. BVerfG, NVwZ 2003, 974, 977 ff. (Emschergenossenschaft/Lippeverband „mittelbare Staatsverwaltung“); BGHZ 54, 165, 167 („schlichthoheitliche Verwaltung“); BGH, DVBl. 1978, 108; BGHZ 140, 384; BFH, LKV 1998, 327; BFH LKV 2001, 88; BFH, Urt. v. 29.05.2008 – III R 45/05 –, Rn. 29f. – Juris; OVG Schleswig, ZfW 1995, 56; VG Weimar, ThürVBl. 2002, 23; Czychowski/Reinhardt, WHG, Aufl. 2014 § 56 Rn. 4, 8, 14 ff. m.w.N.; Honert/Rüttgers/Sanden, Landeswassergesetz NRW, 4. Aufl. 1996, § 53 Rn. 53; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 767; Bodanowitz, Organisationsformen für die kommunale Abwasserbeseitigung, 1993, S. 26.

wasserwirtschaftliche Zuständigkeiten, die sich in erster Linie historisch erklären lassen. Die Gemeinden sind demnach nicht nur nach Art. 28 Abs. 2 GG berechtigt, sondern nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts auch verpflichtet – ebenso Gemeindeverbände bzw. Verbandsgemeinden –, die Abwasserbeseitigung als Pflichtaufgabe im Rahmen der gemeindlichen Selbstverwaltung durchzuführen. Pflichtaufgaben sind vorrangig zu erledigen und können gegebenenfalls durch die Kommunalaufsicht erzwungen werden. Sie müssen das gesamte, auf ihrem Gebiet anfallende Abwasser beseitigen. In einigen Ländern obliegt diese Aufgabe historisch bedingt bestimmten *Abwasserverbänden* i.S.v. § 13 WHG. Die Entgelte der Abwasserentsorgung privater Haushalte liegen im Durchschnitt bei 2,36 Euro/m<sup>3</sup>; Niederschlagswasserentgelt 0,49 Euro/m<sup>3</sup>; Grundgebühr pro Jahr 15,39 Euro/m<sup>3</sup> (2010).<sup>35</sup>

### c. Vorsorgender, nachhaltiger Gewässerschutz

Die Qualität der Wasserversorgung ist abhängig von Quantität und Qualität der örtlichen (Grund-)Wasserressourcen. In Deutschland werden etwa 70 Prozent des Trinkwassers aus Grund- und Quellwasser gewonnen, der Rest aus Oberflächenwasser und Uferfiltrat.<sup>36</sup> Eine gute Qualität und Quantität der zur Rohwasserförderung genutzten Gewässer ist somit existentiell. Daher zählt der Schutz der Wasserressourcen auch zu den wichtigsten Gemeinwohlaufgaben, wie das BVerfG von jeher betont („lebensnotwendig“).<sup>37</sup> Maßgeblich ist das Schutz- und Bewirtschaftungskonzept des am 01.03.2010 novelliert in Kraft getretenen WHG<sup>38</sup>, das vor allem durch die Vorgaben der europarechtlichen Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG (WRRL) geprägt wird.

Der wasserrechtliche Kontext, in den die öffentliche Wasserversorgung eingebunden ist, wird durch das vom WHG und von der WRRL vorgegebenen normative Leitbild der ökologisch-nachhaltigen Wasserversorgung geprägt: Das WHG bezweckt eine „ökologisch-nachhaltige Wasserwirtschaft“ i.S.v. § 1 WHG. Alle Gewässer sind mit Blick auf bestehende und künftige Nutzungsinteressen durch eine „nachhaltige Gewässerbewirtschaftung (...)“ als Bestandteil des Naturhaushalts, als Lebensgrundlage des Menschen, als Lebensraum für Tiere und Pflanzen sowie als nutzbares Gut zu schützen.<sup>39</sup>

Die Sicherung der Trinkwasserversorgung stellt in diesem Kontext einen hervorgehobenen Belang des wasserrechtlichen Allgemeinwohls<sup>40</sup> dar, § 3 Nr. 11, § 6 Abs. 1 Nr. 4 WHG.

35 Statistisches Bundesamt, Entgelt für die Entsorgung von Abwasser aus privaten Haushalten 2008 bis 2010, 2015, erscheint dreijährlich (2018 noch nicht erschienen), dort Abwasserpreise 2010, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Umwelt/UmweltstatischeErhebungen/Wasserwirtschaft/Tabellen/TabellenEntgeltEntsorgungBL.html> (29.09.2018), BMU/UB (Hrsg.), Wasserwirtschaft in Deutschland. Organisation. Belastungen. Maßnahmen, 2017, S. 174 (Abwasserpreise 2010).

36 Vgl. BMU/UBA (Hrsg.), Wasserwirtschaft in Deutschland, 2017, S. 56.

37 BVerfGE 58, 300, 344; 10, 89, 113.

38 Art. 1 Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts, BGBl. 2009 I, S. 2585.

39 Näher Laskowski/Ziehm, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 69 ff.; vgl. auch Laskowski, Nachhaltige Wasserwirtschaft einschließlich der Naturschutzaspekte, in: Czybulka (Hrsg.), Das neue Naturschutzrecht des Bundes, 2011, S. 277 ff.

40 Dazu Laskowski, Neue Anforderungen an das Allgemeinwohlerfordernis im Wasserrecht, insb. Verschlechterungsverbot, in: Köck (Hrsg.), Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, 2011, S. 57 ff.

Bedeutsam ist daher vor allem die langfristig vorsorgende wasserwirtschaftliche Planung mittels Bewirtschaftungs- und Maßnahmenprogrammen (§§ 82, 83 WHG). Sie ist auf die Verwirklichung qualitativer Bewirtschaftungsziele zur Erreichung eines „guten Zustands“ der Oberflächengewässer und des Grundwassers (Art. 4 WRRL; §§ 27, 44, 47 WHG) gerichtet. In diesem Zusammenhang sind gem. § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG auch Umweltveränderungen, wie sie durch den Klimawandel hervorgerufen werden können – etwa der Rückgang des Grundwasserspiegels infolge prognostizierter Trockenperioden –, in die wasserwirtschaftliche Planung einzubeziehen, um den „Folgen des Klimawandels“ ausdrücklich vorzubeugen. Dies kann Auswirkungen auf die gestattete Fördermenge des Rohwassers haben und die Fördermenge einschränken, §§ 8, 9 Abs. 1 Nr. 1, 5, § 12 WHG („repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt“).<sup>41</sup>

Die Wasserbehörde entscheidet hier im Rahmen des ihr eröffneten Ermessens, § 12 Abs. 2 WHG. Dabei hat sie im Zusammenhang mit der Durchführung der Wasserversorgung den Grundsatz der ortsnahen Wasserversorgung gem. § 50 Abs. 2 WHG und das Gebot des sorgsam (sparsamen) Umgangs mit Wasser, § 50 Abs. 3 WHG, zu beachten. Dahinter steht der Gedanke, dass diejenigen, die ihre Ressourcen vor Ort zur Trinkwasserversorgung selbst nutzen, auch schonend mit ihnen umgehen.<sup>42</sup> Die Frage „ortsnahes Wasser oder Fernwasser?“ ist somit ebenso wenig wie die Frage der zulässigen Rohwasserfördermenge nach ökonomischen, sondern nach ökologischen Kriterien zu entscheiden. Den Maßstab bilden das Vorsorgeprinzip und das Nachhaltigkeitsprinzip. Das dahinter stehende **Konzept des vorsorgenden und nachhaltigen Wasserressourcenschutzes** wirkt sich gerade in ökonomischer Hinsicht positiv aus. Denn die mit der Förderung des Rohwassers, seiner – je nach Qualität – notwendigen Aufbereitung und anschließenden Verteilung verbundenen Umwelt- und Ressourcenkosten, die bei der Kostendeckung von Wasserdienstleistungen gem. Art. 2 Nr. 38, Art. 9 EU-WRRL zu berücksichtigen sind, lassen sich so minimieren.<sup>43</sup> Daher ist es besorgniserregend, dass in Deutschland etwa 60 Prozent der Oberflächengewässer und 53 Prozent der Grundwasserkörper das durch die WRRL vorgegebene Bewirtschaftungsziel des „guten Zustands“ bis 2015 nicht erreicht haben.<sup>44</sup>

#### d. Wasserwirtschaftliche Daseinsvorsorge der Kommunen

Die Verschränkung zwischen ökologischer Wasserwirtschaft und kommunaler Daseinsvorsorge wird durch § 50 Abs. 1, Abs. 2 WHG deutlich. Klar regelt § 50 Abs. 1 WHG, dass die „der Allgemeinheit dienende“ öffentliche Wasserversorgung eine „Aufgabe der Daseinsvorsorge“ ist. Hier zeigt sich die staatliche Verantwortungs- und Aufgabenzuweisung, die z.B. das Hessische Wassergesetz in § 30 Abs. 1 HWG aufgreift und die öffentliche Wasserversorgung als kommunale Pflichtaufgabe ausgestaltet. Eine derartige Verantwortungs-

41 BVerfGE 58, 300, 344; BVerfGE 10, 89, 113; BVerfGE 93, 319, 349.

42 Vgl. BT-Drs. 14/8668, S. 7.

43 Zum Kostendeckungsprinzip und sozioökonomischen Aspekten des Art. 9 EU-WRRL Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 708 f.

44 BMU (Hrsg.), Umweltpolitik. Die WRRL – Ergebnisse der Bestandsaufnahme in Deutschland 2004, 2005, S. 10; s. auch EU-Komm, 4. Bericht zur Umsetzung der WRRL, März 2015, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/impl\\_reports.htm#fourth](http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/impl_reports.htm#fourth).

zuweisung bestand bislang nur für den Abwasserbereich gem. § 18a Abs. 1 WHG a.F., der die Entsorgungsaufgabe öffentlich-rechtlichen Körperschaften nach Maßgabe des Landesrechts zuwies, jetzt § 56 WHG („juristische Personen des öffentlichen Rechts“). Angesichts der Gleichwertigkeit der beiden Aufgaben ist von einer bundesgesetzlichen Gleichstellung der sensiblen Daseinsvorsorgeaufgaben „Abwasserentsorgung“ und „Trinkwasserversorgung“ durch den Gesetzgeber auszugehen. Die **öffentliche Trinkwasserversorgung** ist daher ebenso wie die **öffentliche Abwasserentsorgung** als **kommunale Pflichtaufgabe** einzuordnen, auch wenn das Landesrecht den Gemeinden die Wasserversorgung bislang noch nicht überall als Pflichtaufgabe zuweist. Zutreffend ist davon auszugehen, dass die öffentliche Wasserversorgung ebenso wie die Abwasserentsorgung als **Kernaufgabe der Daseinsvorsorge** selbst dann zu den kommunalen Pflichtaufgaben zählt, wenn eine ausdrückliche Zuweisung fehlt.<sup>45</sup> Nach wie vor bezieht sich die staatliche Daseinsvorsorge auf die Versorgung mit Gütern und Leistungen, die zur Deckung der menschlichen Grundbedürfnisse erforderlich sind; dazu zählt insbesondere die Versorgung mit Wasser, die Abwasserentsorgung und die Bereitstellung funktionsfähiger Infrastrukturen.<sup>46</sup>

Daseinsvorsorge zählt zum Kernbestand der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung, die demokratisch verfasst in der örtlichen Gemeinschaft wurzelt, Art. 28 Abs. 2, Abs. 1 GG. Zwar regelt das Grundgesetz keinen festen Katalog gemeindlicher Aufgaben, jedoch darf die Selbstverwaltung durch gesetzliche Eingriffe in den Kernbereich nicht ausgehöhlt werden.<sup>47</sup> Dabei kommt der **Organisationsfreiheit der Kommunen** eine hervorgehobene Bedeutung zu, wie das BVerfG in einem Beschluss vom 19.11.2014 betont:<sup>48</sup>

*„Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers findet seine Grenze im Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie. Mit Blick auf die Aufgabengarantie zählt zum Kernbereich allerdings*

45 Eine klarstellende Entscheidung des BVerfG dazu, ob die Wasserver- und Abwasserentsorgung zum Kernbereich kommunaler bzw. staatlicher Daseinsvorsorge zählen, steht zwar noch aus, in Literatur und Rechtsprechung wird diese Auffassung aber stark vertreten, vgl. Nierhaus in: Sachs, Art. 28 Rn. 51; Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 50 Rn.11, 13; § 56 Rn. 4, 8ff.; Laskowski, ZUR 2003, 1, 9 f.; dies., Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 536 ff., 833 ff.; 903 ff.; Lederer, Strukturwandel bei kommunalen Wasserdienstleistungen, 2004, S. 234; OVG München, Beschluss v. 20.02.2015 – 8 CS 14.2591, Rn. 12 („Die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser gehört zu den Kernaufgaben der Gemeinden.“) – Juris; s. auch BVerwG, Urt. v. 01.12.2005 – BVerwG 10 C 2/05 – Rn. 19 und BVerwG, Urt. v. 01.12.2005 – 10 C 1/05 –, Rn. 19 („Reserveverantwortung der Gemeinde für gesicherte Wasserversorgung ihrer Einwohnerinnen und Einwohner“), Juris; BVerwG, Vorlagebeschluss v. 17.12.1997 – 6 C 2/97 –, Rn. 52, 54 (Abwasserentsorgung und Privatisierungsverbot) – Juris. Zur besonderen Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung s. auch BVerfG, Beschluss v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 – Juris (Naßauskiesung). Auch die Koalitionsvereinbarung von CDU/CSU und SPD für die laufende 18. Legislaturperiode hebt hervor, dass die Daseinsvorsorge auf regionaler und kommunaler Ebene die Wasserversorgung als „Kernbestand staatlicher Aufgaben“ umfaßt (S. 164). Nichts anderes gilt für die hoheitliche Aufgabe Abwasserentsorgung (schlichthoheitliche Verwaltung), s.o. Fn. 28 m. w. N.

46 Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 50 Rn. 18.

47 Vgl. BVerfGE 79, 143 ff.

48 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014, 2 BvL 2/13, Juris Rn. 58, 59 unter Bezugnahme auf BVerfGE 79, 127, 146; 107, 1, 11f.

kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabekatalog, wohl aber die Allzuständigkeit als die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen, die nicht anderen Verwaltungsträgern zugeordnet sind.“

In diesem Zusammenhang betont das BVerfG die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Kommunen und die ihnen garantierten **gemeindlichen Hoheitsrechte**, die in ihrem Grundbestand vom Kernbereich umfasst werden:

„Im Hinblick auf die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung zählen vor allem die gemeindlichen Hoheitsrechte (Gebiets-, Planungs-, Personal-, Organisations- und Finanzhoheit), die der Staat den Gemeinden im Interesse einer funktionsgerechten Aufgabenwahrnehmung garantieren muss, zu dem durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgten Kernbereich. Das gilt jedoch nur in ihrem Grundbestand.“<sup>49</sup>

Eingriffe in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung, der u.a. den Grundbestand der Organisationsfreiheit absichert, sind verfassungswidrig:

„Insofern verbietet der Schutz des Kernbereichs von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG Regelungen, die eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen ersticken würden.“<sup>50</sup>

Gesetze des Bundes und der Länder müssen den „Grundbestand“ dieser Hoheitsrechte in jedem Fall wahren. Die kommunale Organisationshoheit der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung darf der Gesetzgeber daher auch dann nicht „ersticken“, wenn er diese Bereiche Liberalisierungsregelungen unterstellt. Diesen Kernbereich hat auch die EU im Rahmen ihrer **Kohärenzpflichten** („Kohärenzgebot“) gem. Art. 205, 207 AEUV beim Aushandeln internationaler Übereinkünfte zwingend zu beachten. Andernfalls droht im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG ein ernsthafter verfassungsrechtlicher Konflikt.

## II. Wird der Status Quo der kommunalen Wasserwirtschaft in Deutschland als Daseinsvorsorgebereich gem. Art. 28 Abs. 2 GG und seine Einbindung in den vorsorgenden Gewässerschutz durch Ausnahmen und Vorbehalte in Anhang 8-B Anhang I und Anhang II ausreichend geschützt?

Die bundes-, landes- und kommunalrechtlich abgesicherte Monopolstellung meist kommunaler Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungseinrichtungen sowie ihre in das Gewässerschutzrecht (WRRL 2000/60/EG, WHG, Landeswasserrecht) eingebundene Dienstleistungserbringung wird, im Hinblick auf die JEFTA-Liberalisierungspflichten (Marktzugang; Inländerbehandlung; Meistbegünstigung; künftig spezieller Investitionsschutz durch JEFTA II), rechtfertigungsbedürftig.

JEFTA zielt umfassend auf die „Liberalisierung und Erleichterung des Handels und der Investitionen“, sowie die „Förderung engerer Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Ver-

49 BVerfG, Beschluss v. 19.11.2014, 2 BvL 2/13, Juris Rn. 58, 59, Bezug nehmend auf BVerfGE 103, 332, 366; 52, 95, 117; Löwer, in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, 6. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 73.

50 BVerfG, Beschluss v. 19.11.2014, 2 BvL 2/13, Juris Rn. 58, 59, Bezug nehmend auf BVerfGE 91, 228, 239.

tragsparteien“ ab, vgl. Kapitel 1 („Allgemeine Bestimmungen“) Art. 1.1. („Ziele“) Sofern das Abkommen keine ausdrücklichen Ausnahmen oder Vorbehalte für monopolisierte Daseinsvorsorgeeinrichtungen und -leistungen der öffentlichen Wasserwirtschaft regelt, droht eine Kollision mit den JEFTA-Liberalisierungspflichten (z.B. Art. 8.7, verbotene Beschränkung des Marktzugangs durch Monopolbildung).

Im Vordergrund stehen die Verpflichtungen in Kapitel 8 („Dienstleistungshandel, Liberalisierung von Investitionen und elektronischer Geschäftsverkehr“, Art. 8.1-8.19), daneben die in Kapitel 10 („Öffentliche Beschaffungen“, Art. 10.1-10.17), Kapitel 12 („Subventionen“, Art. 12.1-12.10) und Kapitel 13 („Staatsunternehmen, Unternehmen mit besonderen Rechten oder Vorrechten und erklärte Monopole“, Art. 13.1-13.8).

Zu prüfen ist, ob – wie von EU-Kommission und Bundesregierung vertreten – die Einrichtungen und Dienstleistungen der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung in ihrer in Deutschland bestehenden Form jetzt und künftig umfassend durch JEFTA-Ausnahmeklauseln und/oder Vorbehalte in Anhang 8-B, Anhang II geschützt werden.

### 1. Ausnahme vom Anwendungsbereich für wasserwirtschaftliche Dienstleistungen als Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt?

Eine generelle Ausnahmeregelung für die Daseinsvorsorge oder für Dienstleistungen der öffentlichen Wasserwirtschaft, die den staatlichen Gestaltungsspielraum sichern könnte, enthält der Vertragstext des JEFTA nicht – anders als das internationale Dienstleistungsabkommen GATS in Art. 1 Abs. 3 lit. b). Danach werden „Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit erbracht werden“ vom GATS-Anwendungsbereich vollständig ausgenommen.<sup>51</sup> Das GATS erfasst nur solche Dienstleistungen, die zumindest auch kommerziellen Zwecken dienen. Ausgenommen sind gem. Art. 1 Abs. 3 GATS Tätigkeiten „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“, d.h. solche, die gem. Art. 1 Abs. 3 lit. b) und c) GATS eindeutig nicht kommerziell erbracht werden und zudem nicht im Wettbewerb mit anderen Dienstleistern stehen. Das letztgenannte Kriterium wird allerdings bereits dann verneint, wenn mindestens zwei Anbieter auf dem gleichen Markt die gleiche Leistung anbieten.

JEFTA hingegen schließt hoheitliche Tätigkeiten nicht generell vom Anwendungsbereich aus. Allerdings nimmt JEFTA – ebenso wie CETA – Tätigkeiten „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“, zu denen Daseinsvorsorgedienstleistungen wie die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zählen könnten (s.o.), z.T. vom Anwendungsbereich bestimmter Kapitel aus. So finden sich „Hoheitsklauseln“ z.B. in den Begriffsbestimmungen des Art. 8.2 lit. r) und lit. s) in Kapitel 8 und in Kapitel 13 in Art. 13.2 zum „Geltungsbereich“. Aus Art. 8.1 i.V.m. Art. 8.2 lit. r) ergibt sich, dass der Anwendungsbereich des Kapitels 8 an den Begriff „Dienstleistungen“ anknüpft, der umfassend gemeint ist und „jede Art von Dienstleistung in jedem Sektor“ erfasst, „mit Ausnahme in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachter Dienstleistungen“. Gem. Art. 13.2 Abs. 4 findet Kapitel 13 („Staatsunternehmen, Unternehmen mit besonderen Rechten oder Vorrechten und erklärte Monopole“)

51 GATS Art. 1 Abs. 3 (a) ....; (b) „services“ includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority; (c) „a service supplied in the exercise of governmental authority“ means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

keine Anwendung auf „in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen“. Art. 13.1 lit. b) JEFTA definiert sie als „Tätigkeiten, die ein Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht ausübt und deren Ergebnis (...) die Erbringung von Dienstleistungen ist, welche den Verbrauchern in dem relevanten Markt in von dem Unternehmen bestimmten Mengen und zu von dem Unternehmen bestimmten Preisen verkauft werden.“ Ergänzend und einschränkend formuliert Fußnote 1 zu Art. 13.1 lit. b), dass „Tätigkeiten eines gemeinnützigen oder nach dem Prinzip der Kostendeckung arbeitenden Unternehmen (...) keine mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten“ darstellen.

Sowohl Art. 8.2 JEFTA als auch Art. 13.2 JEFTA regeln damit Ausnahmen für „Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in Anlehnung an Art. 1 Abs. 3 GATS. Dennoch ist fraglich, ob unter Berufung auf diese Klauseln wasserwirtschaftliche Dienstleistungen und Monopoleinrichtungen der kommunalen Daseinsvorsorge in Deutschland vom Anwendungsbereich der JEFTA-Kapitel 8 und 13 und den dort normierten Liberalisierungspflichten ausgenommen werden.

Maßgeblich ist die JEFTA-Definition der „in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachten Dienstleistungen“ gem. Art. 8.2 lit. r) und lit. s) und Art. 13.1 lit. g), die Art. 1 Abs. 3 lit. c) GATS nachgebildet sind bzw. direkt auf die GATS-Definition Bezug nehmen.<sup>52</sup> So definiert Art. 8.2 lit. s) den Begriff als „Dienstleistungen oder Tätigkeiten, die weder auf kommerzieller Basis noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Wirtschaftsbeiträgen erbracht beziehungsweise ausgeführt werden“. Demnach dürfen „hoheitliche Dienstleistungen“ kumulativ nicht kommerziell und auch nicht im Wettbewerb mit anderen Anbietern erbracht werden – beide Kriterien sind unklar und auslegungsbedürftig. Der Begriff „zu kommerziellen Zwecken“ legt bereits nach dem Wortlaut nahe, dass es sich um eine Dienstleistung handelt, die auf profitorientierter Basis, „gewinnstrebend“, angeboten wird.<sup>53</sup> Der Begriff „im Wettbewerb“ setzt mindestens zwei Anbieter voraus, die auf dem gleichen Markt die gleiche Leistung anbieten – demnach einen Bereich, in dem privater Wettbewerb existiert.<sup>54</sup> Gleichwohl ist die Definition offen für unterschiedliche Interpretationen und hat in Bezug auf die „Hoheitsklausel“ in Art. 1 Abs. 3 lit. b) und c) GATS in der Vergangenheit innerhalb und außerhalb der Welthandelsorganisation zu großen Auslegungsproblemen geführt.<sup>55</sup> Die Auslegung ist unklar und wird zumeist beschränkt auf Aufgaben in den Bereichen Verwaltung, Justiz und Polizei.<sup>56</sup> Weder unter den WTO-Mitgliedern noch im WTO-Sekretariat besteht Einigkeit über die Bedeutung des Begriffs. Hier werden, je nach den Umständen, im WTO-Sekretariat unterschiedliche Ansätze verfolgt. So wurde etwa zu Gesundheitsdienstleistungen und sozialen Diensten

52 Dienstleistungen, die in Ausübung staatlicher Gewalt erbracht werden, werden in Art. I Abs. 3 GATS definiert als Dienstleistungen, die „weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht werden“.

53 Vgl. Nettesheim, Die Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum von Ländern und Gemeinden, Gutachten i. A. d. Staatsministeriums des Landes Baden-Württemberg, 2016, S. 23.

54 Vgl. Nettesheim, Gutachten 2016, S. 23.

55 Dazu Krajewski, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 2003, 341; Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 2006, 455; Leroux, What Is a „Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority“ under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?, JWT 2006, 345.

56 Vgl. Krajewski/Kynast, S. 15.

die Auffassung vertreten, dass in Fällen, in denen private, kommerziell orientierte und öffentlich-gemeinnützige Krankenhäuser parallel existieren, nicht davon ausgegangen werden könne, dass keine Wettbewerbssituation bestehe – mit der Folge, dass öffentlich-gemeinnützige Krankenhäuser in den Anwendungsbereich des GATS fallen.<sup>57</sup>

Vor diesem Hintergrund ist sehr **fraglich**, ob **Dienstleistungen der wasserwirtschaftlichen Daseinsvorsorge** in Deutschland unter die GATS-Ausnahmeklausel des Art. I Abs. 3 c) GATS („Hoheitsklausel“) bzw. unter die o.g. JEFTA-Hoheitsklauseln fallen.<sup>58</sup> So lässt sich zwar vertreten, dass öffentliche Wasser-/Abwasserdienstleistungen nicht kommerziell erbracht werden, weil in Deutschland ganz überwiegend öffentlich-rechtliche Anbieter tätig sind, die nicht „unternehmerisch“, sondern gemeinwirtschaftlich tätig werden. Sie müssen bei der Gebührenberechnung für die erbrachte Leistung den Grundsatz der Kostendeckung und das Äquivalenzprinzip beachten, sodass sie allenfalls in einem geringen Umfang Gewinn erwirtschaften (dürfen) und somit nicht profitorientiert tätig werden. Da sie zudem als kommunale Monopoleinrichtungen ihre Dienstleistungen nur in örtlich begrenzten Gebieten der lokalen Bevölkerung anbieten (§§ 31 ff. GWB; Anschluss- und Benutzungszwang), ließe sich vertreten, dass öffentliche Wasserdienstleistungen außerhalb des Wettbewerbs mit anderen (ebenfalls örtlich begrenzt tätigen) Anbietern stehen, so dass der Anwendungsbereich der Hoheitsklausel gem. Art. 1 Abs. 3 lit. c) GATS und Art. 8.1 i.V.m. Art. 8.2 lit. f) JEFTA eröffnet wäre. Dies gilt besonders für die öffentliche Abwasserentsorgung. Sie ist seit 1976 als wasserwirtschaftliche Pflichtaufgabe den öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften gem. § 56 WHG (§ 18a WHG a.F.) i.V.m. Landesrecht zugewiesen und wird von den Kommunen oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen (Zweckverbände, Wasserverbände) in öffentlich-rechtlicher Organisationsform erbracht. Dies betrifft z.B. die sondergesetzlichen Wasserverbände Emschergenossenschaft und den Lippeverband in NRW, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfasst und laut Gesetz mit der Erbringung seiner gesetzlichen Aufgaben ausdrücklich dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtet sind.<sup>59</sup>

Es stellt sich jedoch die Frage, ob hier auf bereits bestehende Monopole abgestellt werden darf oder ob eine hypothetisch mögliche Wettbewerbssituation zugrunde zu legen ist, sodass zu fragen wäre, ob die fragliche Dienstleistung bei abstrakter Betrachtung „marktgängig“ ist – so *Nettesheim*. Er sieht hier in Bezug auf öffentliche Dienstleistungen Klärungsbedarf.<sup>60</sup>

Allerdings: Die „Marktgängigkeit“ von Dienstleistungen der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung dürfte – sowohl bei mitgliedstaatbezogener als auch EU-weiter Betrachtung – schon deshalb zu verneinen sein, weil es sich dabei um sog. „natürliche Monopole“ handelt. Denn der Netzausbau ist mit hohen Fixkosten verbunden

57 Siehe Council for Trade in Services – Health and Social Services – Background Note by the Secretariat, 18.09.1998, S/C/W/50.

58 Vgl. Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 245 ff.

59 § 1 Abs. 1 Gesetz über den Lippeverband vom 07.02.1990, GV NRW 1990, S. 162, zuletzt geändert durch Gesetz vom 02.04.2013, GV NRW 2013, S. 147; § 1 Abs. 1 Gesetz über die Emschergenossenschaft vom 07.02.1990, GV NRW 1990, S. 144, zuletzt geändert durch Gesetz vom 02.04.2013, GV NRW 2013, S. 147.

60 Nettesheim, Gutachten 2016, S. 24.

(80 Prozent „sunk costs“),<sup>61</sup> so dass ein einziger Anbieter die Wasserdienstleistungen zu niedrigeren Kosten produzieren kann als zwei oder mehrere Unternehmen mit „paralleler“ Versorgungsinfrastruktur. Ein „paralleles Angebot“ der Leistung durch mehrere Anbieter „im Wettbewerb“ ist daher ökonomisch unsinnig.<sup>62</sup> Da zudem „Durchleitungen“ verschiedener Dienstleister durch ein Netz aus hygienischen Gründen in der Wasserversorgung nicht in Betracht kommen und hier im Übrigen aus Gründen des Gewässerschutzes auch die Versorgung aus „ortsnahen Wasservorkommen“ durch § 50 Abs. 2 WHG vorgeschrieben ist, ist eine „Wettbewerbssituation“ auch deshalb zu verneinen. Es spricht daher im Ergebnis viel dafür, eine Wettbewerbssituation für Dienstleistungen der öffentlichen Wasserwirtschaft insgesamt zu verneinen.

Deutlichere Probleme in Bezug auf das Kriterium „fehlende kommerzielle Zwecke“ zeigen sich jedoch, wenn die Kommunen von ihrem Recht zur Wahl der Organisationsform (Art. 28 Abs. 2 GG) Gebrauch gemacht und eine **privatrechtliche Organisationsform** gewählt haben (GmbH, AG), die ihrerseits als kommunale Eigengesellschaften, öffentliche Gesellschaften oder gemischt öffentlich-privatwirtschaftliche Unternehmen betrieben werden kann, begrenzt jedoch durch die vorherrschende landesrechtliche Einordnung der öffentlichen Wasserversorgung als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe. Daneben finden sich unterschiedliche Kooperationen zwischen Kommunen und privaten Unternehmen („**Public Private Partnership**“). Dadurch ist im Wasserversorgungsbereich in Deutschland inzwischen eine differenzierte Versorgungsstruktur entstanden, auch wenn hier immer noch öffentlich-rechtliche Unternehmensformen wie Regiebetriebe, Eigenbetriebe, Anstalten des öffentlichen Rechts, Zweckverbände und sondergesetzliche Wasserverbände im Vordergrund stehen.<sup>63</sup> Da eine privatrechtliche Organisationsform oder „PPP“ für eine stärkere „unternehmerische“ Leistungserbringung mit Gewinnorientierung spricht, erscheint zweifelhaft, ob das Kriterium „fehlende kommerzielle Zwecke“ i.S.v. Art. I Abs. 3 GATS und Art. 8.2 JEFTA erfüllt wird. Je stärker privatwirtschaftliche Maßstäbe die Dienstleistungserbringung bestimmen, desto unklarer wird, ob Leistungen des öffentlichen Wassersektors vom Anwendungsbereich des GATS gem. Art. I Abs. 3 c) GATS und vom Anwendungsbereich der JEFTA-Kapitel 8 und 13 ausgenommen sind.<sup>64</sup>

Fazit: Es ist sehr fraglich, ob die in Deutschland als Kernleistungen der staatlichen Daseinsvorsorge betrachteten Bereiche der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung durch die „Hoheitsklauseln“ von den Liberalisierungspflichten in Kapitel 8

61 SRU, Umweltgutachten 2002, S. 19; zum „natürlichen Monopol“ Trinkwasserversorgung s. Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 78 ff.

62 Vgl. Vahlen, Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, 9. Auflage 2007, Band 2, S. 88; Schumann/Meyer/Ströbele, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 9. Aufl. 2011, S. 38.

63 Dazu näher Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 50 Rn. 14; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, S. 765 ff.

64 Dazu auch Nettessheim, Gutachten 2016, S. 23: „In Fällen, in denen die Leistung nicht von einer Eigengesellschaft erbracht wird, sondern von einem eigenständigen Unternehmen der öffentlichen Hand. In Fällen, in denen sich dieses unternehmerisch geriert und Gewinne erwirtschaftet, ist die Annahme einer Tätigkeit auf einer „commercial basis“ nicht fernliegend. Aus dieser Perspektive werden insbesondere jene öffentlichen Dienstleistungen, deren Erträge zur Quersubventionierung unrentabler Leistungen verwandt werden, „kommerziell“ erbracht. Hier erscheint eine Klarstellung nicht überflüssig.“

und 13 freigestellt werden. Dies gilt vor allem dann, wenn eine Gemeinde im Rahmen ihrer aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden Organisationsfreiheit für die Aufgabenwahrnehmung eine privatrechtliche Organisationsform gewählt hat. Somit beschränken die „Hoheitsklauseln“ letztlich die **Organisationsfreiheit der Kommunen** und damit ihre „eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit“, die nach der Rechtsprechung des BVerfG (2014) den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung betrifft.<sup>65</sup> Will eine Kommune die Hoheitsklausel in Anspruch nehmen, wird sie vorsorglich auf eine privatrechtliche Organisationsformen verzichten müssen. Dadurch wird der politische Gestaltungsspielraum der Kommunen begrenzt.

Im Hinblick auf öffentliche Abwasserdienstleistungen, die als Pflichtaufgaben öffentlich-rechtlicher Körperschaften gem. § 56 WHG in der Regel von kommunalen öffentlich-rechtlichen Anbietern erbracht werden und sich nicht an Profitinteressen orientieren (dürfen), sondern an dem Kostendeckungsgrundsatz, Gleichbehandlungsgebot und Äquivalenzprinzip – und daher nur in geringem Umfang Gewinn erwirtschaften (dürfen) – lässt sich zwar gut vertreten, dass diese nicht „auf kommerzieller Basis“ erfolgen.<sup>66</sup> Allerdings bleibt die Auslegung mit Unsicherheiten behaftet.

Der Anwendungsbereich der Hoheitsklauseln müsste letztlich im Rahmen von Staat-Staat-Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von JEFTA (Kapitel 21 „Streitbeilegung“) oder – nach Maßgabe des künftigen JEFTA II-Abkommens – im Rahmen sondergerichtlicher Investor-Staat-Streitigkeiten in Bezug auf spezielle Investitionsschutzpflichten nach dem Vorbild von Art. 8.10 CETA („faire und gerechte Behandlung“) und Art. 8.12 CETA („Enteignung“) geklärt werden. Dies wäre mit großen Risiken für die Kommunen verbunden.<sup>67</sup>

## 2. Keine Regelung zur nichtkommerziellen Nutzung der Ressource Wasser

JEFTA fehlt eine Regelung für die Nutzung von Wasserressourcen, die vergleichbar wäre mit Art. 1.9 CETA. **Art. 1.9 CETA** normiert einleitend die „Rechte und Pflichten in Bezug auf Wasser“. Zwar ergeben sich daraus letztlich keine Ausnahmen vom CETA-Anwendungsbereich für die öffentliche Wasserwirtschaft.<sup>68</sup> Allerdings erkennt Art. 1.9 Abs. 1 CETA eine besondere Schutzbedürftigkeit der Wasserressourcen an, die ihrer kommerziellen Nutzung entgegensteht:

„Wasser in seinem natürlichen Vorkommen, einschließlich des Wassers von Seen, Flüssen und Stauseen, Grundwasserleitern und Wassereinzugsgebieten, (ist) weder eine Ware noch ein Erzeugnis.“

Die Regelung ist ähnlich formuliert wie Erwägungsgrund 1 der WRR 2000/60/EG, der die besondere Schutzbedürftigkeit der Umweltressource Wasser betont, indem er hervorhebt, dass „Wasser keine übliche Handelsware (ist), sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt“ werden muss.

65 BVerfG, Bschl. vom 19.11.2014, 2 BvL 2/13, Juris Rn. 58, 59. Dazu oben zu I.4.

66 Krajewski, JEEPL 2/2004, S. 109; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, S. 246.

67 In diesem Sinne auch Nettessheim, Gutachten, S. 24.

68 Dazu ausführlich Laskowski, Gutachten i.A. d. BT-Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 12.09.2016, S. 38ff., abrufbar unter [https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag\\_de/themen\\_az/EU-USA\\_Freihandelsabkommen/Laskowski\\_Gutachten\\_20\\_09\\_2016.pdf](https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Laskowski_Gutachten_20_09_2016.pdf) (10.10.2018).

Erst dann, wenn die Vertragsparteien die „kommerzielle Nutzung“ der Wasserressourcen erlauben, finden die CETA-Liberalisierungspflichten Anwendung, Art. 1.9 Abs. 3 CETA. Eine Verpflichtung der Parteien zur Erteilung kommerzieller Nutzungserlaubnisse wird jedoch ausdrücklich in Art. 1.9 Abs. 2 CETA verneint.

Dass eine vergleichbare Regelung in Kapitel 1 JEFTA fehlt, erstaunt, zumal sich an der Schutzbedürftigkeit der Wasserressourcen nichts geändert hat. Es scheint, als sollte dadurch das Konfliktpotential zwischen Gewässerschutzregulierung und JEFTA-Liberalisierungspflichten verschleiert werden.

### 3. Kein wirksamer Schutz der Wasserressourcen durch Kapitel 16 „Handel und Nachhaltige Entwicklung“

In Kapitel 16 („Handel und Nachhaltige Entwicklung“) finden sich ebenfalls keine besonderen Schutzregelungen für die Umweltressource Wasser:

Zwar wird in **Art. 16.2 Abs. 1 JEFTA** das Regulierungsrecht der Vertragsparteien betont, in Einklang mit internationalen Abkommen „ihre Politik und Prioritäten zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung sowie ihr internes Schutzniveau“ im Bereich Umwelt „selbst festzulegen und einschlägige Gesetze und sonstige Vorschriften zu erlassen beziehungsweise entsprechend zu ändern“, dabei „ein hohes Schutzniveau“ zu gewährleisten und dieses „Schutzniveau weiter zu verbessern“. Bei der Ausarbeitung und Durchführung von Umweltschutzmaßnahmen ist das Vorsorgeprinzip einzubeziehen, **Art. 16.9 JEFTA**. Bemerkenswert ist die ergänzende Regelung in **Art. 16.2 Abs. 2 JEFTA**, in der sich die Vertragsparteien ausdrücklich verpflichten davon abzusehen, „Handel oder Investitionen dadurch zu fördern, dass sie das durch ihre jeweiligen Gesetze und sonstigen Vorschriften in den Bereichen Umwelt und Arbeit garantierte Schutzniveau aufweichen oder absenken“. Allerdings stehen die Regelungen unter dem Vorbehalt des **Art. 16.2 Abs. 3 JEFTA**, wonach die Vertragsparteien „ihre jeweiligen Gesetze und sonstigen Vorschriften in den Bereichen Umwelt und Arbeit nicht in einer Weise (anwenden), die auf eine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung der anderen Vertragspartei oder auf eine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels hinauslaufen würde“. Diese Regelung ist anfällig für Auslegungstreitigkeiten und relativiert Art. 16.2 Abs. 2 und Abs. 3 JEFTA.

Entsprechendes gilt für **Art. 16.4 JEFTA**. In Art. 16.4 Abs. 2 wird die beiderseitige Verpflichtung zur „wirksamen Umsetzung“ **multilateraler Umweltabkommen** betont, zu denen insbesondere das **Pariser Klimaschutzabkommens** von 2015 zählt, Art. 16.4 Abs. 4 JEFTA. Jedoch gilt auch diesbezüglich der Vorbehalt in Art. 16.4 Abs. 5, wonach Maßnahmen „zur Umsetzung der multilateralen Umweltübereinkünfte“ nur dann zulässig sind, wenn „solche Maßnahmen nicht in einer Weise angewandt werden, die auf eine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung der anderen Vertragspartei oder auf eine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels hinauslaufen würde“.

Wirklich bemerkenswert ist jedoch **Art. 16.5 Satz 2 lit. b) JEFTA**. Art. 16.5 JEFTA betrifft die „Förderung einer nachhaltigen Entwicklung durch Handel und Investitionen“. Um dafür zu sorgen, dass „Handel und Investitionen einen größeren Beitrag zur Verwirklichung des Ziels einer wirtschaftlich, sozial und ökologisch nachhaltigen Entwicklung leisten“ (Art. 16.5 Satz 1 JEFTA), sind die Vertragsparteien EU und Japan gem. Art. 16.5 lit. b)

ausdrücklich „bestrebt, den Handel mit Umweltgütern und -dienstleistungen sowie Investitionen in Umweltgüter und -dienstleistungen in einer mit diesem Abkommen zu vereinbarenden Weise zu erleichtern und zu fördern.“

Das aber ist nichts anderes als das Gegenteil von Art. 1.9 CETA und Erwägungsgrund 1 der WRRL 2000/60/EG. Der Handel mit Umweltgütern wie der Umweltressource Wasser und Umweltdienstleistungen wie denen der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung sowie Investitionen (finanzielle Beteiligungen von Privaten/Unternehmen) in Umweltgüter wie Wasser und Umweltsektoren wie den in Japan, Deutschland, Österreich und den meisten anderen EU-Staaten noch (kommunal/staatlich) monopolisierten Wassersektor wird als Maßnahme zur „Förderung einer nachhaltigen Entwicklung“ stilisiert. Art. 16.5 JEFTA beabsichtigt somit unter dem Mantel der „Nachhaltigkeit“, gerade „Umweltmärkte“ zu kreieren und sie für privaten Handel und private Investoren und damit letztlich für alle Formen der Privatisierung und Kommerzialisierung zu öffnen.

### 4. Begrenzter Schutz durch „Allgemeine Ausnahmen“ i.V.m. Art. XX GATT/Art. XIV GATS

Soweit im Zusammenhang mit „Allgemeinen Ausnahmen“ in Kapitel 8, dort **Art. 8.3 JEFTA**, und Kapitel 13, dort **Art. 13.8 JEFTA**, die Art. XX GATT 1994 und Art. XIV GATS „sinngemäß“ in das JEFTA „übernommen“ werden, folgt auch daraus kein spezifischer Schutz für die Wasserressourcen oder ihre Nutzung.

**Art. 8.3 Abs. 1 JEFTA** bezieht Art. XX GATT 1994 in Bezug auf Kapitel 8 Abschnitt B ein, der die „Liberalisierung von Investitionen“ betrifft (Art. 8.6-8.13). Die dort geregelten Liberalisierungspflichten beziehen sich gem. Art. 8.6 Abs. 1 auf „Niederlassungen“ und „Betrieb i.Z.m. wirtschaftlichen Tätigkeiten.“ „Niederlassung“ wird definiert in Art. 8.2 lit. i) als „Errichtung“ oder „Erwerb einer juristischen Person, auch durch Kapitalbeteiligungen, oder die Einrichtung einer Zweigniederlassung oder Repräsentanz in der EU bzw. Japan zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter wirtschaftlicher Verbindungen“. <sup>69</sup> „Betrieb“ wird in Art. 8.2 lit. p) definiert als „Leitung, die Verwaltung, die Aufrechterhaltung, die Verwendung, die Nutzung und der Verkauf eines Unternehmens oder eine sonstige Art der Verfügung über ein Unternehmen“.

**Art. 13.8 JEFTA** bezieht Art. XX GATT 1994 und Art. XIV GATS „sinngemäß“ in Kapitel 13 ein, das Regelungen für „Staatsunternehmen, Unternehmen mit besonderen Rechten oder Vorrechten und erklärte Monopole“ enthält.

Soweit **Art. XX GATT 1994** und Art. XIV GATS zugrunde gelegt werden, sind gem. Art. XX lit. b) GATT 1994 und Art. XIV lit. b) GATS Handelsbeschränkungen in Form von „Umweltmaßnahmen“ zulässig, „die zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen erforderlich“ sind. <sup>70</sup> Aus Fußnote 1 zu Art. 8.3 ergibt sich zudem, dass gerade Umweltschutzmaßnahmen und „Maßnahmen zur Erhaltung lebender und nichtlebender erschöpflicher Naturschätze“ gem. Art. XX GATT 1994 von Art. 8.3. JEFTA gemeint

69 Aus Fußnote 1 zu Art. 8.2 lit. i) folgt zudem, dass auch der Fall einer „Expansion“ erfasst wird, soweit es sich um die Niederlassung eines erfassten Unternehmens handelt.

70 Zu den Allgemeinen Ausnahmen des Art. XX GATT 1994 und Art. XIV GATS s. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 10 Rn. 56 ff., 65, 69, 97.

sind. Die Inkorporation von Art. XX GATT 1994 und Art. XIV GATS, die einen Ausgleich zwischen Handelsliberalisierung und dem Schutz anderer Gemeinschaftsgüter ermöglichen sollen, hat folgende rechtliche Konsequenz: Der in Art. XX GATT 1994 bzw. Art. XIV lit. b) GATS geregelte Katalog von Ausnahmen für handelsbeschränkende Maßnahmen, steht unter dem Vorbehalt der „Erforderlichkeit“. Die Maßnahme muss „notwendig“ sein, um das Ziel zu erreichen („measures necessary to...“). Zudem steht die Rechtfertigung einer Handelsbeschränkung nach dem Ausnahmekatalog unter dem allgemeinen Vorbehalt („chapeau“) der Ausnahmegesetzgebung, „dass die (...) Maßnahmen nicht so angewendet werden, dass sie zu einer willkürlichen und ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Ländern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, oder sonst zu einer verschleierte Beschränkung des internationalen Handels führen“. Insoweit ist vor allem die Spruchpraxis des WTO-Streitbeilegungsgremiums zu Art. XX GATT 1994 zu beachten. Der „Appellate Body“ hat hier in ständiger Entscheidungspraxis die Prüfungsreihenfolge von Art. XX als „Zwei-Stufen-Test“ bezeichnet und seiner Rechtfertigungsprüfung zugrunde gelegt.<sup>71</sup> Die **Notwendigkeit (Erforderlichkeit) einer Maßnahme** wird regelmäßig nur dann bejaht, wenn keine andere weniger GATT-widrige bzw. hier JEFTA-widrige bzw. weniger handelsbeschränkende Maßnahme als milderes Mittel das angestrebte Ziel der Maßnahme erreichen kann. Gefordert ist letztlich eine Abwägung zwischen dem Schutzgut und dem Ausmaß der Handelsbeschränkung, die eine wertende Beurteilung erfordert.<sup>72</sup>

Diesem Ansatz folgt erkennbar auch **Art. 8.3 Abs. 2 JEFTA**, der sich auf Kapitel 8 Abschnitte B bis F bezieht. Nach **Art. 8.3 Abs. 2 lit. b)** dürfen die Vertragsparteien Maßnahmen durchsetzen, „die erforderlich sind, um das Leben und die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen zu schützen“, sofern die ergriffene Schutzmaßnahme kein Mittel zu „willkürlicher oder ungerechtfertigter Diskriminierung unter Ländern, in denen gleiche Bedingungen herrschen, oder eine verschleierte Beschränkung der Niederlassung oder des Handels mit Dienstleistungen darstellen würde“.

Ob also eine staatliche **Handelsbeschränkungsmaßnahme** in Gestalt einer **Umwelt-schutzmaßnahme** am Ende Bestand hat, lässt sich nicht vorhersagen. Dies betrifft staatliche Maßnahmen in Form von Gesetzen, die **strengere Grenzwerte** für bestimmte gesundheitsschädliche Stoffe wie **Quecksilber** festlegen, um dadurch den Schutz der Oberflächen- oder Grundwasserqualität zu verbessern und eine aufwändige Aufbereitung des daraus entnommenen Rohwassers für die Trinkwasserversorgung zu vermeiden. Auch eine behördliche Maßnahme kommt in Betracht, z.B. die Anordnung einer „nachträglichen Auflage“ gem. § 13 WHG (Verwaltungsakt) gegenüber einem Investor (Unternehmen) oder gegenüber einem Unternehmen, an dem ein JEFTA-geschützter Investor beteiligt ist, durch die die zulässige **Einleitungsmenge salzhaltiger Produktionsabwässer** in ein bereits stark belastetes Oberflächengewässer nachträglich reduziert wird, um den „guten Gewässerzustand“ nach Maßgabe des § 27 WHG und Art. 4 WRRL 2000/60/EG („Verschlechterungsverbot, Verbesserungsgebot“)<sup>73</sup> zu erreichen. Denkbar ist auch ein

71 Dazu Korea – measure Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, Bericht des Appellate Body am 10.01.2001 angenommen, Abs. 164, abrufbar unter [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds161\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds161_e.htm).

72 Dazu Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, S. 96 ff.

73 Der EuGH nimmt Art. 4 WRRL sehr ernst, vgl. EuGH, Urt. v. 01.07.2016, Rs. C-461/13, abrufbar unter <http://curia.europa.eu>.

Widerruf einer zuvor erteilten Gewässernutzungserlaubnis (§ 12 Abs. 2 WHG „behördliches Ermessen“) zur **Entnahme von Kühlwasser** aus einem Oberflächengewässer gem. § 18 WHG infolge veränderter Umweltbedingungen, Stichwort: „Trockenheit und **Klimawandelfolgen**“. Ein Rückgang des Grundwasserpegels infolge starker regionaler Trockenperioden ist künftig vor allem in Ostdeutschland zu erwarten.<sup>74</sup> Die Rechtfertigung von Handelsbeschränkungen zum Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt steht letztlich unter dem **Rechtfertigungsvorbehalt der Erforderlichkeit und des „Zwei-Stufen-Tests“**. Dies birgt erhebliche Unsicherheiten für den Schutz von Umweltgütern wie Gewässern und aquatischen Ökosystemen, die letztlich auch dem Schutz der menschlichen Gesundheit und Existenz dienen.

Vor diesem Hintergrund läuft europäisches und nationales Gewässerschutzrecht, das in besonderer Weise dem vorsorgenden und nachhaltigen Schutz der öffentlichen Trinkwasserversorgung und einer ebenfalls am Vorsorgegrundsatz ausgerichteten Abwasserentsorgung dient (vgl. § 3 Nr. 10, § 6 Abs. 1 Nr. 4 WHG, §§ 50, 57 WHG)<sup>75</sup>, Gefahr, als handelsbeschränkende Maßnahme im Lichte von JEFTA und Art. XX GATT der oben skizzierten „Erforderlichkeitsprüfung“ unterworfen zu werden – mit offenem Ausgang.

Es ist zudem unklar, ob Umweltschutzmaßnahmen gem. Art. 3.8, Art. 13.8. JEFTA das in Art. 20a GG und Art. 191 AEUV enthaltene **Vorsorgeprinzip**<sup>76</sup> im gebotenen Maße beachten. Das Vorsorgeprinzip stellt im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund das maßgebliche umweltrechtliche Leitprinzip dar, das primärrechtlich in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankert ist.<sup>77</sup> Es verlangt, dem Entstehen von Umweltbelastungen umfassend vorzubeugen, unabhängig davon, ob ein konkretes Gefährdungspotential belegbar ist. Dabei ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten.<sup>78</sup> Ein Produkt, ein Verfahren oder eine Dienstleistung darf infolgedessen auch unterhalb der Gefahrenschwelle nicht zugelassen werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein relevanter Schaden verursacht werden könnte.

Ob der japanische Vorsorgebegriff diesem Verständnis als Rechtsprinzip entspricht, ist unklar. Dem japanischen Recht scheint eher eine gefahrorientierte Betrachtungsweise zugrunde zu liegen.<sup>79</sup>

74 Vgl. Laskowski, Öffentliche Abwasserentsorgung und Herausforderungen des Umweltrechts – Spielräume für innovative Konzepte im WHG und sächsischen Landesrecht, in: Ewer/Ramsauer/Reese/Rubel (Hrsg.), Methodik-Ordnung-Recht, FS für H.-J. Koch z. 70. Geb., 2014, S. 597 ff.

75 Reinhardt/Czychowski, WHG, 11. Aufl. 2014, § 6 Rn. 2, 9, 38; § 57 Rn. 5.

76 Vgl. BVerfGE 128, 1, 37; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20a Rn. 8.

77 Vgl. EuGH, Rs. C-157/96, Slg. 1998, I-2211, Rn. 62 ff.; Calliss, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 191 AEUV Rn. 26.

78 EuGH, Urt. v. 09.07.2016, Rs. C-78/16 und Rs. C-79/16, Rn. 47f. – Pesce u.a., abrufbar unter <http://curia.europa.eu>; s. auch Fisahn/Ciftci, KJ 2015, S. 251, 255.

79 So Kloepfer/Mast, Das Umweltrecht des Auslands, Schriften zum Umweltrecht Bd. 55, 1995, S. 277; ähnlich Sanden, Das Vorsorgeprinzip im europäischen und deutschen Umweltrecht: Weiterentwicklung und Impulse für das internationale Recht, Osaka Law Review 53, 2006, S. 243, 265, der am Bsp. des Jap. Waste Management and Public Cleansing Act (Law No 137 of 1970, geänd. 2002) und der entspr. Kabinetttorder Nr. 30 v. 23.09.1971, geänd. durch Kabinetttorder Nr. 2 2002, verdeutlicht, dass die Beziehung zwischen Vorsorge und Gefahrenabwehr unklar ist.

Risiko- und Ressourcenvorsorge geht aber über das gefahrorientierte Verständnis hinaus; es findet seine rechtliche Verankerung in Art. 20a GG und Art. 192 AEUV. Im deutschen Gewässerschutzrecht ist z.B. der Auftrag der Wasserbehörden zur Gewässerbewirtschaftung (§ 12 WHG) Ausdruck des Vorsorgeprinzips.<sup>80</sup> JEFTA könnte dazu führen, das Vorsorgeverständnis eher gefahrorientiert zu interpretieren. Dies wäre mit Art. 20a GG und Art. 191 AEUV nicht vereinbar<sup>81</sup> und hätte für den Gewässerschutz, insb. für den Schutz des Grundwassers als „Rohwasserressource Nr. 1“ der Trinkwasserversorgung in Deutschland, erhebliche negative Folgen.

**Art. 16.9** („Wissenschaftliche Informationen“), der das Vorsorgeprinzip ausdrücklich aufgreift, verpflichtet die Vertragsparteien dazu, „bei der Ausarbeitung und Durchführung“ von Umweltschutzmaßnahmen, die „Einfluss auf den Handel oder die Investitionstätigkeit haben könnten, (...) den zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen und technischen Informationen und gegebenenfalls den einschlägigen internationalen Normen, Leitlinien und Empfehlungen sowie dem Vorsorgeprinzip Rechnung (zu tragen).“ Diese Formulierung lässt unterschiedliche Interpretationen des Vorsorgeprinzips zu.

Es lässt sich festhalten: Ob handelsbeschränkende Gewässerschutzmaßnahmen durch den deutschen Bundes- oder Landesgesetzgeber oder durch die Umweltbehörden der Länder aufgrund Art. 3.8 oder Art. 13.8 JEFTA gerechtfertigt werden können, erscheint unsicher. Die gem. Art. XX GATT 1994 und Art. 8.3 Abs. 1, Abs. 2, Art. 13.8 entscheidende Erforderlichkeits- bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung wird im Streitfall im Rahmen eines Staat-Staat-Streitverfahrens nach Kapitel 21 geklärt werden müssen – oder aber, sofern Kapitel 8 Abschnitt B (Liberalisierung von Investitionen) betroffen ist, künftig nach Inkrafttreten des noch fehlenden „Investitionsschutz“-Abkommens („JEFTA II“) in einem Investitionsschutzverfahren vor einem Staat-Investor-Sondergericht. Ob in den Streitverfahren das Vorsorgeprinzip i.S.v. Art. 191 AEUV und Art. 20a GG Beachtung findet, oder eher ein gefahrorientiertes Vorsorgeverständnis, ist unklar. Dies wirkt sich aber auf den „Notwendigkeitstest“ aus. Der Ausgang eines Rechtsstreits ist aus oben genannten Gründen nicht vorhersehbar.

Zudem: In den o.g. Fällen könnte eine Verletzung von Investitionsschutzstandards, die in dem noch fehlenden JEFTA II-Abkommen geregelt werden, in Betracht kommen. Es ist zu erwarten, dass die JEFTA II-Investitionsschutzregelungen sich an den CETA-Regelungen in Kapitel 8 („Investitionsschutz“), Abschnitt D orientieren werden – dort Art. 8.10 („billige und gerechte Behandlung“) und Art. 8.12 („Enteignung“) CETA. Ein Rückgriff auf die „allgemeine Ausnahme“ in Art. 3.8, Art. 13.8 JEFTA würde insofern nicht weiterhelfen, auch nicht Anhang 8-B, Anhang II (s.u.). Neue Gewässerschutzvorschriften, gewässernutzungsbeschränkende Verwaltungsakte oder sonstige Maßnahmen i.S.v. Art. 1.2 lit. p) JEFTA sind daher immer mit dem Risiko behaftet, von einem japanischen Investor/Anteilseigner (voraussichtlich werden ebenso wie im CETA auch im JEFTA II geringe Portfolioinvestition ausreichen, ebenso indirekte Beteiligung) als „**unfaire und ungerechte Behandlung**“ betrachtet zu werden. Diese Rüge wird in internationalen ISDS-Verfahren

80 Sanden, Das Vorsorgeprinzip im europäischen und deutschen Umweltrecht: Weiterentwicklung und Impulse für das internationale Recht, *Osaka Law Review* 53, 2006, S. 243, 263.

81 Fisahn/Ciftci, CETA und TTIP, demokratische Bedenken zu einigen Aspekten, *KJ* 2015, S. 251, 255.

inzwischen sehr häufig erhoben und nach der **aktuellen Schiedsgerichtsrechtsprechung** – soweit veröffentlicht – schon dann bejaht, wenn „**legitime Erwartungen**“ des Unternehmens **enttäuscht** oder ein „**stabiles Regulierungsumfeld**“ nicht gewährt wird. Entsprechendes gilt für „**indirekte Enteignungen**“ i.S.v. Art. 8.12 CETA, die voraussichtlich in JEFTA II Eingang finden werden.

### 5. Anhang 8-B, Listen für Kapitel 8: Anhang I, Anhang II

Es ist davon auszugehen, dass die in Kapitel 8 geregelten Liberalisierungspflichten gem. Art. 8.1 i.V.m. Art. 8.2 Daseinsvorsorgedienstleistungen der öffentlichen Wasserwirtschaft erfassen (s. oben II. 1.). Art. 8.1 nimmt auf WTO-Verpflichtungen der Vertragsparteien Bezug und legt „die erforderlichen Regelungen für die schrittweise gegenseitige Liberalisierung des Dienstleistungshandels und der Investitionen“ fest. Einrichtungen und Dienstleistungen der öffentlichen Wasserwirtschaft unterliegen damit den Liberalisierungspflichten, die in Abschnitt B und Abschnitt C geregelt sind. Abschnitt B enthält spezielle Regelungen für die „Liberalisierung von Investitionen“ (Art. 8.6–Art. 8.13), Abschnitt C für den „grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel“ (Art. 8.14–8.19).

Abschnitt B: Art. 8.7 regelt den Marktzugang für „Niederlassungen“ und „Betriebe“ von Unternehmern der jeweils anderen Vertragspartei und verbietet u.a. Beschränkungen in Form von „Monopolen“ und „ausschließlichen Rechten“. Art. 8.7 lit. a) i). Art. 8.7 lit. a) iv) verbietet u.a. die „Beschränkung der Beteiligung ausländischen Kapitals durch Festsetzung einer prozentualen Höchstgrenze für ausländische Beteiligungen“. Art. 8.8 regelt die Inländerbehandlung, Art. 8.9 die Meistbegünstigung. Art. 8.11 enthält ein Verbot von Leistungsanforderungen, das gem. Art. 8.11 Abs. 1 lit. l) i) und ii) die Festlegung von Lizenzgebührensätzen oder -beträgen unter einem bestimmten Niveau oder eine bestimmte Laufzeit eines Lizenzvertrags umfasst.

Art. 8.12 JEFTA regelt jedoch Ausnahme von den in Art. 8.7 bis Art. 8.11 genannten Liberalisierungspflichten. So gelten Art. 8.7 bis Art. 8.11 nicht „für Maßnahmen einer Vertragspartei in Bezug auf die öffentliche Beschaffung“, Art. 8.12 Abs. 5 JEFTA. Gem. Art. 8.12 Abs. 6 JEFTA gelten die Liberalisierungspflichten der Art. 8.7 bis 8.10 nicht für Subventionen, die von den Vertragsparteien gewährt werden.

Die Ausnahmeregelung für Subventionen ist positiv zu bewerten, denn sie vermeidet möglicherweise, dass z.B. im Falle von Subventionszahlungen an lokale öffentliche Ver- und Entsorger künftig der Vorwurf der „unfairen Behandlung“ i.S.v. JEFTA II (vgl. Art. 8.10 CETA) durch einen im „Umweltdienstleistungssektor“ bereits tätigen japanischen Investor (Investor mit japanischer Beteiligung) erhoben wird. Gleichwohl bleiben Verstöße gegen die speziellen Investitionsschutzregelungen in JEFTA II (entsprechend Art. 8.10 und Art. 8.12 CETA) denkbar.

Schließlich eröffnet Art. 8.12 die Möglichkeit, bestehende nichtkonforme Maßnahmen einer Vertragspartei aufrechtzuerhalten, wenn sie in Anhang I von Anhang 8-B gelistet sind, Art. 8.12 Abs. 1 lit. a) i), ii). Darüber hinaus ermöglicht Art. 8.12 Abs. 2 eine Freistellung von den Liberalisierungspflichten der Art. 8.7 bis 8.11 für künftige Maßnahmen einer Vertragspartei in Bezug auf bestimmte Sektoren, Teilsektoren oder Tätigkeiten, die sie in ihrer Liste in Anhang II des Anhangs 8-B aufgeführt hat.

Abschnitt C: Für den in Art. 8.14 definierten grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel regelt Art. 8.15 den Marktzugang, Art. 8.16 die Inländerbehandlung und Art. 8.17

die Meistbegünstigung. Ausnahmen für nichtkonforme Maßnahmen sind in Art. 8.18 vorgesehen. Demnach gelten die Art. 8.15 bis 8.17 nicht für bestehende nichtkonforme Maßnahmen, die von einer Vertragspartei in ihrer Liste in Anhang I des Anhangs 8-B aufgeführt werden, Art. 8.15 Abs. 1 lit. a). Darüber hinaus gelten die Art. 8.15 bis 8.17 gem. Art. 8.18 Abs. 2 nicht für künftige Maßnahmen einer Vertragspartei, wenn sie in Anhang II von Anhang 8-B gelistet sind.

#### **a. Anhang I – Vorbehalte in Bezug auf bestehende Maßnahmen**

Anhang I-Vorbehalte fixieren demnach den aktuellen Status Quo der Regulierung und unterliegen dem sog. Standstill sowie – da künftige Veränderungen solcher Maßnahmen mit JEFTA vereinbar sein müssen – auch dem Ratchet, dem sog. Sperrklinkeneffekt: künftige Liberalisierungen der EU und der Mitgliedstaaten in den vorbehaltenen Bereichen unterliegen automatisch den JEFTA-Verpflichtungen. Für Anhang I gilt der Grundsatz „list it or loose it“, d.h. alle nicht ausdrücklich aufgelisteten Ausnahmemassnahmen unterliegen den in JEFTA geregelten Liberalisierungsverpflichtungen.<sup>82</sup>

Um den bestehenden Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland abzusichern, hätte es daher der Leistung in Anhang I der Bundesrepublik Deutschland bedurft: Benennung der vorbehaltenen, geschützten Bereiche und der vorbehaltenen, bestehenden Maßnahmen, die trotz JEFTA-Widrigkeit aufrechterhalten werden. Insoweit hätte es nahegelegen, in die Anhang I-Liste der Bundesrepublik Deutschland die Bereiche „öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung“ aufzunehmen und hier z.B. das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) und die Wassergesetze der Länder zu nennen, insbesondere die §§ 50 und 56 WHG, die die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung als Daseinsvorsorgebereiche regeln und die Aufgabenerfüllung (i.V.m. Landesrecht) grundsätzlich den Kommunen als Pflichtaufgabe zuweisen.

Anhang I enthält keine Vorbehalte, die sich generell auf Daseinsvorsorgeleistungen oder speziell auf die Bereiche der öffentlichen Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung beziehen. Sie entfaltet somit keinen eigenständigen Schutz für den rechtlichen Status Quo der Daseinsvorsorgebereiche „Wasser und Abwasser“.

In der Anhang I-Liste Japans findet sich hingegen Vorbehalt Nr. 52 für den Sektor „Wasserversorgung und Wasserwerke“.<sup>83</sup>

Da sich die Vorbehalte in Anhang II aber nicht nur auf die Einführung, sondern auch auf die Aufrechterhaltung von Maßnahmen beziehen, dürfte auch der Status Quo des öffentlichen Wasser- und Abwassersektors durch Anhang II geschützt werden – jedoch nur in dem dort vorbehaltenen, gelisteten Umfang.

#### **b. Anhang II – Vorbehalte in Bezug auf künftige Maßnahmen**

Für den künftigen Spielraum der kommunalen Wasserwirtschaft kommt es somit entscheidend auf die Vorbehalte der EU und Deutschlands für künftige Maßnahmen in Anhang 8-B, Anhang II an. Allerdings dürfte der „grenzüberschreitende Dienstleistungshandel“

<sup>82</sup> Vgl. Krajewski/Kynast, S. 34 ff.; Fisahn/Ciftci, KJ 2015, S. 251, 257f.; zu den im Welthandel möglichen Listen mit spezifischen Zugeständnissen, vgl. Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 463.

<sup>83</sup> COM(2018) 192 final, Annex 4-Part 1/3, S.315f.

zwischen der EU und Japan in Bezug auf Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungsdienstleistungen in diesem Zusammenhang eher von untergeordneter Bedeutung sein.

Die in Anhang II gelisteten Vorbehalte ermöglichen künftige JEFTA-widrige Maßnahmen in Bezug auf Art. 8.7 oder 8.15, Art. 8.8 oder 8.16, Art. 8.9 oder Art. 8.17, Art. 8.10 oder Art. 8.11., aus Gründen der Transparenz werden aber auch bereits bestehende, nicht konforme Maßnahmen genannt, vgl. Anhang II Vorbehalte in Bezug auf künftige Maßnahmen, Liste der EU, Kopfvermerk.<sup>84</sup>

#### **(1) Vorbehalt Nr. 1 – Daseinsvorsorgevorbehalt der EU**

Durch den Vorbehalt Nr. 1 der EU (sog. „public utility“-Vorbehalt) in Anhang II wird eine Ausnahme von den JEFTA-Verpflichtungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge verankert: „Dienstleistungen, die auf nationaler oder örtlicher Ebene als Dienstleistungen der Daseinsvorsorge angesehen werden, können öffentlichen Monopolen oder privaten Betreibern gewährten ausschließlichen Rechten unterliegen“. Dienstleistungen der Daseinsvorsorge werden beispielhaft genannt, darunter „Umweltdienstleistungen“, zu denen die öffentliche Abwasserentsorgung aber auch die Trinkwasserversorgung gezählt werden kann. Ausschließliche Rechte umfassen danach insbesondere Konzessionen öffentlicher Stellen, die privaten Betreibern verliehen werden, um bestimmte Versorgungspflichten zu erfüllen – solche konzessionierten Privaten finden sich im Rahmen der öffentlichen Trinkwasserversorgung.

Der Vorbehalt gilt für künftige Maßnahmen der EU und der Mitgliedstaaten und bezieht sich auf alle Sektoren. Die „Art des Vorbehalts“ ermöglicht Vorbehalte für den Marktzugang, Inländerbehandlung, Meistbegünstigung, Höheres Management und Verbot von Leistungsanforderungen.

Allerdings bezieht sich der „Daseinsvorsorgevorbehalt“ der EU unter der Überschrift „Kommerzielle Präsenz“ nur auf den Marktzugang in Bezug auf die Liberalisierung von Investitionen (Kapitel 8 Abschnitt B) – er bezieht sich also nicht umfassend auf alle Liberalisierungspflichten in Kapitel 8 Abschnitt B.

Vor allem aber fehlt der Einbezug der speziellen künftigen Investitionsschutzklauseln, die mit bestimmten Liberalisierungsverpflichtungen verbunden sind – Vorbilder finden sich in den CETA-Klauseln Art. 8.10 („fair und gerecht“) und Art. 8.12 („indirekte Enteignung“). Diese können sich mit den hier unter Vorbehalt gestellten Liberalisierungspflichten überschneiden und lösen eigenständige Verpflichtungen aus, für die eigenständige Vorbehalte erforderlich sind.

Allerdings können die Anhang II-Listen diesbezüglich noch keine Vorbehalte formulieren, denn es fehlt eine Bezugnahme auf die künftigen Investitionsschutzregelungen in Art. 8.12 und Art. 8.18 JEFTA. Daher kann Anhang II auch nicht vor künftigen Kollisionen mit den speziellen Investitionsschutzregelungen, die in JEFTA II geregelt werden sollen, schützen. Sollte JEFTA II insoweit keinen eigenständigen Anhang II vorsehen, der Vorbehalte in Bezug auf die speziellen Investitionsschutzpflichten regelt, droht hier ein Konflikt, der zu einem sondergerichtlichen Investor-Staat-Streitverfahren führen kann (vgl. Art. 8.18 CETA).

<sup>84</sup> COM(2018) 192 final, Annex 4-Part 2/3, S. 1.

## (2) Vorbehalt Nr. 15 – Umweltdienstleistungen EU / Deutschland

Vorbehalt Nr. 15 bezieht sich auf „Dienstleistungen im Bereich Umwelt“, nennt jedoch ausdrücklich nur die „Abfallwirtschaft“ und die „Bodenbewirtschaftung“. Allerdings ergibt sich aus dem angegebenen Klassifizierungscode 9403, dass auch Sanitärdienstleistungen, also Dienstleistungen der Abwasserentsorgung, erfasst werden.

Der Vorbehalt der EU beschränkt sich jedoch auf den Marktzugang in Bezug auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel. Dieser aber ist im Bereich der Abwasserentsorgung nicht relevant.<sup>85</sup>

Der ergänzende Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland bezieht sich nur auf Dienstleistungen im Bereich der „Abfallwirtschaft“ und Dienstleistungen im Bereich des „Bodenschutzes“.

## (3) Vorbehalt Nr. 21 – Wasser EU

Vorbehalt Nr. 21 bezieht sich u.a. auf den Sektor „Wasserentnahme, Wasseraufbereitung und Wasserverteilung“ und betrifft damit den Bereich der öffentlichen Trinkwasserversorgung. Der Vorbehalt der EU gilt „für Tätigkeiten einschließlich Dienstleistungen auf dem Gebiet der Wasserentnahme, -aufbereitung und -versorgung von Privathaushalten, industriellen, gewerblichen oder anderen Nutzern, einschließlich der Bereitstellung von Trinkwasser und Wasserbewirtschaftung.“

Der Vorbehalt bezieht sich zum einen auf die Liberalisierung von Investitionen, beschränkt sich aber hier auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung. Zum anderen bezieht sich der Vorbehalt auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel, jedoch beschränkt auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung.

Der Vorbehalt bietet damit Schutz vor unerwünschten Kapitalbeteiligungen durch japanische Investoren an formell privatisierten öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen und ermöglicht z.B. auch die nicht erneute Gewährung einer zuvor einem japanischen Unternehmen erteilten „Wasserversorgungskonzession“.

Es fehlt jedoch auch hier der Einbezug der speziellen künftigen Investitionsschutzklauseln, die mit bestimmten Liberalisierungsverpflichtungen verbunden sind – Vorbilder finden sich hier erneut in den CETA-Klauseln Art. 8.10 („fair und gerecht“) und Art. 8.12 („indirekte Enteignung“).

## C. Ergebnis

Der Schutz der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung durch JEFTA-Ausnahmen und Vorbehalte in Anhang II bleibt lückenhaft, denn er beschränkt sich weitgehend auf den „Marktzugang“. Es bleiben große Schutzlücken, die sich durch Überschneidungen mit den künftigen Investitionsschutzregelungen in JEFTA II noch verstärken werden.

Vor allem fehlen Vorbehalte für die brisanten „Investitionsschutzstandards“, die künftig in JEFTA II geregelt sein werden. Verstöße gegen Investitionsschutzregelungen nach dem Vorbild von Art. 8.10 CETA und Art. 8.12 CETA wären trotz der Vorbehalte in Anhang II möglich (s.o.).

85 Kritisch dazu auch die Stellungnahme der AöW vom 11.07.2018, <https://aoew.de/pages/themen/europa/freihandelsabkommen/eu-japan-abkommen.php> (15.10.2018).

Es hätte nahe gelegen, den Daseinsvorsorgebereich der öffentlichen Wasserwirtschaft (Wasserversorgung und Abwasserentsorgung) komplett vom Anwendungsbereich des JEFTA auszunehmen oder zumindest einen umfassenden Vorbehalt in Anhang I und vor allem in Anhang II aufzunehmen. Denn die historisch gewachsenen, kommunal (staatlich) geprägten Monopolstrukturen in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten, etwa Österreich, stehen in Einklang mit Art. 106 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. Art. 14 AEUV, der den Stellenwert der Daseinsvorsorge innerhalb der Union unterstreicht, i.V.m. Protokoll Nr. 26 und Art. 36 EU-GR-Charta.<sup>86</sup> Zudem hat die Europäische Kommission bereits Dienstleistungen der öffentlichen Wasserversorgung<sup>87</sup> als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV anerkannt. Dienstleistungen der öffentlichen Wasserwirtschaft fallen in den Bereich des unionsrechtlichen „Status Quo“, den die EU gem. Art. 205, 207 AEUV aufgrund des Kohärenzgebots im Rahmen der Verhandlungen internationaler Übereinkommen wie CETA beachten muss.<sup>88</sup> Insoweit besteht eine Kohärenzverpflichtung der Union zur Vereinbarung entsprechender Ausnahmen von Liberalisierungspflichten für die nach Art. 106 Abs. 2 AEUV vom Wettbewerb ausgenommenen öffentlichen (mitgliedstaatlichen) Wasser- und Abwasserdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Auch angesichts des verfassungsrechtlichen Hintergrunds öffentlicher Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungsdienstleistungen in Deutschland (Art. 28 Abs. 2, Abs. 1, 20 Abs. 2, 2 Abs. 2, 1 Abs. 1 GG), die grundsätzlich den Kommunen als Pflichtaufgaben bzw. pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben in demokratischer Verantwortung zur Erfüllung obliegen,<sup>89</sup> hätte es nahe gelegen, in Anhang II einen umfassenden, auf alle Liberalisierungspflichten bezogenen Vorbehalt für die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zu formulieren.

Verstöße gegen JEFTA-Verpflichtungen durch Kommunen bleiben in vielfältiger Weise vorstellbar, vor allem dann, wenn es zur Überschneidung von Liberalisierungspflichten mit den besonderen Investitionsschutzregelungen in dem künftigen JEFTA II kommt, vor denen die Vorbehalte in den Anhängen I und II nicht schützen.

## Beispiele (offene Fragen)

Beschließt z.B. der Rat einer Gemeinde, einen auslaufenden Konzessionsvertrag mit einem privaten Wasserversorgungsunternehmen, an dem ein japanischer Investor beteiligt ist, nicht zu erneuern und stattdessen mittels einer Eigengesellschaft an dem neuen Vergabeverfahren teilzunehmen, um die Wasserversorgung wieder selbst zu übernehmen

86 Vgl. Voet van Vormitze, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 63; Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), a.a.O., Art. 14 AEUV Rn. 13 ff.

87 Vgl. EU-Komm., Entscheidung v. 17.12.1981, ABL 1982 Nr. L 167 S. 39, 48 Rn. 65 – öffentliche Wasserversorgung in Belgien; Jung in: Calliess/Ruffert, Art. 106 AEUV Rn. 43 f.; ebenso Klotz, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 106 AEUV Rn. 75 unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699 – Komm./Niederlande („Elektrizität“), EuGH, Rs. 158/94, Slg. 1997, I-5789 – Komm./Italien („Elektrizität“); EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 – Komm./Frankr. („Gas und Elektrizität“).

88 Vgl. Terhechte, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 205 Rn. 6f.

89 Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 50 Rn. 11 ff.; § 56 Rn. 7 ff. m.w.N.

(„**Rekommunalisierung**“), so läuft die Gemeinde Gefahr, sich dem Vorwurf der „unfairen Behandlung“ i.S.v. spezieller Investitionsschutzregelungen (vgl. Art. 8.10 CETA) oder der „indirekten Enteignung“ (vgl. Art. 8.12 CETA), auszusetzen, wenn infolgedessen tatsächlich die Eigengesellschaft mit der Wasserversorgung betraut werden sollte.<sup>90</sup> Dies könnte die Renditeerwartung des nicht konzessionierten Unternehmens beeinträchtigen, weil es davon ausging, erneut mit der Wasserversorgung beauftragt zu werden. Ein anschließendes Investor-Staat-Streitverfahren gegen die Bundesrepublik gem. JEFTA II (vgl. Art. 8.18 CETA) wäre möglich.<sup>91</sup>

Unternehmen rügen in internationalen ISDS-Verfahren sehr häufig mit Erfolg eine „indirekte Enteignung“ und „unfaire und ungerechte Behandlung“. Die aktuelle Schiedsgerichtsrechtsprechung – soweit bekannt – bejaht diese Kriterien schon dann, wenn „legitime Erwartungen“ des Unternehmens enttäuscht werden oder ein „stabiles Regulierungsumfeld“ fehlt. Ob eine staatliche Maßnahme unfair erscheint, hängt insbesondere davon ab, „ob eine Vertragspartei einem Investor eine spezielle Zusicherung gegeben hat, um eine abgesicherte Investition anzuregen.“ Tritt infolgedessen „eine berechtigte Erwartung“ des Investors ein, auf die er sich „verlassen hat, die aber von der Vertragspartei danach enttäuscht wurde“, hat ihn der Gaststaat ungerecht behandelt. Ähnliches gilt für „indirekte Enteignungen“.<sup>92</sup>

90 Vgl. dazu LG Köln, Urt. v. 22.12.2015 – 88 O (Kart) 64/15 –, Rn. 64 – Juris.

91 Vgl. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19), Entscheidung nicht veröffentlicht. Am 09.04.2015 hat der französische Umweltdienstleistungskonzern „Suez Environnement“ ein Schiedsgerichtsurteil beim International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) gegen Argentinien erstritten. Danach muss Argentinien an den Konzern 405 Millionen Dollar Entschädigung für die Beendigung einer Trinkwasserversorgungs- und Abwasserentsorgungskonzession an die Suez-Tochter Aguas Argentinas zahlen. Nach Angaben von Suez Environnement hatte Aguas Argentina 1993 den Auftrag für die Wasserver- und Abwasserentsorgung in Buenos Aires bekommen. 2006 beendete die argentinische Regierung den Vertrag. Vorangegangen waren erfolglose Verhandlungen über eine Anhebung der Wasser- und Abwassergebühren. Die Regierung hatte die Gebührenanhebung ausgeschlossen, weil Suez ihrer Ansicht nach Verpflichtungen zur Verbesserung der Versorgung nicht eingehalten hatte; am 21.08.2015 stellte Argentinien den Antrag auf Annullierung des Schiedsspruchs, vgl. Europäischer Wirtschaftsdienst (EUWID), Wasser und Abwasser, Schiedsgericht ICSID spricht Suez Environnement 405 Mio. Dollar Schadenersatz zu, abrufbar unter <http://www.euwid-wasser.de/news/international/einzelansicht/Artikel/schiedsgericht-spricht-suez-environnement-schadenersatz-von-405-mio-dollar-zu.html>; zum ICSID-Prozessverlauf vgl. World Bank Group, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>.

92 Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 09.04.2015, Sonderrechte für die Großen, S. 19: Klage des kanadisch-australischen Rohstoffkonzerns „Pacific Rim“ vor privatem Schiedsgericht in den USA gegen den Staat El Salvador auf SE i.H.v. 300 Mill. Dollar, wg. Widerruf seiner Lizenz zur Ausbeutung einer Goldmine aus Gründen des Trinkwasserschutzes für 60 Prozent der Bevölkerung; 64 Prozent aller bekannten SE-Zahlungen gehen an Unternehmen mit einem Jahresumsatz v. mehr als 10 Milliarden Dollar, 29 Prozent an kleinere Konzerne mit einem Umsatz v. 1-10 Milliarden Dollar, 7 Prozent an Unternehmen mit weniger als 1 Milliarde Dollar Umsatz, vgl. dazu auch die Studie von Gus Van Harten/York University Osgoode Hall Law School (Kanada), A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlements (ISDS) in TTIP and CETA, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 16/2015; s. auch Krajewski/Kynast in ihrem Gutachten, Fritz, S. 11 ff. m.z.N. in Fn. 17 ff. und Hinweis auf Suez ./.. Argentine, International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (ICSID) case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30.07.2010: SE-Klage des franz. Wasserversorgungskonzerns

Die 2012 eingereichte ICSID-Investitionsschutzklage Vattenfalls gegen Deutschland, gerichtet auf Schadensersatz in Milliardenhöhe wegen des Ausstiegs aus der Atomenergie nach der Katastrophe von Fukushima, zeigt jedoch, wie unterschiedlich die Auffassungen über „legitime politische Ziele sein können – Vattenfall musste zwei Atomkraftwerke abschalten.“<sup>93</sup> Zudem wird deutlich, dass das geltende Umweltrecht und darauf gestützte behördliche Schutzmaßnahmen, aber auch politische Entscheidungen, unter erheblichen ICS-Druck geraten können. Denn selbst umweltrechtlich gebotene Schutzmaßnahmen, die im Gewässerschutzrecht klar dem Vorsorgegrundsatz folgen, können dazu führen, dass sie den „vernünftigen Erwartungen (...), die mit der Investition verbunden sind“, zuwiderlaufen (vgl. CETA Anhang 8-A Abs. 2 c)) und den Vorwurf einer „indirekten Enteignung“ (vgl. CETA Art. 8.12 i.V.m. Anhang 8-A Abs. 1 b)) oder einer „unfairen und ungerechten Behandlung“ (vgl. CETA Art. 8.10) nach sich ziehen.

Weigert sich etwa eine Behörde, für die vom Investor im Rahmen eines **Konzessionsvertrages** erbrachte Dienstleistung gegenüber der Bevölkerung (z.B. **Wasserversorgung, Abfallentsorgung**) eine Entgelterhöhung zu veranlassen, ist nicht auszuschließen, dass der Vorwurf einer „unfairen und ungerechten Behandlung“ und/oder der „indirekten Enteignung“ wegen enttäuschter Renditeerwartungen erhoben wird. Falls das künftige ICD-Sondergericht gem. JEFTA II die Auffassung teilt, führt dies zu erheblichen Schadenersatzzahlungen an den Investor. Die bislang bekannte ISDS-Rechtsprechung bietet hier eine Fülle von Beispielen.<sup>94</sup>

Denkbar sind auch künftige Investor-Staat-Klagen, wenn Unternehmen bei der **Vergabe von Konzessionen durch eine Kommune (z.B. Wasserversorgung)** nicht oder nicht wieder zum Zuge gekommen sind, obgleich sie sich entsprechende Hoffnungen gemacht haben.<sup>95</sup>

Auch **umwelt- und gesundheitsschützende Verwaltungsmaßnahmen** können als „indirekte Enteignung“ und/oder „unfaire Behandlung“ gewertet werden, weil sie den Unternehmensbetrieb einschränken. Schadenersatzklagen können etwa durch nachträglich angeordnete Umweltauflagen (z.B. § 13 WHG) oder eine aus Umweltgründen verweigerte

Suez gg. Argentinien, wg. Weigerung der Provinz Santa Fe, die Gebühren für die Wasserversorgung der Bevölkerung zu erhöhen, weil die „legitimen Erwartungen“ des Konzerns nicht erfüllt wurden und es sich „unfair und ungerecht“ behandelt sah: das ICSID-Tribunal sah darin – wie SUEZ – eine „unfaire und unangemessene“ Behandlung sowie „indirekte Enteignung“, die Klage war erfolgreich; ähnlich Vivendi ./.. Argentinien (verweigerter Gebührenerhöhung für Wasserversorgung, mangelnde Wasserqualität), Schiedsgericht bejahte „unfaire und unangemessene“ Behandlung sowie „indirekte Enteignung“ und sprach SE zu, s. auch ICSID case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30.07.2010: SE-Klage Suez und Vivendi ./.. Argentinien wg. Wasserkonzession, Verurteilung wg. Verletzung des Investitionsstandards „fair und angemessene“ Behandlung; vgl. auch ICSID 2007, Vivendi vs. Argentine, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20.08.2007.

93 ICSID-Verfahren, ARB/12/12, noch nicht abgeschlossen. Zum Verfahren vgl. [www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/33-vattenfall-ab-sweden-et-al-v-germany/](http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/33-vattenfall-ab-sweden-et-al-v-germany/).

94 S. Nachweise in Fn. 91-93.

95 Hier droht ein Konflikt mit Art. 28 Abs. 2 GG, näher Wieland, Der Abschluss von Konzessionsverträgen als Teil der gemeindlichen Selbstverwaltung, DÖV 2015, 169, 171.

Betriebsgenehmigung ausgelöst werden.<sup>96</sup> Wie ein **Investor-Staat-Streitverfahren** zur **Abwehr von Umweltschutzaufgaben** verlaufen könnte, zeigt exemplarisch der Fall des von dem schwedischen Unternehmen **Vattenfall** betriebenen Kohlekraftwerks Moorburg in Hamburg. Bereits 2009 reichte Vattenfall eine Investitionsschutzklage unter Bezugnahme auf eine „indirekte Enteignung“ und „unfaire und ungerechte Behandlung“ bei dem bei der Weltbank eingerichteten Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) gegen Deutschland ein. Anknüpfungspunkt waren umweltrechtliche Auflagen für das seinerzeit noch im Bau befindliche Kohlekraftwerk, die die BImSchG-Genehmigung und die wasserrechtliche Erlaubnis zur Kühlwasserentnahme und -einleitung betrafen. Die Klage war auf 1,4 Mrd. Euro Schadensersatz gerichtet. Das Schiedsgerichtsverfahren endete 2011 mit einem Vergleich. Nachdem die Vergleichsvoraussetzungen eingetreten waren – d.h. die am 21.01.2011 abgeänderte BImSchG-Betriebserlaubnis und die umstrittene wasserrechtliche Erlaubnis erteilt worden waren – wurde das Schiedsverfahren „einvernehmlich beendet“.<sup>97</sup> Das Kohlekraftwerk ging im September 2015 kommerziell in Betrieb, trotz einer entgegenstehenden Entscheidung des OVG Hamburg aus dem Jahr 2013. Zudem leitete die EU-Kommission im März 2015 u.a. wegen der Kühlwasserentnahme durch das Kohlekraftwerk Moorburg ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Verstoßes gegen EU-Umweltrecht ein. Sollte das Vertragsverletzungsverfahren dazu führen, dass der EuGH die Auffassung der EU-Kommission bestätigt, müsste die Hamburgische Wasserbehörde die Vattenfall im Rahmen des ICSDS-Vergleichs 2011 erteilte wasserrechtliche Erlaubnis entziehen, um sich unionsrechtskonform zu verhalten – dafür spricht bereits die EuGH-Entscheidung vom 01.07.2015 (Rs. 461/13), „Weservertiefung“, „projektbezogenes Verschlechterungsverbot“.<sup>98</sup>

Sofern durch JEFTA II minimale japanische Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in Deutschland geschützt werden sollten („Portfolioinvestitionen“), wären sie durch die speziellen Investitionsstandards „fair und gerecht“ und „indirekte Enteignung“ in JEFTA II besonders geschützt. Die bisherige Schiedsgerichtspraxis legt aktuell beide Begriffe sehr weit und zugunsten von Investoren aus. Ein weiter Schutz könnte sich negativ auf den Bereich der Daseinsvorsorge in Deutschland auswirken. Denn private Beteiligungen an kommunalen Unternehmen („**Public-Private-Partnership**“) sind inzwischen verbreitet, auch im Bereich der Wasserversorgung. So könnte sich bereits in Hinblick auf den Marktzugang von Investitionen ein Problem in Bezug auf verbotene Zugangsbeschränkungen zeigen. Denn der Marktzugang darf in Bezug auf ausländisches Kapital weder durch die Festsetzung einer prozentualen Höchstgrenze für ausländische Beteiligungen noch für den Gesamtwert einzelner oder zusammengefasster ausländischer Investitionen

96 Vgl. Tams, NordÖR 2010, S. 329, 332 unter Bezugnahme auf das Schiedsgerichtsverfahren „Vattenfall gegen Deutschland“ (Kohlekraftwerk Moorburg).

97 ICSID-Verfahren ARB/09/6, Vergleich v. 11.03.2011–Vattenfall/Germany, abrufbar unter <http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/24-vattenfall-ab-vattenfall-europe-ag-vattenfall-europe-generation-ag-co-kg-sweden-v-federal-republic-of-germany/>, der auf einen parallel vor dem OVG Hamburg abgeschlossenen Vergleich Bezug nimmt; Grundlage ist der Energiechartavertrag v. 17.12.1994, BGBl. II 1997, dort Art. 26 ff.

98 Vgl. Laskowski, Das Verschlechterungsverbot im europäischen Wasserrecht nach dem EuGH-Urteil vom 01.07.2015 (Rs. C-461/13), ZUR 2015, 542, 546.

eingeschränkt werden, Art. 8.7 a) iv) JEFTA. Insoweit gilt das Verbot, einschränkende Maßnahmen zu ergreifen oder beizubehalten. Dies könnte auch den Anteilserwerb an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen betreffen, für die im Hinblick auf das Demokratiegebot (Art. 20 Abs. 2 GG) eine absolute „Obergrenze“ von höchstens 49,09 Prozent privater Anteile zulässig ist, um (zumindest theoretisch) die staatliche Letztentscheidung über die Unternehmensführung zu behalten. Solche Beschränkungen stellen „Maßnahmen“ i.S.v. Art. 1.1 JEFTA dar („Gesetze, Verordnungen, Praktiken etc.) und könnten künftig im Bereich kommunaler „Public Private Partnerships“ zu Problemen führen, wenn sich (potentielle) japanische Anteilseigner durch solche Höchstgrenzen in ihrer Beteiligungsmöglichkeit beschränkt und vom Zugang zum „PPP-Investitionsmarkt“ ausgeschlossen oder gar „unfair behandelt“ und dadurch finanziell geschädigt sehen, obgleich Anhang II für die „kommerzielle Präsenz“ in Bezug auf die Liberalisierung von Investitionen einen Vorbehalt für den Marktzugang enthält – es droht ein Investor-Staat-Streitverfahren gem. JEFTA II.

Unter dem Aspekt der „**indirekten Enteignung**“ könnten schließlich Maßnahmen der Rekommunalisierung problematisch werden. Unter **Rekommunalisierung** versteht man das Rückgängigmachen einer Privatisierung einer ursprünglich öffentlich-rechtlich wahrgenommenen Aufgabe, etwa die Gas- und Stromversorgung, das Wohnungswesen oder auch die Wasserversorgung, in der Formen der formellen und funktionalen Privatisierung zu finden sind – klassische Bereiche der Daseinsvorsorge. Vorausgehen demokratische Entscheidungsprozesse, die vielfach von den Bürger/innen vor Ort angestoßen oder – wie in Berlin in Bezug auf die (teil-)privatisierten Wasserbetriebe – durch einen Volksentscheid direkt demokratisch erzwungen werden. Die Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe durch Rückkauf von Unternehmensanteilen beendete die Phase der Privatisierung von 1999 bis 2013, die Wasserversorgung befindet sich wieder zu 100 Prozent in öffentlicher Hand.<sup>99</sup> Zu nennen ist ferner die Entscheidung einer Gemeinde, sich nach Ablauf eines Konzessionsvertrags gegen eine erneute Konzessionsvergabe an ein Wasserversorgungsunternehmen auszusprechen und stattdessen im Rahmen der Rekommunalisierung die örtliche Wasserversorgung wieder selbst durchzuführen. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG schützt die freie, wieder rückholbare Entscheidung der Kommune, Konzessionsverträge abzuschließen oder auch nicht abzuschließen.<sup>100</sup> Solche Prozesse könnten durch JEFTA II-Investitionsschutzklauseln wie Art. 8.12 CETA erschwert werden. Denn es könnte in solchen Fällen von einem kanadischen Anteilseigner (Investor) der Vorwurf der „indirekten Enteignung“ erhoben werden. Konflikte könnten sich auch in Bezug auf eine künftige Gesetzgebung zur völkerrechtlich gebotenen **Durchsetzung des „Rechts auf Wasser und sanitäre Grundversorgung“** einstellen. Das aus Art. 11, Art. 12 UN-Sozialpakt i.V.m. dem General Comment No. 15 hergeleitete Menschenrecht auf eine Grundversorgung mit Wasser und Sanitärleitungen, das 2010 mit der Resolution 64/292 von der UN Generalversammlung anerkannt wurde,

99 Zum aktuellen Stand s. Senatsverwaltung für Finanzen, Rückkauf der Berliner Wasserbetriebe abgeschlossen, <https://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoegen/nachrichten/artikel.30112.php>; dazu ausf. Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 796.

100 Wieland, Der Abschluss von Konzessionsverträgen als Teil der gemeindlichen Selbstverwaltung, DÖV 2015, 169, 171f.

enthält eine wichtige Kernpflicht, die von allen Staaten einzuhalten ist: die Sicherung des Zugangs zu einem für die Existenzhaltung erforderlichen Minimum an quantitativ und qualitativ ausreichendem Wasser für den persönlichen (häuslichen) Gebrauch. Unter Einbezug des General Comment No. 15 und maßgeblicher WHO-Daten ergibt sich eine Kernpflicht aller Staaten, den Menschen in ihrem Herrschaftsgebiet Zugang zu einer Mindestversorgung von 20 Litern Wasser pro Tag/Person zu ermöglichen, damit diese ihre existentiellen Bedürfnisse an Trinkwasser und Hygiene befriedigen können.<sup>101</sup> Auf der internationalen Ebene ist kürzlich mit der neuen UN-Nachhaltigkeitsagenda 2030 auch eine neue Umsetzungsstrategie und -offensive gestartet worden, wie das Nachhaltigkeitsziel Nr. 6 („goal 6“ – Wasser) zeigt. Frankreich ist inzwischen als erster EU-Mitgliedstaat seiner Umsetzungspflicht als Signatarstaat des UN-Sozialpakts nachgekommen und hat am 14.06.2016 das Gesetz Nr. 758 angenommen, durch das das Gesetz über die öffentliche Gesundheit geändert und ein Kapitel IV eingefügt wurde: „Das Recht auf Trinkwasser und Sanitärversorgung“ („Droit à l’eau potable et à l’assainissement“), das in den Art. L 1314-1 ff. ausführlich geregelt ist. Danach hat jede Person das Recht, jederzeit Zugang zu einer ausreichenden Menge an Trinkwasser und zu Sanitäreinrichtungen zu erhalten, um die Grundbedürfnisse befriedigen zu können. Art. L 1314-2 verpflichtet Gemeinden mit mehr als 3.500 Einwohner/innen, öffentliche Toiletten allen Personen unentgeltlich zugänglich zu machen. Gemeinden mit mehr als 15.000 Einwohner/innen müssen kostenlose Duschen einrichten und unterhalten.

Probleme könnten sich im Hinblick auf JEFTA und JEFTA II einstellen, wenn z.B. gemischt-wirtschaftliche Wasserversorger von gesetzlichen Preisobergrenzen und „Cut off“-Verboten betroffen sind, an denen ein japanischer Investor beteiligt ist. Denn dann verringert sich durch die gesetzlichen Maßnahmen die Renditeerwartung des Investors. Dies könnte als „unfaire Behandlung“ ausgelegt werden und ein Investor-Staat-Verfahren nach sich ziehen.

**Berlin, den 15. Oktober 2018**

**Prof. Dr. Silke R. Laskowski**

---

<sup>101</sup> Dazu näher Laskowski., Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 182 ff.

*Bewegt Politik*  
**campact!**

Campact e.V.  
Artilleriestraße 6  
27283 Verden/Aller  
[www.campact.de](http://www.campact.de)