

**Rechtliches Gutachten zu möglichen Verstößen gegen
Investitionsschutzregelungen des Freihandelsabkommens CETA durch
Maßnahmen der kommunalen Wasserwirtschaft, ISDS-
Schiedsgerichtsverfahren und Haftungsfragen**

gerichtet an die
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen
im Deutschen Bundestag

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

12. September 2016

A. Ergebnisse

1. In Deutschland zählen die öffentliche Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung zu den Kernbereichen der demokratisch verfassten Daseinsvorsorge gem. Art. 28 Abs. 2, Abs. 1 GG, deren Aufgaben regelmäßig von den Kommunen aus Gründen des Gemeinwohls (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 GG) wahrgenommen werden. Sie sind verpflichtet, die Grundversorgung der örtlichen Bevölkerung mit Wasser- und Abwasserdienstleistungen sicherzustellen („Erfüllungspflicht“, „Letztverantwortung“). Es handelt sich um Pflichtaufgaben i.S.v. §§ 50, 56 Wasserhaushaltsgesetz (WHG), die in den vorsorgenden und nachhaltigen Gewässerschutz nach Maßgabe der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG und des WHG eingebunden sind. Die öffentliche Trinkwasserversorgung stellt einen besonderen wasserwirtschaftlichen Gemeinwohlbelang dar, §§ 3, 6, 50 WHG, der in der Rechtsprechung des BVerfG von jeher betont wird (BVerfGE 10, 113; 58, 341); von hervorgehobener Bedeutung ist daher der Grundwasserschutz.
2. Die historisch gewachsene, kommunale (staatliche) Monopolstruktur der öffentlichen Abwasserentsorgung und der öffentlichen Wasserversorgung in Deutschland verstößt nicht gegen das Europäische Wettbewerbsrecht, sondern steht in Einklang mit Art. 106 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. Art. 14 AEUV, der den Stellenwert der Daseinsvorsorge in der Union betont, i.V.m. Protokoll Nr. 26 AEUV und Art. 36 GRC. Das deutsche Modell der öffentlichen Abwasserentsorgung und Trinkwasserversorgung fällt in den Bereich des unionsrechtlichen „Status Quo“, den die EU nach Art. 205, 207 Abs. 3 S. 2 AEUV aufgrund der primärrechtlichen Verpflichtung zu Kohärenz („Kohärenzgebot“) im Rahmen von CETA beachten und entsprechende Ausnahmen von Liberalisierungspflichten vereinbaren muss.
3. CETA zählt zu den internationalen Übereinkünften, die vom Rat gem. Art. 216 Abs. 1 AEUV geschlossen werden. Ihnen kommt Rechtsnormqualität zu. Nach der Rechtsprechung des EuGH werden die Abkommen mit ihrem völkerrechtlichen Inkrafttreten zum „integralen Bestandteil“ der Unionsrechtsordnung. Art. 216 Abs. 2 AEUV ordnet die unionsrechtliche Verbindlichkeit der Abkommen für die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten an. Damit kommt internationalen Übereinkommen wie CETA Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten zu, so dass sie das nationale Recht im Falle einer Kollision verdrängen – sofern keine mitgliedstaatlichen Vorbehalte vorgesehen sind (dazu unten).

4. Aus der in Art. 216 Abs. 2 AEUV angeordneten Bindungswirkung für die Unionsorgane folgt zudem, dass internationale Abkommen der Union wie CETA im Rang über dem unionsrechtlichen Sekundärrecht stehen – sofern keine unionalen Vorbehalte vorgesehen sind (dazu unten 9-13). Sekundärrecht wie die WRRL 2000/60/EG, die für den Schutz der Trinkwasserressourcen in Europa eine immens wichtige Rolle spielt, steht dann unter einem wirtschaftsliberalen „CETA-Vorbehalt“ und muss CETA-konform ausgelegt und angewendet werden. Dies hätte für den Gewässerschutz in der EU und in Deutschland, der durch die WRRL geprägt und am Vorsorgegrundsatz ausgerichtet ist, „wirtschaftsliberale Folgen“.
5. Der Anwendungsbereich von CETA umfasst auch Dienstleistungen der Daseinsvorsorge wie die öffentliche Wasserversorgung und die Abwasserentsorgung.
6. Dienstleistungen „in Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten“ werden nur partiell in Kapitel 8 („Investitionsschutz“) und 9 („grenzüberschreitender Dienstleistungshandel“), aber – anders als in GATS - nicht generell vom CETA-Anwendungsbereich ausgenommen. Die „Hoheitsklauseln“ in Art. 8.2 und 9.2 CETA entsprechen der Definition in Art. 1 Abs. 3 GATS. Ausgenommen sind nach Art. 8.2 Abs. 2 lit. c) i.V.m. Art. 8.1 und Art. 9.2 i.V.m. Art. 9.1 CETA lediglich Tätigkeiten, die „nicht zu kommerziellen Zwecken oder im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistern erbracht“ werden. Ob die Dienstleistungen der öffentlichen Abwasserentsorgung und der Wasserversorgung unter die Hoheitsklausel fallen, ist unklar und sehr unsicher. Vor allem in Bezug auf privatrechtlich organisierte kommunale Dienstleister in der öffentlichen Wasserversorgung, die sich „unternehmerisch“ gerieren, dürfte die Anwendung wohl zu verneinen sein. Wie die Hoheitsklauseln in Art. 8.2. und 9.2 CETA im Falle eines Rechtsstreits von dem in Kapitel 29 vorgesehenen Schiedspanel („Staat-Staat“) oder dem in Kapitel 8 vorgesehenen ICS-Sondergericht („Investor-Staat“) letztlich ausgelegt wird, ist aber völlig unklar.
7. Kapitel 8 legt einen sehr weiten Investitionsbegriff („jegliche Art von Beteiligung an einem Unternehmen“) zugrunde, der u.a. auch „die Erwartung von Erträgen oder Gewinnen“, „vergebene Konzessionen“ und sog. Portfolioinvestitionen umfasst und schützt. Problematisch ist insbesondere, dass der Begriff „Konzession“ eine Interpretation ermöglicht, die behördliche Erlaubnisse zur Nutzung von Gewässern („Wasserrechte“) umfasst. Dies führt dazu, dass der Investitionsschutz in Kapitel 8, Art. 8.10 („fair und gerecht“) und Art. 8.12 („Enteignung“), sich auch auf behördlich erteilte Wassernutzungserlaubnisse bezieht – etwa die Erlaubnis zur Förderung einer

bestimmten Menge Grundwasser; die Erlaubnis zur Entnahme einer bestimmten Menge Oberflächenwasser als Kühlwasser zum Betrieb eines Kohlekraftwerkes. Wird eine solche wasserrechtliche Erlaubnis nachträglich eingeschränkt, widerrufen oder erst gar nicht erteilt (aus Gründen des Gewässerschutzes, vgl. §§ 13, 12 WHG), ist ein anschließendes sondergerichtliches ICS-Streitverfahren möglich („Investor-Staat“) unter dem Aspekt der „unfairen Behandlung“ (Art. 8.10 CETA) oder „indirekten Enteignung“ (Art. 8.12); ob die Behörde nach deutschem Recht rechtmäßig gehandelt hat, ist dann unerheblich.

8. Es fehlt zudem eine qualitative Ausrichtung der geschützten Investitionen bzw. eine Beschränkung des Investitionsschutzes auf solche Investitionen, die eine bestimmte völker- und unionsrechtliche Qualität aufweisen, insbesondere die Bindung an völkerrechtliche Umwelt- und Gesundheitsschutzstandards („Vorsorgeprinzip“) sowie an alle Kernarbeitsnormen der ILO – Kanada (CETA) hat nur sieben Kernarbeitsnormen ratifiziert, die USA (TTIP) nur zwei.
9. Selbst minimale (indirekte) kanadische Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in Deutschland werden durch die speziellen Investitionsstandards „fair und gerecht“ und „indirekte Enteignung“ in CETA Kapitel 8, Art. 8.10 und 8.12, geschützt. Die bisherige Schiedsgerichtspraxis legt aktuell beide Begriffe sehr weit und zugunsten von Investoren aus.
10. Die in Anhang 8-A („Enteignung“) vorgesehene Konkretisierung des Begriffs „indirekte Enteignung“ ist immer noch weit gefasst. Ob eine indirekte Enteignung vorliegt, ist u.a. „von Fall zu Fall nach Würdigung der Fakten zu treffen“. Diese Art der Konkretisierung ist nicht geeignet, eine weite Auslegung des Begriffs zu verhindern.
11. Die CETA-Investitionsschutzregelungen sind geeignet, nationale Gesetzgebung und sonstige staatliche Maßnahmen zugunsten der Daseinsvorsorge, die darauf abzielen, soziale, gesundheits- oder umweltschützende Standards zu erhöhen, zu behindern oder gar zu vereiteln – z. B. die Einführung neuer Grenzwerte für Verschmutzungsabgaben in der Abwasserwirtschaft, neue Regelungen für einen stärkeren Grundwasserschutz (um das Ziel des „guten Zustands“ nach Maßgabe der WRRL 2000/60/EG zu erreichen), die Begrenzung von Gebühren und Entgelten für Wasserdienstleistungen („Sicherung der menschenrechtlich gebotenen Grundversorgung für alle“), die Verpflichtung zum Hinweis auf bestimmte Gesundheitsgefahren von Produkten, die Anhebung der Löhne nach dem Mindestlohngesetz oder die Einführung eines Entgeltgleichheitsgesetzes für Frauen und Männer (auch im Hinblick auf die

in der öffentlichen Wasserwirtschaft Beschäftigten). Denn solche staatlichen Maßnahmen (Bund, Länder, Kommunen) können mit den CETA-Investitionsschutzregelungen in Konflikt geraten und zu Investorklagen vor dem nebenstaatlichen „ICS-Sondergericht“ führen (Art. 8.18 ff. CETA), Vorwurf: „unfaire und ungerechte Behandlung“ und/oder „indirekter Enteignung“, Art. 8.10, Art. 8.12.

12. Der Begriff „indirekte Enteignung“ ist unklar und kann die Rekommunalisierung von privatisierten Daseinsvorsorgeaufgaben angesichts drohender ICS-Streitverfahren erschweren.
13. Ob für öffentliche Wasserdienstleistungen die Ausnahmeklausel in Art. 1.9 Abs. 1 CETA („Wasser“) in Anspruch genommen werden kann, hängt davon ab, ob es sich dabei um eine „kommerzielle Nutzung“ i.S.v. Art. 1.9 Abs. 3 CETA handelt – dann unterliegen sie den CETA-Liberalisierungspflichten. Die Auslegung dieses in CETA nicht definierten Begriffs ist unklar und eröffnet sehr weite Interpretationsmöglichkeiten. Es spricht aber viel dafür, insbesondere die Tätigkeit privatrechtlich organisierter kommunaler Dienstleister als „kommerzielle Nutzung“ einzuordnen.
14. Anhang II bezieht sich laut „Kopfvermerk“ (einleitende Erläuterungen zu Anhang II) auf „Vorbehalte gegen künftige Maßnahmen“. Die Erläuterungen selbst beziehen sich allerdings auch auf „bestehende Maßnahmen“, so dass davon auszugehen ist, dass Anhang II nicht nur künftige, sondern auch bereits bestehende CETA-widrige Maßnahmen (Gesetze etc.) umfaßt.
15. Ausnahmen für „öffentliche Versorgungsleistungen“, insb. „Umweltdienstleistungen“, behält sich die EU für alle Sektoren in ihrer Vorbehaltsliste in Anhang II vor, jedoch nur in Bezug auf die Verpflichtung „Marktzugang“. Diese sog. „Public-utility“-Ausnahme in Anhang II bezieht sich nicht auf die anderen Liberalisierungspflichten in Kapitel 9 und Kapitel 8, insbesondere nicht auf den Investitionsschutz in Art. 8.10 („fair und gerecht“) und Art. 8.12 („Enteignung“); ein Verstoß gegen Art. 8.10 und Art. 8.12 kann zu einem sondergerichtlichen ICS-Streitverfahren führen.
16. Durch den „public utility“-Vorbehalt wird keine umfassende Ausnahme von den CETA-Verpflichtungen für öffentliche Dienstleistungen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung in der EU oder in Deutschland begründet.
17. Wasserversorgungsdienstleistungen fallen zudem unter die sektorbezogene Ausnahme der EU-Vorbehaltsliste in Anhang II „Wasserentnahme, Wasseraufbereitung und Wasserverteilung“; die Ausnahme umfaßt ausdrücklich auch das Bereitstellen von Trinkwasser. Sie bezieht sich jedoch nur auf zwei Liberalisierungspflichten: „Marktzugang“ und

„Inländerbehandlung“. Die übrigen Verpflichtungen in Kapitel 8 und Kapitel 9, insbesondere der Investitionsschutz in Art. 8.10 und Art. 8.12 („ICS-Streitverfahren“), bleiben wirksam, sondergerichtliche ICS-Streitverfahren bleiben daher möglich.

18. Abwasserdienstleistungen fallen in den von CETA erfassten Sub-Sektor der „Umweltdienstleistungen“ und werden an verschiedenen Stellen genannt. Ausdrückliche Schutzregelungen für den Abwasserbereich finden sich nur in einem geringen Umfang – nur für den „Marktzugang“ in der Annex II-Liste der Bundesrepublik Deutschland, jedoch nicht in der Annex II-Liste der EU.
19. Um den bestehenden Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland abzusichern, hätte es an sich der Listung in Anhang I der Bundesrepublik Deutschland bedurft: Benennung der vorbehaltenen, geschützten Bereiche und der vorbehaltenen, bestehenden Maßnahmen, die trotz CETA-Widrigkeit aufrechterhalten werden. Daher hätte es nahe gelegen, in die Annex 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. Da sich aber die Anhang II-Listen nun auch auf bereits bestehende Maßnahmen beziehen, kann davon ausgegangen werden, dass der Status Quo des öffentlichen Wasser- und Abwassersektors durch Anhang II geschützt wird – allerdings nur in dem dort vorbehaltenen Umfang (Listung).
20. Soweit die Anhang II-Vorbehaltslisten der EU und Deutschlands den öffentlichen Wasser- und Abwassersektor einbeziehen, schützen die in Anhang II gelisteten Vorbehalte die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung in Deutschland nicht umfassend, denn die Vorbehalte schützen nur vor einzelnen Liberalisierungspflichten (s.o.).
21. Dem CETA-Kapitel „Öffentliches Beschaffungswesen“ ist zu entnehmen, dass die EU bereit ist, künftig auch Abwasserkonzessionen in dieses Kapitel einzubeziehen. Abwasserkonzessionen laufen auf eine Entstaatlichung der hoheitlichen Abwasserentsorgungsaufgabe hinaus und wären mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren.
22. Verstöße der Kommunen, ihrer Einrichtungen und Unternehmen gegen CETA-Pflichten sind in vielfältiger Weise möglich. Kommunale Verstöße gegen die Investitionsschutzregelungen Art. 8.10 und Art. 8.12 CETA können sondergerichtliche Investor-Staat-Streitverfahren gegen die Bundesrepublik

Deutschland auslösen, Art. 8.18 ff. CETA. Sollte der klagende Investor obsiegen, ist die Bundesrepublik Deutschland zur Zahlung von Schadenersatz oder Entschädigung in erheblichem Umfang verpflichtet – mehrere Millionen Euro sind nach den bisherigen Erfahrungen mit ISDS-Schiedsgerichtsverfahren zu erwarten.

- 23.** Der Bund kann in solchen Fällen (s.o. Nr. 22) gem. Art. 104a GG Regress bei dem Bundesland nehmen, dessen Kompetenzbereich betroffen ist – also bei dem Bundesland, in dessen Gebiet die für die Verurteilung ursächliche Kommune liegt. Ob das Bundesland, dessen Haushalt durch den Regress des Bundes stark belastet werden würde, seinerseits Regress bei der Kommune nehmen kann, hängt von dem jeweiligen Landesrecht ab – im Falle eines Rückgriffs auf die Kommune käme es am Ende zu einer immensen Belastung des Kommunalhaushalts.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung und Fragestellung.....	9
B.	Gutachten.....	14
I.	Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft (Daseinsvorsorge).....	14
1.	Öffentliche Wasserversorgung.....	15
2.	Öffentliche Abwasserentsorgung.....	17
3.	Gewässerschutz: Vorsorgende, nachhaltige Wasserwirtschaft.....	20
4.	Wasserwirtschaftliche Daseinsvorsorge der Kommunen.....	22
II.	Völkerrechtliche Freihandelsabkommen und EU-Recht.....	24
III.	GATS/WTO: Internationaler Dienstleistungshandel, Doha-Runde.....	29
IV.	EU-Freihandelsabkommen und Daseinsvorsorge.....	32
V.	Schutz der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung durch Ausnahmen und Vorbehalte in CETA?.....	37
1.	Art. 1.9 CETA: Rechte und Pflichten in Bezug auf Wasser.....	38
2.	Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt.....	43
3.	Anhang I: Vorbehalte der EU und Deutschlands	48
4.	Anhang II: Vorbehalte der EU und Deutschlands.....	50
a.	Anhang II EU: Public Utility / Öffentliche Versorgungsleistungen.....	51
b.	Anhang II EU: Trinkwasserversorgung.....	53
c.	Anhang II Deutschland: Abwasserentsorgung.....	54
d.	Zwischenergebnis.....	55
5.	Sonstige Regulierungsrechte – right to regulate.....	57
VI.	CETA-Kollisionen – Investitionsschutz.....	58
VII.	Öffentliches Beschaffungswesen.....	66
VIII.	ICS-Verfahren und Regreß des Bundes gem. Art. 104a GG.....	68
IX.	Fazit.....	69

A. Einleitung und Fragestellung

Am **29. Februar 2016** veröffentlichte die EU-Kommission die offizielle **Endfassung des CETA-Vertragstexts**. Erst am 5. Juli 2016 veröffentlichte die EU-Kommission die deutsche Fassung des CETA-Textes (COM (2016) 444 final, Annex I, vom 05.07.2016) sowie die förmlichen Beschlussvorschläge für den Rat über den Abschluss des Abkommens (*Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits*, COM (2016) 443/F1), über die Unterzeichnung (*Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits*, COM (2016) 444 final) sowie über die vorläufige Anwendbarkeit (*Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits*, COM (2016) 470/F1).

Die CETA-Texte vom 29.02.2016 und vom 05.07.2016 zeigen nach wie vor, dass die kommunale (Abwasser-) Wasserwirtschaft, die Artikel 28 Absatz 2 Grundgesetz in Deutschland in besonderer Weise verfassungsrechtlich schützt und die zudem vom EU- Primärrecht als besonders sensibler Daseinsvorsorgebereich der Mitgliedstaaten eingeordnet wird, durch verschiedene Regelungen in den Kapiteln „Dienstleistungen“, „Wettbewerb“, „Öffentliche Beschaffung“, „Subventionen“, „Regulierungsvorschriften“ und „Investitionen“ von CETA direkt oder indirekt betroffen sein wird. Eine generelle Ausnahme für kommunale Daseinsvorsorgebereiche vom Anwendungsbereich und den Liberalisierungspflichten besteht nicht. Zudem favorisiert CETA den sog. Negativlisten-Ansatz, der für die wasserwirtschaftliche Daseinsvorsorge der Kommunen mit erkennbaren Risiken verbunden ist.

Zudem: Beide o. g. CETA-Fassungen (2016) enthalten ein Kapitel über den stark umstrittenen Investitionsschutz und den Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus (ICS). Zwar wurde das Investitionsschutzkapitel – Kapitel 8 „Investitionen“ – im Rahmen der Rechtsförmlichkeitsprüfung ergänzt um EU-Vorschläge, die zuvor zum Investitionsschutz in TTIP formuliert worden waren. So bekräftigen die Vertragsparteien nun in Art. 8.9 Ziffer 1 („Investitionen und Regulierungsmaßnahmen“) ausdrücklich, *„für die Zwecke dieses Kapitels (...) ihr Recht, zur Erreichung legitimer politischer Ziele wie des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit, des Schutzes der Umwelt oder der öffentlichen*

Sittlichkeit, des Sozial- oder Verbraucherschutzes oder der Förderung und des Schutzes der kulturellen Vielfalt in ihrem jeweiligen Gebiet regelnd tätig zu werden“.

Darüber hinaus soll nach Art. 8.9 Abs. 2 der alleinige Umstand, dass eine Vertragspartei gesetzgebend tätig wird, einschließlich Änderungsgesetzgebung, die einen Investor negativ betrifft oder dessen Erwartungen, einschließlich Gewinnerwartungen, beeinträchtigt, nicht ausreichen, um einen Verstoß gegen die in Abschnitt D (“Investment protection”) geregelten Verpflichtungen (Art. 8.9 ff.) begründen zu können. Gleichwohl stellen sich auch in Hinblick auf diese „Klarstellungsregelungen“ verschiedene Auslegungsfragen – etwa in Bezug auf das Zusammenspiel mit Art. 8.10 Ziffer 4 und Art. 8.12 „Enteignungen“ –, die letztlich durch das umstrittene ICS-Sondergericht für sog. Investor-Staat-Streitigkeiten geklärt werden sollen.

2. Bevorstehender Ratsbeschluss: „Vorläufige Anwendbarkeit“

Bereits nach der „vorläufigen Tagesordnung“ für die Ratssitzung am 13. Mai 2016 war zu erwarten, dass der Rat einen Beschluss über die „vorläufige Anwendbarkeit“ von CETA gem. Art. 218 Abs. 5 AEUV fassen würde. Die Tagesordnung wurde jedoch kurzfristig geändert, zu dem Ratsbeschluss kam es nicht.

Nun hat die EU-Kommission am 5. Juli 2016 u.a. einen förmlichen Beschlussvorschlag zur vorläufigen Anwendbarkeit des CETA-Abkommens vorgelegt. Der Ratsbeschluss zur vorläufigen Anwendbarkeit von CETA steht somit unmittelbar bevor. Die Kommission strebt die Beschlüsse des Rates über den Abschluss sowie über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung bereits am 18. Oktober 2016 im *Rat für Allgemeine Angelegenheiten* an, damit das CETA-Abkommen anschließend auf dem EU-Kanada-Gipfel am 27. Oktober 2016 unterzeichnet werden kann.¹

Nach Art. 218 Abs. 5 AEUV kann der Rat der EU beschließen, dass völkerrechtliche Verträge (bereits) vorläufig anwendbar sind – also schon vor der formellen Annahme durch das Europäische Parlament und Ratifizierung werden die CETA-Regelungen angewendet. Ein solches Verfahren der „vorläufigen Anwendung“ kennt das Grundgesetz nicht, das europäische Verfahren weicht hier von dem in der Bundesrepublik Deutschland bekannten Verfahren ab; danach gelten die Regelungen erst, wenn das Parlament zugestimmt hat, Art. 59 Abs. 2 GG.

Ob die „vorläufige Anwendbarkeit“ auch den ISDS in Kapitel 8, Abschnitt F erfasst, ist in Deutschland zwar umstritten. Anknüpfend an den Investitionsbegriff wird vertreten, es liege ein Bereich der „gemischten Zuständigkeiten“ von Union und Mitgliedstaaten

¹ Dt. Bundestag, Referat PE 4 EU-Verbindungsbüro, Kurzmitteilung aus Brüssel Nr. 3/2016 v. 05.07.2016, Verabschiedung des Kommissionsvorschlags für Beschlüsse des Rates zum Abschluss sowie zur Unterzeichnung und vorläufigen Anwendung des Umfassenden

vor („gemischtes Abkommen“), der der vorläufigen Anwendbarkeit allein durch Ratsbeschluss entzogen sei.

Die EU-Kommission vertritt hingegen die Rechtsauffassung, CETA sei ein „EU-only“-Abkommen (ausschließliche Zuständigkeit der EU) ohne gemischte Zuständigkeiten, wie Kommissarin *Malmström* zuletzt am 5. Juli 2016 erneut deutlich machte: *„Die Kommission ist der Auffassung, dass das Abkommen vom rein juristischen Standpunkt aus betrachtet in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt. Angesichts der offenkundigen politischen Situation im Rat verstehen wir jedoch, dass das CETA als „gemischtes“ Abkommen vorgelegt werden muss, wenn eine rasche Unterzeichnung ermöglicht werden soll.“*

Nur aus politischen Gründen und um eine baldige Unterzeichnung und vorläufige Anwendung zu ermöglichen, hat die Kommission beschlossen, CETA dem Rat als „gemischtes“ Abkommen vorzuschlagen – infolgedessen dürfen auch die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten über die Annahme dieses völkerrechtlichen Abkommens abstimmen (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG). Die Kommission tut dies ausdrücklich unbeschadet ihrer rechtlichen Einschätzung, die sie bereits im Zusammenhang mit dem Freihandelsabkommen zwischen der EU und Singapur dargelegt hat, welches dem EuGH derzeit zur Kontrolle vorliegt; mit dem Gutachten des EuGH wird Anfang 2017 gerechnet.

Sollte der Rat tatsächlich am 18. Oktober 2016 die vorläufige Anwendbarkeit des CETA-Abkommens beschließen, so wäre Folgendes zu beachten: Selbst dann, wenn der Beschluss auf die Bereiche der ausschließlichen Kompetenz der EU beschränkt bliebe, wäre unsicher, welche Bereiche ausgeschlossen wären und ob der ISDS dazu zählen würde. Schließlich gehen die CETA-Regelungen selbst von der vorläufigen Anwendbarkeit des ISDS aus. Dies lässt sich Kapitel 30 („Final Provisions“ bzw. „Schlußbestimmungen“) entnehmen, welches Regelungen über Vertragsänderungen, die Inkraftsetzung und die vorläufige Anwendung enthält. Der dort geregelte Art. 30.8 Ziffer 2 sieht die vorläufige Anwendbarkeit von Kapitel 8, Abschnitt F, ausdrücklich vor; Art. 30.8 Ziffer 4 ermöglicht zudem eine ICS-Klage noch drei Jahre nach Beendigung der vorläufigen Anwendung auch dann, wenn das Abkommen gar nicht in Kraft treten sollte.

Dies gilt auch im Falle eines „gemischten Übereinkommens“, dem die mitgliedstaatlichen Parlamente nur insgesamt die Zustimmung verweigern könnten; dann allerdings wäre das gemischte Übereinkommen gescheitert. Verweigern die mitgliedstaatlichen Parlamente – hier: der Deutsche Bundestag, Art. 59 Abs. 2 GG² – die Zustimmung jedoch nicht, so wird das völkerrechtliche Abkommen für die Mitgliedstaaten verbindlich, Art. 216 Abs. 2 AEUV. CETA steht dann im Rang über dem Sekundärrecht und unterhalb des Primärrechts.

² Und wohl auch der Bundesrat.

Die Bundesrepublik Deutschland wäre gem. Art. 4 Abs. 3 EUV („Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“) verpflichtet, die CETA-Regelungen effektiv umzusetzen und anzuwenden.³ Damit erlegt Art. 4 Abs. 3 EUV allen mitgliedstaatlichen Ebenen und Ausprägungen mit Inkrafttreten des CETA – u. U. auch schon früher, falls der Rat beschließen sollte, CETA gem. Art. 218 Abs. 5 AEUV für vorläufig anwendbar zu erklären – die primärrechtliche Pflicht zur Umsetzung und Anwendung der CETA-Regelungen auf,⁴ die mit Inkrafttreten Teil des Unionsrechts werden. Ein inhaltlicher Ermessensspielraum der staatlichen Einrichtungen besteht insoweit nicht. Damit wirken sich die CETA-Regelungen unmittelbar auf die mitgliedstaatlichen Rechtsunterworfenen aus.

3. Konsequenzen für die kommunale Wasserwirtschaft (Wasserversorgung, Abwasserentsorgung)

Dies 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 vgl. BVerfGE 107, 59) sind an die CETA-Liberalisierungspflichten gebunden und verpflichtet, sie umzusetzen, Art. 207 EAUUV, Art. 4 Abs. 3 EUV.

Der Umsetzungsdruck wird erhöht durch die **Investitionsschutzregelungen** des CETA-Abkommens. Kapitel 8 /CETA 2016 bezieht die regionale und lokale Ebene ausdrücklich mit ein, sofern keine Ausnahmen vorgesehen sind, vgl. Art. 8.4 („Market access“) Ziffer 1 („regional and local level“) und Art. 8.15 („Reservations and exceptions“) Ziffer 1 lit. iii („provincial, territorial, or regional government“) sowie lit. iv („local government“). Von Bedeutung sind auch die Vorbehalte in Annex I und II. Es erscheint keinesfalls ausgeschlossen, dass bereits in Kürze auch Handlungen und Entscheidungen der Kommunen (Zweckverbände oder Wasserverbände), die die öffentliche Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung betreffen, gegen CETA-Verpflichtungen gemäß Kapitel 8 („Investitionsschutz“) verstoßen und **ICS-Verfahren** gegen die Bundesrepublik Deutschland auslösen können.

³ „Effet utile“, vgl. EuGH, verb. Rs. 205 bis 215/82, Slg. 1983, 2633 Rn. 17 – Deutsche Milchkontor.

⁴ Vgl. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1252, 1270 – Costa E.N.E.L.

4. Fragestellung

Vor diesem Hintergrund sowie beziehend auf die Antworten der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zu den Auswirkungen von CETA auf die kommunale Daseinsvorsorge, insbesondere die Wasserwirtschaft, vom 14.7.2016 (BT-Drucksache 18/9193), sind in dem angebotenen rechtlichen Gutachten – auch unter Berücksichtigung der Frage inwieweit CETA über das GATS hinausgeht – folgende Rechtsfragen zu begutachten:

1. Wird der Status Quo der kommunalen Wasserwirtschaft in Deutschland als Daseinsvorsorgebereich und seine Einbindung in den vorsorgenden Gewässerschutz nach Maßgabe des WHG und der Landeswassergesetze durch Vorbehalte insbesondere in Annex I und II sowie in Art. 1.9 des Ceta-Abkommens ausreichend geschützt?
2. Bleibt der Handlungsspielraum der kommunalen Wasserwirtschaft in Bezug auf künftige Maßnahmen erhalten, die aus Gründen der Daseinsvorsorge und des Umweltschutzes erforderlich werden (insbesondere Vorbehalte in Annex II sowie in Art. 1.9 des CETA-Abkommens)?
3. Bleibt der Handlungsspielraum des Staates (Bund, Länder, Kommunen) in Bezug auf künftige Maßnahmen erhalten, die aus Gründen der Daseinsvorsorge und des Umweltschutzes, insbesondere des Grundwasserschutzes, erforderlich werden oder droht ein Verstoß gegen Investitionsschutzregelungen des CETA-Abkommens,
 - Beispiel: Einführung eines gesetzlichen Cutt off-Verbots und/oder Preisobergrenzen für Gebühren/Entgelte zur Sicherung der Grundversorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser- und Abwasserentsorgungsleistungen ?
 - Beispiel: Konkurrierende Grundwassernutzung, Anträge von CETA-begünstigten Großbetrieben mit hohem Wasserverbrauch
 - Beispiel: Rekommunalisierung der Trinkwasserversorgung, z.B. aufgrund von Volksbegehren wie im Falle Berlins ?
4. Sollte es zu einer Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland zu Schadenersatz- oder Entschädigungszahlungen durch das ICS- Schiedsgericht kommen, weil eine kommunale Maßnahme gegen die Investitionsschutzregelungen des CETA-Abkommens verstößt, könnte der Bund anschließend Regress gem. Art. 104a Abs. 6 GG bei dem Land nehmen, in dem die Kommune liegt?

A. Gutachten

I. Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft (Daseinsvorsorge)

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 infolgedessen 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 regelmäßig die Kommunalverwaltung gegenüber ihrer örtlichen Bevölkerung erbringen muss und die nach geltendem Recht im Rahmen von Gebietsmonopolen erbracht werden darf. 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 Einwohnerinnen und Einwohnern 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 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“).⁵

Die für die Wasserwirtschaft maßgeblichen Regelungen finden sich in erster Linie im Wasserhaushaltsrecht. Die Teilbereiche der Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung werden daneben durch verschiedene andere Normen auf Bundes- und Landesebene geprägt, die den Gesundheitsschutz, das Kommunalverfassungsrecht, das Kartellrecht oder auch das Steuerrecht betreffen. Primär findet es seine Grundlage jedoch im Gewässerschutzrecht.

⁵ 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.

Die öffentliche Wasserwirtschaft zählt zu den Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge, die von der Selbstverwaltungsgarantie gem. in Art. 28 Abs. 2 GG erfaßt werden. Sowohl Dienstleistungen der öffentlichen Wasserversorgung als auch die der öffentlichen Abwasserentsorgung werden umfaßt.⁶ 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 2010⁷ 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“*.

1. Öffentliche Wasserversorgung

Die „öffentliche Wasserversorgung“ zählt als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft zum Aufgabenbereich der kommunalen Daseinsvorsorge (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG).⁸ 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 AVBWasserV⁹.

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

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

8 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.

9 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 Endabnehmern/-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.

Die Anschlussrate liegt in Deutschland bei 99 %. Qualität - nach Maßgabe der Trinkwasserverordnung 2001¹⁰ - und Versorgungssicherheit der Trinkwasserleistungen in Deutschland gelten als sehr gut.¹¹ Hier steht die langfristige Sicherung einer gesundheitlich unbedenklichen Trinkwasserqualität ohne aufwändige Aufarbeitungsprozeduren für das Rohwasser im Vordergrund.¹² Ein gewandeltes Umweltbewußtsein führt inzwischen zu einem kontinuierlichen Rückgang des Wasserverbrauchs, der aktuell (2013) im Durchschnitt bei 121 l pro Tag/Person liegt. Wasserverluste (Rohrbrüche, Leckage) wurden durch die Versorgungseinrichtungen inzwischen stark reduziert (1998: 600 Mio. m³, 2007: 462 Mio. m³).¹³

Die Trinkwasserpreise gelten als nahezu stabil: 1.000 Liter Trinkwasser kosten durchschnittlich 1,69 € (2013), die Grundgebühr pro Jahr beträgt durchschnittlich 70,98 € (2013); der Wasserverbrauch liegt bei 121 Litern/Person/Tag.¹⁴ 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 Gebührenberechnung 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.¹⁵

Etwas anderes galt für das Sondermodell der 1999 privatisierten Wasserversorgung in Berlin. Der Wasserpreis stieg seit 2001 um etwa 35 % und lag 2006 bei 2,31 €/m³, er liegt seit 2010 bei 2,19 €/m³ (01.01.2013).¹⁶ Der ungewöhnliche Preisanstieg wurde auf den implementierten Kommerzialisierungsansatz („Nachteilsausgleich“ für

10 VO über die Qualität v. Wasser für den menschlichen Gebrauch v. 21.05.2001, BGBl. I, S. 959, neugefasst durch Bek. v. 10.3.2016, BGBl. I 459. 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. Sie setzt auch 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.

11 Vgl. BMU (Hrsg.), Wasserwirtschaft in Deutschland, Teil 1, 2001, S. 5.

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

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

14 Statistisches Bundesamt, Zahlen und Fakten, Gesamtwirtschaft und Umwelt, Umweltstatistische Erhebungen, Wasserwirtschaft: Entgelt für die Trinkwasserversorgung privater Haushalte 2011-2013, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Umwelt/UmweltstatistischeErhebungen/Wasserwirtschaft/Tabellen/TabellenEntgelt.html>.

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

16 Statistisches Bundesamt, Fn. 14.

die Privatinvestoren RWE und Veolia, § 27 Abs. 3 Konsortialvertrag) zurückgeführt, der in der herkömmlichen Gebührenberechnung fehlt.¹⁷ 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 %) 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 Berliner Wasserbetriebe abgeschlossen, die durch einen erfolgreichen Volksentscheid im Februar 2011 von der Berliner Bevölkerung erzwungen wurde.¹⁸ Das Bundeskartellamt hat inzwischen die verfügte Preissenkung für die Jahre 2013 bis 2018 verlängert¹⁹

2. 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 Abwasser- und Abwasserbehandlungsanlagen 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

17 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 (29.08.2016); 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 verbraucherschutzfeindlichen Situation, das 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.

18 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 (29.08.2016).

19 Bundeskartellamt, Senkung der Berliner Wasserpreise, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/07_05_2014_Wasser.html.

dem Begriff der „Wasserdienstleistungen“ gem. Art. 2 Nr. 38 lit. b) EU-WRRL, 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 Steuerwissenschaft 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.

Es wird deutlich, dass die **Abwasserbeseitigung** gem. § 56 WHG als vom Staat zu erfüllende Aufgabe, d. h. als **hoheitliche Aufgabe (schlichthoheitliche Verwaltung)**,²⁰ betrachtet wird. 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 repressive 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

20 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.

und Wasserversorgung in den Kommunen meist in unterschiedliche 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 / m³ (2010); Niederschlagswasserentgelt 0,49 Euro/ m³ (2010); Grundgebühr pro Jahr 15,39 Euro / m³ (2010).²¹

3. Gewässerschutz: Vorsorgende, nachhaltige Wasserwirtschaft

Die Qualität der Wasserversorgung ist abhängig von der Quantität und Qualität der örtlichen (Grund-)Wasserressourcen. In Deutschland werden etwa 70 % des Trinkwassers aus Grund- und Quellwasser gewonnen, der Rest aus Oberflächenwasser und Uferfiltrat.²² 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“).²³ Maßgeblich ist das Schutz- und Bewirtschaftungskonzept des am 1.3.2010 novelliert in Kraft getretenen WHG²⁴, 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 normativen 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

21 Statistisches Bundesamt, Entgelt für die Entsorgung von Abwasser aus privaten Haushalten 2008 bis 2010, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Umwelt/UmweltstatistischeErhebungen/Wasserwirtschaft/Tabellen/TabellenEntgeltEntsorgungBL.html> (29.08.2016).

22 UBA, Fn. 13.

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

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

Lebensgrundlage des Menschen, als Lebensraum für Tiere und Pflanzen sowie als nutzbares Gut zu schützen.“²⁵

Die Sicherung der Trinkwasserversorgung stellt in diesem Kontext einen hervorgehobenen Belang des wasserrechtlichen Allgemeinwohls²⁶ dar, § 3 Nr. 11, § 6 Abs. 1 Nr. 4 WHG. 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 und den „Folgen des Klimawandels“ ausdrücklich vorzubeugen. Dies kann Auswirkungen auf die gestattete Fördermenge des Rohwassers haben und die Fördermenge einschränken, §§ 8, ²⁷ 9 Abs. 1 Nr. 1, 5, § 12 WHG („repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt“).

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.²⁸ 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

25 Näher Laskowski/Ziehm, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 57 ff.; vgl. auch Laskowski, Nachhaltige Wasserwirtschaft einschließlich der Naturschutzaspekte, in: Czybulka (Hrsg.), Das neue Naturschutzrecht des Bundes, 2011, S. 277 ff.

26 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.

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

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

berücksichtigen sind, lassen sich so minimieren.²⁹ Daher ist es besorgniserregend, dass in Deutschland etwa 60 % der Oberflächengewässer und 53 % der Grundwasserkörper in Deutschland das durch die WRRL vorgegebene Bewirtschaftungsziel des „guten Zustands“ bis 2015 nicht erreichen werden.³⁰

4. 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 Verantwortungszuweisung 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 Recht“). 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,³¹ 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.³² Nach wie vor bezieht sich die staatliche

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

30 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.

31 In diesem Sinn auch Czychowski/Reinhardt, § 50 Rn.11, 13; § 56 Rn. 4, 8ff.; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 538.

32 Eine klarstellende Entscheidung des BVerfG dazu, ob die Wasserver- und Abwasserentsorgung zum Kernbereich kommunaler bzw. staatlicher Daseinsvorsorge zählen, steht zwar noch aus, in Lit. und Rspr. wird diese Auffassung aber stark vertreten, vgl. Nierhaus in: Sachs, Art. 28 Rn. 51; Czychowski/Reinhardt, § 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, Bschl. 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, Vorlagebeschl. v. 17.12.1997 – 6 C 2/97 -, Rn. 52, 54 (Abwasserentsorgung und Privatisierungsverbot) – Juris. Zur besonderen Bedeutung der

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.³³

Daseinsvorsorge zählt auch heute 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 Selbsterwaltung durch gesetzliche Eingriffe in den Kernbereich nicht ausgehöhlt werden.³⁴ Dabei kommt der **Organisationsfreiheit der Kommunen** eine hervorgehobenen Bedeutung zu, wie das **BVerfG** in einem aktuellen Beschluß vom 19.11.2014 betont:³⁵

„Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers findet seine Grenze im Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie. Mit Blick auf die Aufgabengarantie zählt zum Kernbereich allerdings kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, 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

öffentlichen Wasserversorgung s. auch BVerfG, Bschl. 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. 22 m. w. N.
33 Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 50 Rn. 18.

34 Vgl. BVerfGE 79, 143 ff.

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

muss, zu dem durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgten Kernbereich. Das gilt jedoch nur in ihrem Grundbestand.³⁶

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.“³⁷

Gesetze des Bundes und der Länder, die die „eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen“ und ihre gemeindlichen Hoheitsrechte (Gebiets-, Planungs-, Personal-, Organisations- und Finanzhoheit) betreffen, 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. Anderenfalls droht im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG ein ernsthafter **verfassungsrechtlicher Konflikt** – dazu näher unten zu V. 3.

II. Völkerrechtliche Freihandelsübereinkommen und EU-Recht

Freihandelsabkommen zählen zu den internationalen Übereinkünften, die vom Rat gem. Art. 216 Abs. 1 AEUV geschlossen werden. Ihnen kommt Rechtsnormqualität zu. Nach der Rechtsprechung des EuGH werden die Abkommen mit ihrem völkerrechtlichen Inkrafttreten zum „integralen Bestandteil“³⁸ der Unionsrechtsordnung. Neben der völkerrechtlichen Bindungswirkung der von der EU geschlossenen internationalen Übereinkünfte, die sich aus dem Völkerrecht selbst ergibt (pacta sunt servanda)³⁹, ordnet Art. 216 Abs. 2 AEUV die unionsrechtliche Verbindlichkeit der Abkommen für die Unionsorgane und

36 BVerfG, Bschl. 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.

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

38 Std. Rspr. seit EuGH, Rs. 181/73, Slg. 1974, 449 Rn. 5 – Haegeman.

39 Art. 26 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), s. Herdegen, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, § 15 Rn. 16 ff.

die Mitgliedstaaten an. Damit kommt internationalen Übereinkommen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten zu, so dass sie das nationale Recht im Falle einer Kollision verdrängen – sofern keine mitgliedstaatlichen Vorbehalte vorgesehen sind. Ob einzelne völkerrechtliche Regelungen unmittelbar anwendbar sind – von nationalen Behörden und Gerichten – und ob sich Einzelne darauf berufen können, hängt von ihrer Klarheit und Bestimmtheit ab.⁴⁰

Aus der in Art. 216 Abs. 2 AEUV angeordneten **Bindungswirkung** folgt zudem, dass die internationalen Abkommen der Union im **Rang über dem unionsrechtlichen Sekundärrecht** stehen – sofern keine unionalen Vorbehalte vorgesehen sind;⁴¹ allerdings müssen die Übereinkünfte mit dem Primärrecht der Union in Einklang stehen.⁴² Bei “gemischten Verträgen” ist zwischen der unionalen und der mitgliedstaatlichen Komponente zu unterscheiden: Am Vorrang des Unionsrechts nimmt nur die unionale Komponente teil.⁴³ Gleichwohl behalten die Übereinkünfte ihren völkerrechtlichen Charakter bei und sind nach den Regeln des Völkerrechts auszulegen – daher kann ein- und derselbe Rechtsbegriff unionsrechtlich anders auszulegen sein als nach völkerrechtlichen Kriterien.⁴⁴ Es ist somit möglich, dass ein vor einem nationalen Gericht klagendes Unternehmen die Verletzung von Völkerrecht durch sekundäres Unionsrecht rügt – z.B. einen Verstoß der WRRL 2000/60/EG gegen ein völkerrechtliches Abkommen, z.B. CETA – und im Rahmen eines Vorlageverfahrens gem. Art. 267 AEUV die Vereinbarkeit von EU-Recht mit Völkervertragsrecht vom EuGH geklärt wird, sofern die streitige Norm konkret gefasst und sich das private Unternehmen darauf unmittelbar berufen kann.⁴⁵

Eine Ausnahme macht der EuGH bislang noch für die internationalen Freihandelsabkommen im Rahmen der Welthandelsorganisation/WTO (GATT – internationaler Warenhandel; **GATS** – internationaler Dienstleistungshandel; TRIPS - Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums; alle in Anhang I C des Übereinkommens zur Errichtung der

40 Einzelne können sich uU unmittelbar auf verbindliche Beschlüsse von internationalen Gremien berufen, die durch Unionsabkommen eingerichtet werden, vgl. EuGH, Rs. C-192/89, Slg. 1990, I-3461 Rn. 14 ff.; näher Schroeder, § 21 Rn. 17

41 EuGH, Rs. C-308/06, Slg. 2008, I-4057 Rn. 42 – Intertanko; Rs. C-366/10, Slg. 2011 I-13833 Rn. 50 – Air Transport Association of America; s. auch Terhechte, in: Schwarze, Art. 216 Rn. 20; Schroeder, § 21 Rn. 18.

42 Mögele, in: Streinz, Art. 216 AEUV Rn. 45 ff, 52 ff.

43 Terhechte in: Schwarze, Art. 216 Rn. 22.

44 EuGH, Rs. 270/80, Slg. 1982, 329 Rn. 15f. – Polydor; Gutachten 1/91, EWR I, Slg. 1991, I-6079 Rn. 14.

45 Vgl. EuGH, Rs. C-366/10 Rn. 73, 76, 87 – Air Transport Association of America u.a. Vorgelegt hatte der Brit. High Court of Justice, geklagt hatten mehrere US-amerikanische Luftfahrtunternehmen gegen Normen der RL 2008/101/EG, durch die in Drittstaaten ansässige Luftfahrtunternehmen in den europäischen Emissionszertifikatehandel einbezogen und zum Erwerb von Zertifikaten gezwungen werden.

Welthandelsorganisation aufgeführt). Hier gilt in std. Rspr., dass

“die WTO-Übereinkünfte wegen ihrer Natur und ihrer Systematik grundsätzlich nicht zu den Normen gehören, an denen der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Unionsorgane misst“⁴⁶.

Ausnahmen gelten nach der Rechtsprechung des EuGH aber bereits für das TRIPS-Übereinkommen. So hat der EuGH schon im Jahre 2000 in der „Dior“-Entscheidung klargestellt, dass die Mitgliedstaaten zu einer TRIPS-konformen Auslegung ihres nationalen Verfahrensrechts verpflichtet sind.⁴⁷ Zwar geht der EuGH in Bezug auf das TRIPS-Abkommen weiterhin davon aus, dass

„die Bestimmungen des Übereinkommens (...) für den Einzelnen keine Rechte (begründen), auf die er sich nach dem Gemeinschaftsrecht vor den Gerichten unmittelbar berufen könnte.“

Gleichwohl sind die

„nationalen Gerichte (...) jedoch bei der Anwendung ihrer nationalen Rechtsvorschriften im Rahmen der Anordnung von Maßnahmen zum Schutz von Rechten, die zu einem Bereich gehören, auf den das TRIPS- Übereinkommen anwendbar ist und in dem die Gemeinschaft bereits Rechtsvorschriften erlassen hat, wie es beim Markenrecht der Fall ist, aufgrund des Gemeinschaftsrechts verpflichtet, so weit wie möglich dem Wort- laut und dem Zweck der einschlägigen Bestimmungen der Gemeinschaft in der Ersten Richtlinie 89/104 über die Marken und derjenigen des TRIPS- Übereinkommens Rechnung zu tragen.“⁴⁸

In einem aktuellen Beschluss vom 30.01.2014 stellt der EuGH nun fest, dass Art. 27 TRIPS („Patente“) zur gemeinsamen Handelspolitik der Union gehört und die Erfindung eines chemischen Arzneimittelwirkstoffs unter Art. 27 TRIPS falle, sofern keine Ausnahme greife.“⁴⁹

46 Zuletzt EuGH v. 18.12.2014, Rs. C-306/13, ABI. Nr. C 252 v. 31.08.2013, Rn. 34 – LVP NP; s. auch EuGH, Rs. C-377/02, Slg. 2005, I-1465 Rn. 39 ff. – Van Parys; Rs. 93/02 P, Slg. 2003, I-10497 – Biret International SA/Rat; Rs. C-76/00 P, Slg. 2003, I-00073 Rn. 53 – Petrotub und Republica/Rat; Rs. C-27/00 und C-122/00, Slg. 2002, I-02569 Rn. 93 – Omega Air u.a.; Rs. C-307/99, Slg. 2001, I-3159 Rn. 24 – OGT Fruchthandelsgesellschaft; Rs. C-149/96, Slg. 1999 I-08395 Rn. 22 – Portugal/Rat.

47 EuGH, Rs. C-300/98, Slg. 2000, I-11307 – Dior.

48 EuGH, Rs. C-245/02, Slg. 2004, I-10989 Rn. 54 f. – Anheuser-Busch

49 EuGH, Rs. C-372/13, ABI. Nr. C 175 vom 10.6.2014, S. 18–19 – Warner Lambert Company.

Die bilateralen EU-Freihandelsabkommen **CETA** und **TTIP** dürften jedoch anders als die WTO-Übereinkommen einzuordnen sein, denn sie zählen bereits zur „neuen Generation bilateraler Freihandelsabkommen mit be deutenden Handelspartnern“ mit ausdrücklich strengeren Bestimmungen zum Wettbewerb und zu Beihilfen.⁵⁰ Aus dem vorliegenden CETA-Entwurf wird deutlich, dass die CETA-Regelungen konkrete Liberalisierungsverpflichtungen der Vertragsparteien zugunsten von privaten Wettbewerbern vorsehen. Daher ist zu erwarten, dass der EuGH künftig die CETA-Regelungen und die noch nicht bekannten TTIP-Regelungen, die CETA nachgebildet sein werden, heranziehen wird, um an diesem völkerrechtlichen Maßstab die Rechtmäßigkeit von sekundärrechtlichen Rechtsakten der Union zu messen und den Mitgliedstaaten der Union Vorgaben für die Auslegung von CETA und TTIP zu geben – vorausgesetzt, die betreffenden CETA-Regelungen sind mit dem Primärrecht der Union vereinbar. Dass sich der EuGH in seiner Zuständigkeit durch das **ICS-Sondergericht** eingeschränkt sehen könnte, ist nicht zu erwarten. Vielmehr spricht das **EuGH-Gutachten 2/13** vom 18.12.2014 (“Beitritt der EU zur EMRK”) dafür, dass die CETA-Regelungen in Bezug auf das Investor-Staat-Streitverfahrens vor dem ICS-Sondergericht **nicht mit Art. 344 AEUV vereinbar** sind. Denn CETA enthält keine Regelung über das Verhältnis zwischen dem ICS-Sondergericht und dem EuGH, erlaubt jedoch ausländischen Investoren Streitverfahren gegen die Union und die Mitgliedstaaten mit dem Vorwurf, CETA werde durch Unionsrecht oder im Zusammenhang mit Unionsrecht verletzt. Insoweit könnte das ICS-Streitverfahren geeignet sein, das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV zu umgehen und damit die **“Autonomie des Rechtssystems der Union”** zu beeinträchtigen,⁵¹ deren Wahrung allein der EuGH sichert.

Insgesamt wird deutlich: CETA wird aus unionsrechtlicher Perspektive das Recht der Mitgliedstaaten und das Sekundärrecht der EU nicht nur stark beeinflussen, sondern ggf. abändern, jedoch nur soweit die Regelungen des Freihandelsabkommens mit dem Primärrecht der Union in Einklang stehen. Die Letztentscheidung über diese Fragen obliegt dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH, EuG) als kontrollierende dritte Gewalt der Union – „Rechtsunion“ –

50 Vgl. EU-Komm., Mitteilung v. 04.10.2006, Ein wettbewerbsfähiges Europa in einer globalen Welt, KOM (2006) 567 endg. S. 9 ff.; s. auch Held, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 7. Teil B. Rn. 64.

51 Zwar hat der EuGH klargestellt, dass eine internationale Übereinkunft, die die Schaffung eines mit der Auslegung ihrer Bestimmungen betrauten Gerichts vorsieht, dessen Entscheidungen für die Organe, einschließlich den Gerichtshof, bindend sind, grds. nicht mit dem Unionsrecht unvereinbar ist, EuGH, Gutachten 2/13 v. 14.12.2014 Rn. 182; Gutachten 1/91, Rn. 40, 70; Gutachten 1/09, Rn. 74. Der EuGH hat aber auch betont, dass die „Autonomie des Unionsrechts“ durch den Beitritt der Union zu dem Übereinkommen nicht beeinträchtigt werden darf, Art. 344 AEUV, Gutachten 2/13, Rn. 194ff., 199, 201, 201, 207.

gem. Art. 19 EUV, innerhalb der Grenzen, die sich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 EUV ergeben.⁵²

In diesem Zusammenhang hebt der EuGH in dem Gutachten 2/13 vom 14.12.2014 auch hervor, dass „im Mittelpunkt“ des von den Unionsorganen beim Abschluss internationaler Abkommen zu beachtenden Primärrechts, welches über Autonomie im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten sowie zum Völkerrecht verfügt,

„die durch die Charta – die nach Art. 6 Abs. 1 EUV den gleichen rechtlichen Rang hat wie die Verträge – anerkannten Grundrechte (stehen), deren Achtung eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Union ist, so dass Maßnahmen, die mit diesen Rechten unvereinbar sind, in der Union nicht zulässig sind.“⁵³

Mit Blick auf die Leistungen der **Daseinsvorsorge** kommt hier u.a. Art. 36 der Charta („Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“), Art. 34 Charta („Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung“) i.V.m. Art. 53 Charta und Art. 11, 12 UN-Sozialpakt,⁵⁴ General Comment No. 15 (2002)⁵⁵ (**„Menschenrecht auf Grundversorgung mit Wasser und sanitären Leistungen“**)⁵⁶ besondere Bedeutung zu, mit dem die CETA-Regelungen in Einklang stehen müssen; anderenfalls wären die Regelungen „in der Union nicht zulässig“ – dazu näher unten V. 3.

52 Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 19 EUV Rn. 4; s. auch EuGH, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339 Rn. 23 („Rechtsgemeinschaft“) und EuGH, Urt. v. 13.01.2015, Rs. C-401/12 P bis C-403/12 P, ZUR 2015, 160, 161.

53 EuGH, Gutachten 2/13 v. 14.12. 2014, Rn. 169 (curia.europa.eu); vgl. auch EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 Rn. 41 – ERT; Rs. C-299/95, Slg. 1997, I-2629, Rn. 14 – Kremzow; Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 73 – Schmidberger; Rs. C-402/05 und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351 Rn. 283 f. – Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission 54 BGBl. 1973 II, S. 1570.

55 UN Dok/E/C.12/2002.

56 Vgl. Rudolf, in Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 35 Rn. 10, die das aus Art. 11,12 UN-Sozialpakt herzuleitende „Recht auf Wasser und sanitäre Grundversorgung“ nicht Art. 35, sondern der Gewährleistung des Art. 34 Charta zuordnet; s. auch Borowsky, in Meyer, a.a.O., Art. 53 Rn. 12, wonach Art. 53 Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht einbezieht, um den menschenrechtlichen Status Quo aufrechtzuerhalten, wie er durch das Unionsrecht, das Recht der Mitgliedstaaten und das Völkerrecht gegenwärtig gewährleistet wird. Zum Menschenrecht auf Wasser und sanitäre Grundversorgung – Kernpflicht der Staaten: Bereitstellung von 20 Litern Wasser pro Tag pro Person – ausf. Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010; zu Umsetzungsdefiziten in Deutschland vgl. dies., Time for Implementation of the Right to Water and Sanitation – e.g. The missing Implementation in Germany, JEEPL 2012, 164 ff.; als erstes europäischer Staat hat Frankreich am 14.06.2016 durch Gesetz Nr. 758 das Gesetz über die öffentliche Gesundheit geändert und Kapitel IV neu eingefügt: „Das Recht auf Trinkwasser und Sanitärzugang“, Art. L 1314-1 ff., mit dem das Menschenrecht auf Wasser und sanitäre Grundversorgung umgesetzt wird – dazu näher unten.

Sofern ein Freihandelsabkommen als "gemischtes Abkommen" abgeschlossen wird – so voraussichtlich CETA⁵⁷ –, obliegt die Kontrolle der den Mitgliedstaaten verbleibenden Kompetenzen weiterhin den mitgliedstaatlichen Gerichten – in Deutschland letztlich dem BVerfG, das den erforderlichen Zustimmungsakt des Deutschen Bundestages gem. Art. 59 Abs. 2 GG in Bezug auf die genannten Freihandelsabkommen auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz prüfen kann.

III. GATS/WTO: Internationaler Dienstleistungshandel, Stand der Doha-Runde

Die in CETA (TTIP und TiSA) verwendeten Begrifflichkeiten orientieren sich an den Begriffen des WTO-Rechts, im Hinblick auf den Handel mit Dienstleistungen an dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services – GATS), das 1995 in Kraft trat.⁵⁸ Es bezieht den internationalen Handel mit Dienstleistungen in den Prozeß der Liberalisierung des Welthandels mit ein. Es zielt darauf, die Dienstleistungsmärkte der Mitgliedstaaten zu öffnen und Zugangsbeschränkungen zu beseitigen. GATS ist als internationales Handelsabkommen der WTO auf fortschreitende Liberalisierung gerichtet.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich des GATS sind nach der „**Hoheitsklausel**“ in Art. I Abs. 3 GATS solche Dienstleistungen, die „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ erbracht werden, die definiert werden als solche, die „nicht auf kommerzieller Basis oder im Wettbewerb mit anderen Dienstleistern“ erfolgen (zu den Auslegungsproblemen näher unten).

Die Verhandlungen verlaufen nach dem Prinzip "Forderung (Request) – Angebot (Offer)". Einzelne WTO-Mitgliedsländer richten konkrete Forderungen an andere Mitgliedsstaaten, bestimmte Dienstleistungssektoren zu liberalisieren. An diese Forderungsphase schließt sich die Angebotsphase an. In ihr legen die Mitgliedsstaaten konkrete Angebote vor, welche Dienstleistungssektoren sie in welchem Umfang zu liberalisieren bereit sind. Erst danach beginnen dann die eigentlichen Verhandlungen. Dahinter steht die Idee, durch gegenseitige Zugeständnisse eine möglichst große Handelsfreiheit zu erreichen.

Die GATS-Verhandlungen basieren auf **Positivlisten** (zum aktuellen Stand der „Doha-Runde“ s.u.). Die WTO-Mitgliedstaaten benennen dort ganz konkret

57 Vgl. Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, Rechtsgutachten i. A. d. Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2014, S. 13, 27.

58 BGBl. 1994 II, S. 1442 (englisch); S. 1624 (deutsch).

diejenigen Bereiche und Maßnahmen, in denen sie ausdrücklich zu Liberalisierungsmaßnahmen bereits sind. Die am Ende „ausgehandelten“ Listen bedürfen zu ihrer Annahme einer 2/3-Mehrheit der WTO-Mitgliedstaaten, vgl. Art. X Abs. 3, Abs. 4 WTO-Übereinkommen. Sie werden dann gem. Art. XX GATS dem GATS als Anhänge beigefügt und gelten als integraler Bestandteil des GATS, vgl. auch Art. XXIX GATS. Diese Listen enthalten enumerativ und abschließend die zusätzlich eingegangenen spezifischen Verpflichtungen, darüber hinaus auch die Ausnahmen vom Meistbegünstigungsprinzip. Erst aus dem Gesamthalt der Listen eines Mitgliedstaats – für Deutschland aus der EU-Liste – lässt sich das eigentliche Maß der Liberalisierungspflichten entnehmen.⁵⁹

Bislang besteht eine Doppelmitgliedschaft für die EU und die EU-Mitgliedstaaten, die notwendig wurde, weil die Union vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages am 1.12.2009 nicht über die umfassenden Kompetenzen für den Außenhandel verfügte (im Hinblick auf Art. 133 Abs. 6 EG blieb es bei „gemischten“ Kompetenzen). Die GATS-Verhandlungen führte die EU-Kommission. Seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages 2009 stehen der EU ausschließliche Außenhandelskompetenzen zu, Art. 207 AEUV, die auch ausländische Direktinvestitionen umfassen (allerdings ist zweifelhaft, ob auch sog. Portfolioinvestitionen erfaßt werden, so dass insoweit wohl „gemischte“ Kompetenzen anzunehmen sind⁶⁰). Allerdings besaß die EU bereits vor Inkrafttreten des Reformvertrages die Außenkompetenz für sämtliche Erbringungsformen von Dienstleistungen, die in Art. 1 Abs. 2 GATS genannt sind. Die ausschließliche Außenhandelskompetenz führt nun dazu, dass die EU-Mitgliedstaaten keine völkerrechtlichen Verträge in diesem Regelungsbereich mehr schließen dürfen. Im Hinblick auf die seit 2001 laufenden GATS-Verhandlungen im Rahmen der „Doha-Runde“, die seit Juni 2016 wieder an Fahrt aufnimmt⁶¹, wird daher vertreten, dass nur noch die EU und nicht mehr (auch) die Mitgliedstaaten das Abschlußdokument der noch un abgeschlossenen „Doha-Runde“ ratifizieren dürfe.⁶²

Für die Bundesrepublik Deutschland dürfte jedoch ein Wegfall der Beteiligung durch Ratifikation (Art. 59 Abs. 2 GG) nach Maßgabe des „**Lissabon**“-**Urteils** des BVerfG

59 Hinzu kommen sektorspezifische Regelungen in Anlagen und Protokollen zum GATS, die einen wesentlichen Bestandteil bilden, dazu Weiss/Hermann, Welthandelsrecht, 2003, S. 356.

60 Mayer, Rechtsgutachten, 2014, S. 13.

61 WTO, News on the negotiations, insb. „Domestic Regulation“, https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/s_negs_e.htm.

62 Frenz, Handbuch des Europarechts, 6. Band, 2011, Rn. 5080 ff.; Bungenberg, EuR 2009, Beiheft 1, S. 195, 206; differenziert Osteneck, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 207 AEUV, Rn. 198, die im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 AEUV für die Unterzeichnung des Doha-Abschlußdokuments eine Rückermächtigung der Mitgliedstaaten durch die EU für erforderlich hält; s. auch Hahn, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 207 Rn. 76 ff.

vom 30.06.2009⁶³ aus verfassungsrechtlichen Gründen kaum möglich sein. Denn das BVerfG geht davon aus, dass erstens, „der Vertrag von Lissabon die Mitgliedstaaten nicht zur Aufgabe ihres Mitgliedstatus zwingen“ könne, und zweitens, die „rechtliche und diplomatische Präsenz“ der Mitgliedstaaten die Voraussetzung dafür sei, „am Diskurs über gesellschafts-, wirtschaft-, und sozialpolitische Grundfragen teilzunehmen und die Argumente und die Ergebnisse dann auf nationaler Ebene verständlich zu machen und zu debattieren.“ Die Bundesregierung müsse daher dem Bundestag und dem Bundesrat über die Themen der Welthandelsrunden und die vom Rat festgelegten Verhandlungsrichtlinien (Art. 218 Abs. 2 AEUV) unterrichten und „dadurch die Prüfung der Einhaltung des Integrationsprogramms durch die Europäische Union und die Kontrolle der Tätigkeit der Bundesregierung“ ermöglichen. Angesichts der „gemeinsamen Integrationsverantwortung und der gewaltenteilenden Aufgabenaufdifferenzierung unter den Verfassungsorganen“ sei die Bundesregierung dazu verfassungsrechtlich verpflichtet⁶⁴

Im Rahmen der noch nicht abgeschlossenen „Doha“-Runde, die seit 2001 aufgrund des Beschlusses des Allgemeinen Rates der Welthandelsorganisation (2000) Verhandlungen zur weiteren Liberalisierung des Dienstleistungshandels führt, anknüpfend an Art. XIX GATS, wurde auf Betreiben der EU 2003 die Klassifikation „Umweltdienstleistungen“ in die GATS-Verhandlungen eingeführt. Seither gelten Wasser- und Abwasserentsorgungsdienstleistungen als potentielle GATS-Verhandlungsgegenstände. Dadurch werden wasserwirtschaftliche Daseinsvorsorgeleistungen der Kommunen betroffen. Der bisherige Verhandlungsverlauf ließ erkennen, dass die EU-Kommission ein deutliches Interesse daran hatte, wasserwirtschaftliche Dienstleistungen in die Verhandlungen einzubeziehen. So enthielt der an 72 WTO-Mitgliedstaaten (davon 65 Entwicklungsländer) gerichtete EU-Forderungskatalog 2003 die Forderung nach einer Öffnung der Trinkwasserversorgung für Europäische Unternehmen. In Ihrer **Angebotsliste** beschränkte die **EU** wasserwirtschaftliche Dienstleistungen jedoch auf den europäischen **Abwasserbereich**, für den sie eine Liberalisierung anstrebte. Die intransparenten GATS-Verhandlungen und die von der EU eingeführten Verhandlungsvorschläge (Forderungen, Angebote), die eine Liberalisierung der Daseinsvorsorgebereiche „Wasserversorgung und Abwasserentsorgung“ einschlossen, führten 2004 nach gezielten Indiskretionen zu massiven öffentlichen

63 BVerfG, Urt. v. 30.09.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08 u.a. – Juris.

64 BVerfG, Urt. v. 30.09.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08 u.a., Rn. 375 – Juris.

Protesten. Auch deshalb gerieten die GATS-Verhandlungen letztlich bis heute ins Stocken.⁶⁵

2006 brachte die EU – nach Erweiterung des Kreises ihrer Mitgliedstaaten – sog. konsolidierte Vorschläge in die GATS-Verhandlungen ein, die bis heute den GATS-Verhandlungen zugrunde liegen. Die Vorschläge vom 09.10.2006 und 18.12.2006, Dok. S/C/W/273 und S/C/W/273/Suppl. 1, werden jedoch aktuell nicht auf der WTO-Website als Dokument zur Verfügung gestellt. Denn die EU-Vorschläge sind laut WTO noch nicht gem. Dok. S/C/W/273 Absatz 11 wirksam geworden, weil der interne Entscheidungsprozess der EU und ihrer Mitgliedstaaten noch nicht abgeschlossen worden sei;⁶⁶ die Dokumente sind gleichwohl im Internet zu finden.⁶⁷ Den Dokumenten lässt sich entnehmen, dass die EU in der Kategorie „Umweltdienstleistungen“ den Bereich der Abwasserentsorgung weiterhin in ihrer Angebotsliste vorsieht und hier eine Liberalisierung in den Mitgliedstaaten der EU anstrebt. Auf dieser Grundlage werden die Doha-Verhandlungen derzeit geführt; im **Juni 2016** wurde nun ein neuer Anlauf unternommen, die Verhandlungen weiterzuführen, der sich insb. auf den Bereich „domestic regulation“ bezieht.⁶⁸ Angesichts des Umstandes, dass die öffentliche Abwasserentsorgung in Deutschland als Hoheitsaufgabe verstanden wird (s.u. zu I.) – und angesichts des Umstandes, dass Art. 1 Abs. 3 GATS Hoheitsaufgaben nur unter bestimmten Voraussetzungen anerkennt und vom Anwendungsbereich des GATS ausnimmt, s.o. –, bedarf es hier aus verfassungsrechtlicher Sicht eines umfassenden Vorbehalts für den Sektor der öffentlichen Abwasserentsorgung in Deutschland, der diesen von den GATS-Verhandlungen ausnimmt. Ein solcher Vorbehalt fehlt bislang. Im Übrigen gilt auch hier das **Kohärenzgebot**, Art. 205, 207 AEUV (s.o. I.).

IV. EU-Freihandelsabkommen und Daseinsvorsorge

Freihandelsabkommen wie CETA, TTIP und TiSA sind auf eine Liberalisierung des

⁶⁵ Dazu Laskowski, das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 250 ff.

⁶⁶; WTO/World Bank, „GATS“, abrufbar unter [http://i-tip.wto.org/services/\(S\(dxlybpcejmp5goqwxgwqftxr\)\)/default.aspx](http://i-tip.wto.org/services/(S(dxlybpcejmp5goqwxgwqftxr))/default.aspx) (02.09.2016). Vgl. auch WTO, Trade in Services, Certification, Schedule of Commitments, The European Community and its Member States, Dok. S/L/286, 18 December 2006. Vor diesem Hintergrund ist unklar, worauf sich die BReg. bezieht, wenn sie erklärt, dass sie im Hinblick auf den Bereich der (wasserwirtschaftlichen) Daseinsvorsorge „nicht hinter (den) bestehenden Verpflichtungen“ auf GATS-Ebene zurückbleiben könne, BT-Drs. 18/9193, S. 3.

⁶⁷ WTO, Communication from the European Communities and its Member States, Certification, Draft consolidated GATS Schedule, Restricted, S/C/W/273, 9 October 2006, abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/november/tradoc_150087.pdf; WTO, Communication from the European Communities and its Member States, Certification, Draft consolidated GATS Schedule, Supplement, Restricted, S/C/W/273/Suppl. 1, 18 December 2006, abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/september/tradoc_140358.pdf (02.09.2016).

⁶⁸ S. o. Fn. 67.

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).⁶⁹ Dementsprechend enthalten diese Abkommen Vorschriften, die den staatlichen Regulierungsspielraum auch für Dienstleistungen einschränken sollen. Betroffen ist davon u.a. 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.⁷⁰ CETA benutzt die Begriffe „public utilities“, „public services“ – anknüpfend an den französischen Begriff „services d’utilité publique“ – und den deutschen Begriff „Daseinsvorsorge“ z.B. in Annex II (Ausnahmen der EU für zukünftige Maßnahmen, „Reservations for Future Measures“) laut Kommissarin Malmström synonym.⁷¹

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.⁷² 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.⁷³ Private können prinzipiell in die Aufgabenerledigung eingebunden werden, auch durch Übertragung der Aufgabenwahrnehmung kraft Hoheitsakts für einen

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

70 EU-Komm., Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 1996 Nr. C 281 S. 3, Rn. 11; dies. Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20.9.2000, KOM (2000) 580 endg., Rn. 1 u. Anhang II.

71 So Kommissarin Malmström in dem Antwortschreiben an Peter Simon, MdEP und stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Wirtschaft und Währung vom 18.03.2015, S. 2

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

73 Jung in: Calliess/Ruffert, 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.

begrenzten Zeitraum („Konzessionen“); 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 Staat, der sich auf Ausnahmeregelungen beruft, die Darlegungs- und Beweislast, dass die Ausnahmeregelung auch wirklich einschlägig ist; diese Ausnahmeregelungen sind anfällig für Rechtsstreitigkeiten. Drei unterschiedliche Schutzinstrumente zugunsten öffentlicher Dienstleistungen lassen sich im Wesentlichen unterscheiden: sachliche und funktionale Ausnahmeklauseln, Begrenzungen von Verpflichtungen und Rechtfertigungsregelungen.⁷⁵ Dieser Regelungssystematik folgt auch CETA.

CETA gehört zu den Freihandelsverträgen der „neuen Generation“ und regelt 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 CETA zwar an den Vorgaben der internationalen Abkommen des Welthandelsrechts im Rahmen der WTO, vgl. Art. 1 GATT, Art. II GATS, Art. 4 TRIPS, es geht jedoch darüber hinaus.

Laut *Bundeswirtschaftsministerium* ist diese „neue Generation“ von Freihandelsabkommen (...) breit und umfassend angelegt. Die Abkommen betreffen nicht nur tarifäre Fragen (z.B. Fragen des Zolls, Exportsubventionen), sondern enthalten auch Regelungen zu Dienstleistungen, zum Abbau nicht-tarifärer Handelsbarrieren und anderen handelsrelevanten Aspekten wie Investitionen und

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Krajewski/Kynast, S. 15.

Wettbewerbsfragen. Man spricht deshalb auch von so genannten "WTO plus-Abkommen", da sie inhaltlich über die WTO-Agenda hinausgehen.⁷⁶

Bereits aus der CETA-Präambel ergibt sich, dass CETA die Ausweitung des Marktes für Güter und Dienstleistungen durch Reduzierung oder Beseitigung bestehender Barrieren für Handel und Investitionen anstrebt. Sektoren der Daseinsvorsorge werden, so *Kommissarin Malmström* im März 2015, „grundsätzlich von den EU-Handelsabkommen abgedeckt“.⁷⁷ Das gilt auch für CETA.

CETA regelt wie andere Freihandelsverträge auch allgemeine Liberalisierungspflichten 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, vgl. auch Art. 1 GATT, Art. II GATS, Art. 4 TRIPS).⁷⁸ CETA enthält zusätzlich als Besonderheit Investitionsschutzregelungen in Kapitel 8, die die „billige und gerechte Behandlung“ vorschreiben, Art. 8.10 CETA, sowie das Verbot „direkter und indirekter Enteignungen“, Art. 8.12 CETA; zur Durchsetzung des Investitionsschutzes ist ein sog. Investor-Staat-Sondergerichtsverfahren (ICS) vorgesehen, das Investoren die Möglichkeit bietet, die Vertragsstaaten (einschließlich EU-Mitgliedstaaten) vor einem nebenstaatlichen Sondergericht zu verklagen.⁷⁹

Die in CETA (TTIP und TiSA) verwendeten Begrifflichkeiten orientieren sich an den Begriffen des WTO-Rechts, in Bezug auf den Handel mit Dienstleistungen an dem GATS. Als Dienstleistungshandel wird dort gem. Art. I Abs. 2 GATS i.V.m. Art. XXVIII lit. b) GATS die „Erbringung einer Dienstleistung“, d.h. Produktion, Vertrieb, Vermarktung, Verkauf, Bereitstellung von Dienstleistungen, in einer der vier Varianten verstanden:

- *grenzüberschreitende Erbringung (Modus 1)*, d.h. von einem Hoheitsgebiet in ein

76 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Freihandelsabkommen/aktuelle-verhandlungen.html> (21.08.2016).

77 So Kommissarin Malmström (Fn. 71), S. 1.

78 Näher Haltern, in: Ipsen, § 33 Rn. 33 f.

79 Problematisch in Bezug die „Autonomie des Rechtssystems der Union“, dazu bereits oben II.

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.⁸⁰

CETA basiert – anders als GATS („Positivlisten“) – auf einem **Negativlistenansatz**. Negativlisten benennen diejenigen Bereiche, die von der Liberalisierung ausgenommen werden; alles, was dort nicht ausdrücklich genannt ist, unterliegt automatisch den Liberalisierungspflichten des Abkommens. Daher ist insoweit auch die Rede von „list it or lose it“. Dieser Ansatz ist überaus intransparent; relevant werden in diesem Zusammenhang die ausdrücklich gelisteten Vorbehalte für bestimmte CETA-widrige Maßnahmen (Gesetze, Verwaltungsakte etc.) in den Anhängen I und II der EU und der Mitgliedstaaten. Die übrigen EU-Handelsabkommen basieren teils auf Negativlisten, wie CETA, teils auf Positivlisten, wie das Abkommen mit Singapur⁸¹ oder auf sog. Hybridmodellen, in denen Nichtdiskriminierungsvorschriften in einer Negativliste, hingegen Marktzugangsbestimmungen in einer Positivliste geregelt sind; TTIP und TiSA werden derzeit auf Basis des Hybridmodells verhandelt.

⁸⁰ Vgl. Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, § 2 Rn. 439

⁸¹ Umstr. ist, ob es sich um ein „gemischtes Abkommen“ handelt. Daher hat die Komm. zur Klärung ein Verfahren zur Einholung eines Gutachtens beim EuGH eingeleitet, Dok. der EU-Vorlage RAT:13177/15 Limite v. 19.10.2015. Mit dem Gutachten wird Anfang 2017 gerechnet.

Im Hinblick auf öffentliche Dienstleistungen der kommunalen wasserwirtschaftlichen Daseinsvorsorge stehen Kapitel 9 „Grenzüberschreitender Dienstleistungshandel“ und Kapitel 8 „Investitionsschutz“ i.V.m. Anhang I und Anhang II der EU und Deutschlands im Vordergrund.

V. Schutz der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung durch Ausnahmen und Vorbehalte in CETA?

Die bundes-, landes- und kommunalrechtlich abgesicherte Monopolstellung der in „geschlossenen Daseinsvorsorgemärkten“ agierenden kommunalen Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungseinrichtungen sowie die landes- und kommunalrechtliche (satzungsrechtliche) Freiheit zur Regulierung und Gestaltung dieser Dienstleistungen, wird im Hinblick auf die CETA-Liberalisierungspflichten (Marktzugang; Inländergleichbehandlung; Meistbegünstigung, Investitionsschutz, s.u.) rechtfertigungsbedürftig – sofern CETA keine ausdrücklichen Ausnahmen und Vorbehalte für monopolisierte Daseinsvorsorgeleistungen regelt, droht eine Kollision mit den CETA-Pflichten.⁸²

Diesbezüglich vertritt die *Bundesregierung* die Auffassung, die gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung würden in ihrer in Deutschland bestehenden Form umfassend durch CETA-Ausnahmeklauseln und Vorbehalte der EU und Deutschlands geschützt, namentlich durch

- Art. 1.9 CETA („Wasser“),
- die „Hoheitsklauseln“ in CETA-Kapitel 8 („Investitionsschutz“) und 9 („grenzüberschreitender Dienstleistungshandel“) sowie
- den „public utility“-Vorbehalt in Anhang II der EU,
- den sektorspezifischen Vorbehalt für die Trinkwasserversorgung in Anhang II der EU und
- den ergänzenden sektorspezifischen Vorbehalt für die Abwasserentsorgung in Anhang II Deutschlands.⁸³

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, aus den folgenden Gründen:

⁸² Vgl. Nettesheim, Gutachten 2016, S. 37 ff.

⁸³ Antwort der BReg. auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Drs. 18/8807), v. 15.07.2016, BT-Drs. 18/9193, S. 3 ff.; s. auch BT-Drs. 18/7168 v. 28.12.2015, S. 2 ff.

1. Art. 1.9 CETA - Rechte und Pflichten in Bezug auf Wasser

CETA enthält für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge keine allgemeine Ausnahme vom Anwendungsbereich, weder in dem für alle CETA-Kapitel geltenden Kapitel 1 („Allgemeine Begriffsbestimmungen und einleitende Bestimmungen“), noch in Kapitel 32 („Allgemeine Ausnahmen“). Allerdings regelt Art. 1.9 in Kapitel 1 spezielle „Rechte und Pflichten in Bezug auf Wasser“, mit denen Ausnahmen für die öffentliche Wasserwirtschaft verbunden sein könnten. Das ist letztlich jedoch nicht der Fall. Zwar erkennt Art. 1.9 Abs. 1 CETA ausdrücklich an, dass

„Wasser in seinem natürlichen Vorkommen, einschließlich des Wassers von Seen, Flüssen und Stauseen, Grundwasserleitern und Wassereinzugsgebieten, weder eine Ware noch ein Erzeugnis ist. Daher sind lediglich die Kapitel 22 („Handel und nachhaltige Entwicklung“) und 24 („Handel und Umwelt“) auf derartiges Wasser anwendbar.“

Diese Formulierung erinnert an den Erwägungsgrund 1 der europäischen WRRL 2000/60/EG, wonach „Wasser keine übliche Handelsware (ist), sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt“ werden muss. Art. 1.9 Abs. 1 suggeriert, dass die natürlichen Wasserressourcen der Vertragsparteien von den CETA-Liberalisierungspflichten ausgenommen werden und nur den umweltschutzbezogenen Regelungen der Kapitel 22 und 24 unterliegen (zu den nicht unproblematischen Regelungen in Kapitel 24 siehe unten). Aus dem Zusammenspiel mit Art. 1.9 Abs. 2 und Abs. 3 CETA wird jedoch schnell klar, dass die in CETA normierten Liberalisierungspflichten dann für den Wasserbereich gelten, wenn die Vertragsparteien die „kommerzielle Nutzung“ ihrer Wasserressourcen erlauben; eine Verpflichtung der Parteien zur Erteilung einer kommerziellen Nutzungserlaubnis wird an dieser Stelle jedoch ausdrücklich verneint. So heißt es in Abs. 2:

“Jede Vertragspartei hat das Recht, ihre natürlichen Wasserressourcen zu schützen und zu erhalten. Dieses Abkommen verpflichtet eine Vertragspartei nicht, die kommerzielle Nutzung von Wasser gleich zu welchem Zweck, einschließlich Entnahme, Förderung oder Ableitung zum Zwecke der Ausfuhr in nicht abgefülltem Zustand, zu erlauben.“

Abs. 3 jedoch relativiert:

„Erlaubt eine Vertragspartei die kommerzielle Nutzung eines bestimmten

Wasservorkommens, so verfährt sie dabei in einer mit diesem Abkommen vereinbaren Weise.”

Entscheidend ist somit, wann eine „kommerzielle Nutzung von Wasser“ im Sinne des CETA gegeben ist. Denn dann greifen die Liberalisierungspflichten von CETA, die den Handlungsspielraum der Vertragsparteien auf allen Ebenen – einschließlich Länder- und Kommunalebene – beschränken. Eine klarstellende Definition der „kommerziellen Nutzung von Wasser“ ist dem Abkommen nicht zu entnehmen. Die Auslegung des Begriffs bleibt somit völlig unklar. Orientiert man sich an den Begriffen des GATS, die von CETA in Bezug genommen werden, könnte hier eine Auslegung in Anlehnung an den Begriff „commercial basis“ gem. Art. I Abs. 3 lit. b, lit. c GATS in Betracht kommen. Diesbezüglich wird vertreten, der Begriff „auf kommerzieller Basis“ umfasse nur Dienstleistungen, die auf profitorientierter Basis angeboten werden.⁸⁴ Daher ließe sich z.B. im Hinblick auf öffentliche Abwasserdienstleistungen in Deutschland, die als Pflichtaufgaben öffentlich-rechtlicher Körperschaften gem. § 56 WHG in der Regel von kommunalen öffentlich-rechtlichen Anbietern erbracht werden, die dem Gemeinwohl und nicht Profitinteressen, dem Kostendeckungsgrundsatz und dem Äquivalenzprinzip verpflichtet sind – und daher nur in geringem Umfang Gewinn erwirtschaften (dürfen) – zwar vertreten, dass öffentliche Abwasserdienstleistungen nicht „auf kommerzieller Basis“ erfolgen.⁸⁵ Eine „kommerzielle Nutzung von Wasser“ i.S.v. Art. 19 Abs. 3 CETA durch die Einleitung („Ableitung“) von geklärten Abwässern in Oberflächengewässer gegen Zahlung von Gebühren (Entgelte) durch die angeschlossenen Privathaushalte ließe sich dann verneinen. Allerdings erscheint es nicht ausgeschlossen, dass bereits die Entgeltlichkeit der Entsorgungsdienstleistung ausreicht, um die „kommerzielle Nutzung“ zu bejahen. Hier bestehen große Unsicherheiten hinsichtlich der Interpretation des Art. 1.9 CETA. Noch größere Unsicherheiten zeigen sich in Bezug auf gemischt-wirtschaftliche Dienstleister („Public-Private-Partnerships“), die z.T. im Bereich der öffentlichen (kommunalen) Wasserversorgung tätig sind und bei denen die Profitorientierung wegen der privaten Beteiligung stärker ausgeprägt ist. Eine Einordnung als „kommerzielle Nutzung“ i.S.v. Art. 1.9 CETA läßt sich hier keinesfalls ausschließen.

Zudem zeigt ein Vergleich mit der Regelung in Appendix D des Freihandelsabkommens NAFTA (North American Free Trade Agreement) zwischen USA, Kanada und Mexiko, die Art. 1.9 CETA entspricht, dass die behördliche Gestattung einer Wassernutzung gegenüber einem privaten Unternehmen –

84 Krajewski, JIEL 2003, S. 341 ff.; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, S. 245f.

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

Wasserentnahme zur Produktion von Papier – als „kommerzielle Nutzung“ gewertet wurde, so dass der Widerruf der Wassernutzungsrechte nach Produktionseinstellung an den Liberalisierungspflichten des NAFTA gemessen wurde. In einem anschließenden „Investor-State“-Streitverfahren wurde Kanada auf Schadenersatz in Höhe von 467.5 Millionen US Dollar verklagt: das Verfahren endete 2010 mit einem Vergleich, Kanada zahlte 130 Millionen US Dollar an das Unternehmen.⁸⁶ Auch dieses Beispiel zeigt, welche Unsicherheiten mit der Auslegung des Art. 1.9 CETA verbunden sind.

Auch aus dem Zusammenspiel mit Kapitel 24 („Handel und Umwelt“), das zudem i.Z.m. den allgemeinen Ausnahmen in Kapitel 28, Art. 28.3 CETA, von Interesse ist (s.u.), folgt unter dem Aspekt des Umwelt- bzw. Gewässerschutzes keine andere Betrachtung. Zwar betont Art. 24.3 CETA das Regulierungsrecht der Vertragsparteien für den Umweltschutz, das die eigenständige Festlegung des Schutzniveaus einschließt. Angestrebt wird ein „hohes Schutzniveau“ – das für die EU und ihre Mitgliedstaaten i.S. des Vorsorgegrundsatzes gem. 191 AEUV zu bestimmen ist. Wörtlich heißt es in Art. 24.3 Satz 1:

„Die Vertragsparteien erkennen das Recht jeder Vertragspartei an, im Umweltbereich ihre eigenen Prioritäten zu setzen, das Niveau des Umweltschutzes selbst zu bestimmen und ihre Rechtsvorschriften und Strategien – im Einklang mit den multilateralen Umweltübereinkünften, denen sie beigetreten sind, sowie mit diesem Abkommen⁸⁷ – entsprechend festzulegen oder zu ändern.“

Dies aber bedeutet nichts anderes, als dass das Recht der Vertragsparteien zur Umweltschutzregulierung letztlich unter einen CETA-Vorbehalt gestellt wird – also CETA-konform erfolgen muss, in Übereinstimmung mit den Liberalisierungspflichten. Zwar dürfen die Vertragsparteien in Bezug auf Umweltmaßnahmen - einschließlich solcher, die sich aus multilateralen Umweltübereinkommen ergeben - zudem gem. Art. 24.4 Abs. 4 CETA die allgemeine Ausnahmeregelung des Art. 28.3 CETA in Anspruch nehmen. Allerdings läßt sich auch daraus kein größerer Liberalisierungsschutz für die in den Gewässerschutz eingebetteten Dienstleistungen der öffentlichen Wasserwirtschaft herleiten.

Ein Grund dafür liegt in Art. 28.3 Abs. 1 CETA, der **Art. XX des GATT 1994** zum Vertragsbestandteil macht. Art. 28.3 Abs. 1 S. 2 bezieht sich ausdrücklich auf Art. XX

86 Regierung Kanadas, NAFTA Chapter 11 – Investment, Abitibi Bowater Inc. vs. Government of Canada, , www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/diff/AbitibiBowater.aspx?lang=eng (02.09.2016).

87 Hervorhebung durch die Verfin.

lit. b) GATT 1994, d.h. auf „Umweltmaßnahmen, die zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen erforderlich sind“. Die Inkorporation von Art. XX GATT 1994, der einen Ausgleich zwischen Handelsliberalisierung und dem Schutz anderer Gemeinschaftsgüter ermöglichen soll, hat jedoch folgende rechtliche Konsequenz: Der in Art. XX GATT 1994 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 Ausnahmenvorschrift, „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 die Spruchpraxis des WTO-Streitbeilegungsgremiums zu Art. XX GATT 1994 zu beachten sein. Der „Appellate Body“ hat hier in ständiger Entscheidungspraxis diese Prüfungsreihenfolge von Art. XX als „Zwei-Stufen-Test“⁸⁸ bezeichnet und seiner Rechtfertigungsprüfung zugrunde gelegt. Die **Notwendigkeit der Maßnahme** wird regelmäßig nur dann bejaht, wenn keine andere weniger GATT-widrige bzw. hier CETA-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.⁸⁹ Ob also eine staatliche **Handelsbeschränkungsmaßnahme** in Gestalt einer **Umweltschutzmaßnahme** – z.B. die gesetzliche Regelung **strengerer Grenzwerte** für bestimmte gesundheitsschädliche Stoffe wie **Quecksilber**, insb. zum Schutz der Grundwasserqualität, um eine aufwändige Aufbereitung des Rohwassers für die Trinkwasserversorgung zu vermeiden; z.B. eine behördliche Maßnahme in Form einer „nachträglichen Auflage“ gem. § 13 WHG (Verwaltungsakt) gegenüber einem Investor (Unternehmen) oder gegenüber einem Unternehmen, an dem ein CETA-geschützter Investor lediglich beteiligt ist, durch die die **Einleitungsmenge salzhaltiger Produktionsabwässer** in ein bereits stark belastetes Oberflächengewässer reduziert wird, um den „guten Gewässerzustand“ nach Maßgabe des § 27 WHG und Art. 4 WRRL 2000/60/EG („Verschlechterungsverbot, Verbesserungsgebot“)⁹⁰ zu erreichen; z.B. **Widerruf**

88 Dazu Korea – measure Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, Bericht des Appellate Body am 10.1.2001 angenommen, Abs. 164, abrufbar unter https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds161_e.htm

89 Dazu Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, S. 96 ff.

90 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>.

einer zuvor erteilten Gewässernutzungserlaubnis (§ 12 Abs. 2 WHG „behördliches Ermessen“) zur **Entnahme von Kühlwasser** aus einem Oberflächengewässer gem. § 18 WHG infolge veränderter Umweltbedingungen, Stichwort: „**Klimawandelfolgen**“, etwa Rückgang des Grundwasserpegels infolge starker regionaler Trockenperioden, die vor allem in Ostdeutschland zu erwarten sind⁹¹ – am Ende Bestand hat, lässt sich nicht vorhersagen. Denn die Rechtfertigung von Handelsbeschränkungen zum Schutz der Umwelt steht letztlich unter dem **Rechtfertigungsvorbehalt des „Zwei-Stufen-Tests“** und birgt erhebliche Unsicherheiten für den Schutz von Umweltgütern wie Gewässern und aquatischen Ökosystemen, die letztlich auch dem Schutz der menschlichen 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)⁹², Gefahr, als handelsbeschränkende Maßnahme im Lichte von CETA und Art. XX GATT der oben skizzierten „Erforderlichkeitsprüfung“ unterworfen zu werden – mit offenem Ausgang. Daher bestehen auch Zweifel, ob Umweltschutzmaßnahmen gem. Art. 24.4 Abs. 4 CETA und Art. 28.3 CETA das in Art. 20a GG enthaltene **Vorsorgeprinzip**⁹³ in dem gebotenen Maße beachten. Das Vorsorgeprinzip stellt im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund das umweltrechtliche Leitprinzip dar, das primärrechtlich in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankert ist.⁹⁴ Das Vorsorgeprinzip gebietet, dem Entstehen von Umweltbelastungen umfassend vorzubeugen, unabhängig davon, ob ein konkretes Gefährdungspotential belegbar ist. Dabei ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten.⁹⁵ Ein Produkt oder Verfahren darf auch unterhalb der Gefahrenschwelle nicht zugelassen werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein relevanter Schaden verursacht werden könnte.⁹⁶ Demgegenüber wird im angloamerikanischen Raum das sog. Nachsorgeprinzip zugrunde gelegt. Danach stellt ein Produkt oder Verfahren kein Risiko für die Umwelt oder menschliche Gesundheit dar, solange das Gegenteil nicht wissenschaftlich abgesichert belegt ist.⁹⁶ Durch CETA könnte ein Wechsel vom

91 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.

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

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

94 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.

95 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.

96 Vgl. Fisahn/Ciftci, KJ 2015, S. 251, 255 unter Bezugnahme auf Art. 2 CETA-Kapitel 7 über phytosanitäre und sanitäre Maßnahmen.

Vorsorge- zum Nachsorgeprinzip drohen, der mit Art. 20a GG und Art. 191 AEUV nicht vereinbar wäre.⁹⁷ Dies hätte für den Gewässerschutz, vor allem für das Grundwasser als „Rohwasserressource Nr. 1“ der Trinkwasserversorgung in Deutschland, fatale Folgen.

Es erscheint somit unsicher, ob handelsbeschränkende Gewässerschutzmaßnahmen durch den deutschen Bundes- oder Landesgesetzgeber oder durch die Umweltbehörden der Länder — durch Bezugnahme auf Art. 23.8 CETA gerechtfertigt werden können. Die nach Art. XX GATT 1994 entscheidende Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt letztlich im Rahmen eines Staat-Staat-Streitverfahrens nach Kapitel 29 oder aber, sofern Kapitel 8 Abschnitt C betroffen ist – Art. 28.3 Abs. 1 CETA bezieht sich auch auf Kapitel 8 („Investitionsschutz“) Abschnitt C („Diskriminierungsfreie Behandlung“) – in einem ICS-Investitionsschutzverfahren vor einem Staat-Investor-Sondergericht gem. Art. 8.18 CETA. Ob in den Streitverfahren das Vorsorgeprinzip oder das Nachsorgeprinzip Beachtung findet, ist unklar. Dies wirkt sich auf den „Notwendigkeitstest“ aus. Der Ausgang eines Rechtsstreits ist aus oben genannten Gründen nicht vorhersehbar.

Zudem: In den o.g. Fällen könnte auch eine Verletzung der Investitionsschutzstandards in Kapitel 8 („Investitionsschutz“), Abschnitt D – dort Art. 8.10 („billige und gerechte Behandlung“) und Art. 8.12 („Enteignung“) CETA – in Betracht kommen, auf die die „allgemeine Ausnahme“ in Art. 23.8 gar nicht anwendbar ist (auch nicht die Anhänge I und II, s.u.). Neue Gewässerschutzvorschriften oder gewässernutzungsbeschränkende Verwaltungsakte bergen daher auch immer das Risiko, von einem Investor mit Sitz in Kanada / Anteilseigner (geringe Portfolioinvestition reicht aus; indirekte Beteiligung reicht aus) als „**unfaire und ungerechte Behandlung**“ betrachtet zu werden. Diese Rüge wird in internationalen ISDS-Verfahren 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 – dazu näher unten.

2. Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt

Eine generelle Ausnahmeregelung, die den staatlichen Gestaltungsspielraum sichern könnte, enthält etwa das internationale Dienstleistungshandelsabkommen GATS in Art. 1 Abs. 3 lit. b), wonach „Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit

⁹⁷ Fisahn/Ciftci, KJ 2015, S. 251, 255;

erbracht werden“ vom GATS-Anwendungsbereich vollständig ausgenommen werden.⁹⁸ Abweichend davon nimmt CETA Tätigkeiten „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ – zu denen Daseinsvorsorgedienstleistungen wie die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zählen könnten (s. o.) – nicht generell vom Anwendungsbereich aus. 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.

CETA hingegen schließt hoheitliche Tätigkeiten nicht generell vom Anwendungsbereich aus. Weder in Kapitel 1 („Allgemeine Begriffsbestimmungen und einleitende Bestimmungen“) noch in Kapitel 28 („Ausnahmen“) – dort: Art. 28.3 („Allgemeine Ausnahmen“) – ist eine Ausschlussklausel für hoheitliche Tätigkeiten enthalten. Statt dessen finden sich spezifische „Hoheitsklauseln“ in einzelnen CETA-Kapiteln, so in dem hier relevanten Kapitel 8 „Investitionsschutz“ und Kapitel 9 „Grenzüberschreitender Dienstleistungshandel“. In Anlehnung an Art. 1 Abs. 3 GATS regeln dort Art. 8.2 CETA und Art. 9.2 CETA für die o.g. CETA-Kapitel jeweils Ausnahmen für „Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt“. Dennoch ist zweifelhaft, ob unter Berufung auf diese Klauseln wasserwirtschaftliche Dienstleistungen der kommunalen Daseinsvorsorge in Deutschland zumindest vom Anwendungsbereich der CETA-Kapitel 8 und 9 und den dort normierten Liberalisierungspflichten ausgenommen werden.

Maßgeblich ist die CETA-Definition der „Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ gem. Art. 8.2 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Art. 8.1 CETA und Art. 9.2 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Art. 9.1 CETA, die Art. 1 Abs. 3 lit. c) GATS nachgebildet ist⁹⁹. Ebenso definieren Art. 8.1 und Art. 9.1 CETA den Begriff „in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Tätigkeiten“ als „jede Art von Dienstleistung, die nicht zu kommerziellen Zwecken oder im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistern erbracht wird“. Demnach dürfen „hoheitliche Dienstleistungen“ kumulativ weder auf kommerzieller Basis noch im Wettbewerb mit anderen Anbietern erbracht werden – beide

98 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.

99 Dienstleistungen, die in Ausübung staatlicher Gewalt erbracht werden, werden in Art. 1 Abs. 3 GATS definiert als Dienstleistungen, die „weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht werden“.

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.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ 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.¹⁰² Die Auslegung ist völlig unklar und wird zumeist beschränkt auf Aufgaben in den Bereichen Verwaltung, Justiz und Polizei.¹⁰³ Weder unter den WTO-Mitgliedern (u.a. EU, USA, Kanada) 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 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.¹⁰⁴

Vor diesem Hintergrund ist sehr **fraglich**, ob **Dienstleistungen der wasserwirtschaftlichen Daseinsvorsorge** in Deutschland unter die GATS-Ausnahmeklausel des Art. 1 Abs. 3 c) GATS („**Hoheitsklausel**“) bzw. unter die speziellen CETA-Hoheitsklauseln in Art. 8.2 und Art. 9.2. CETA fallen.¹⁰⁵ 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, so dass sie allenfalls in einem geringen Umfang Gewinn erwirtschaften (dürfen) und somit nicht profitorientiert tätig werden. Da sie zudem als kommunale

100 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.

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

102 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.

103 Vgl. Krajewski/Kynast, S. 15.

104 Siehe Council for Trade in Services – Health and Social Services – Background Note by the Secretariat, 18.9.1998, S/C/W/50.

105 Näher Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 245 ff.

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. 8.2, Art. 9.2 CETA 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 gilt z.B. für 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.¹⁰⁶

Es könnte sich aber die Frage stellen, ob hier auf bereits bestehende Monopole abgestellt werden darf oder ob eine hypothetisch mögliche Wettbewerbssituation zugrunde zulegen ist, so dass zu fragen wäre, ob die fragliche Dienstleistung bei abstrakter Betrachtung „marktgängig“ ist - so *Nettesheim*. Er sieht hier in Bezug auf öffentliche Dienstleistungen Klärungsbedarf.¹⁰⁷

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 (80 % „sunk costs“),¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ Da zudem „Durchleitungen“ verschiedener Dienstleister durch ein Netz aus hygienischen Gründen in der Wasserversorgung

106 § 1 Absatz 1 Gesetz über den Lippeverband vom 7.2.1990, GV NRW 1990, S. 162, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2.4.2013, GV NRW 2013, S. 147; § 1 Absatz 1 Gesetz über die Emschergenossenschaft vom 7.2.1009, GV NRW 1990, S. 144, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2.4.2013, GV NRW 2013, S. 147.

107 Nettesheim, Gutachten 2016, S. 24.

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

109 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.

nicht in Betracht kommen, hier i.Ü. 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 zu verneinen.

Allerdings zeigen sich **Probleme** in Bezug auf das **Kriterium „fehlende kommerzielle Zwecke“**, 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 können, jedoch begrenzt durch die vorherrschende landesrechtliche Einordnung der öffentlichen Wasserversorgung als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe. Daneben finden sich unterschiedliche Kooperationen zwischen Kommunen und privaten Unternehmen („Public Private Partnership“ - PPP). Dadurch ist im Wasserversorgungsbereich in Deutschland inzwischen eine sehr 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.¹¹⁰ 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. 1 Abs. 3 GATS und Art. 8.2, Art. 9.2 CETA 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 des CETA-Investmentschutz- und des CETA-Dienstleistungskapitels (Kapitel 8 und 9) gem. Art. 8.2, Art. 9.2 CETA ausgenommen sind.¹¹¹

Fazit: Es ist sehr fraglich, ob die in Deutschland als Kernleistungen der staatlichen Daseinsvorsorge betrachteten Bereiche der öffentlichen Wasserversorgung und

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

111 Dazu auch Nettesheim, 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.“

Abwasserentsorgung durch die „Hoheitsklauseln“ von den Liberalisierungspflichten in Kapitel 8 und 9 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.¹¹² Will eine Kommune die Hoheitsklausel in Anspruch nehmen, wird sie vorsorglich auf eine privatrechtliche Organisationsformen verzichten müssen. Dadurch wird auch der politische Gestaltungsspielraum der Kommunen begrenzt. Der Anwendungsbereich der Hoheitsklauseln wäre letztlich im Rahmen von Staat-Staat-Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von CETA (Kapitel 29 „Streitbeilegung“, Art. 29.2 CETA) oder im Rahmen sondergerichtlicher Investor-Staat-Streitigkeiten in Bezug auf die speziellen Investitionsschutzpflichten gem. Art. 8.10 CETA („faire und gerechte Behandlung“) und Art. 8.12 CETA („Enteignung“) zu klären - und mit großen Risiken für die Kommunen verbunden.¹¹³

3. Anhang I: Vorbehalte der EU und Deutschlands

Anhang I bezieht sich laut erläuterndem „Kopfvermerk“ auf „Vorbehalte in Bezug auf bestehende Maßnahmen und Liberalisierungspflichten“. Dazu Abs. 1:¹¹⁴

„In der diesem Anhang beigefügten Liste einer Vertragspartei werden nach den Artikeln 8.15 (Vorbehalte und Ausnahmen), 9.7 (Vorbehalte), 14.4 (Vorbehalte) und, für die Europäische Union, nach Artikel 13.10 (Vorbehalte und Ausnahmen) die Vorbehalte aufgeführt, welche die jeweilige Vertragspartei in Bezug auf bestehende Maßnahmen angebracht hat, die nicht mit den durch die nachstehenden Bestimmungen auferlegten Pflichten im Einklang stehen:

- a) Artikel 8.6 (Inländerbehandlung), 9.3 (Inländerbehandlung) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.3 (Inländerbehandlung),
- b) Artikel 8.7 (Meistbegünstigung), 9.5 (Meistbegünstigung) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.4 (Meistbegünstigung),

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

113 In diesem Sinne auch Nettesheim, Gutachten, S. 24.

114 EU-Komm., ANHANG des Vorschlags für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 444 final Annex 8-Part 1/3 vom 05.07.2016, S. 1.

- c) Artikel 8.4 (Marktzugang), 9.6 (Marktzugang) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.6 (Marktzugang),
- d) Artikel 8.5 (Leistungsanforderungen),
- e) Artikel 8.8 (Höheres Management und Leitungs- und Kontrollorgane) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.8 (Höheres Management und Leitungs- und Kontrollorgane)
- f)“

Die an späterer Stelle folgende Anhang I-Liste der EU bezieht sich auf die „in der Europäischen Union geltenden Vorbehalte (anwendbar in allen Mitgliedstaaten, sofern nicht anders angegeben)“. ¹¹⁵ Die speziellen, „in Deutschland geltenden Vorbehalte“ finden sich im Anschluss. ¹¹⁶

Aus den oben zitierten Erläuterungen ergibt sich, dass Anhang I Vorbehalte regelt, die sich auf bereits existierende Maßnahmen beziehen, d. h. „Gesetze und sonstige Maßnahmen“. Gemeint sind die „zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Abkommens geänderten, fortgeführten oder erneuerten Maßnahmen“, vgl. Kopfvermerk Abs. 3 lit. f) ii), welche mit einer oder mehreren der in Abs. 1 genannten CETA-Verpflichtungen nicht in Einklang stehen. Nicht aufgeführt sind in Abs. 1 die Investitionsschutzverpflichtungen in Art. 8.10 („fair und gerecht“) und Art. 8.12. („Enteignung“). Daraus folgt, dass die in der Anhang I-Liste genannten Vorbehalte sich nicht auf diese beiden Verpflichtungen beziehen können und daher auch nicht vor diesen Verpflichtungen schützen können.

Anhang I-Vorbehalte fixieren demnach den aktuellen Status Quo der Regulierung und unterliegen dem sog. Standstill sowie – da künftige Veränderungen solcher Maßnahmen mit CETA vereinbar sein müssen – auch dem Ratchet, dem sog. Sperrklinkeneffekt: künftige Liberalisierungen der EU und der Mitgliedstaaten in den vorbehaltenen Bereichen unterliegen automatisch den CETA-Verpflichtungen. Für Annex I gilt der Grundsatz „list it or loose it“, d.h. alle nicht ausdrücklich aufgelisteten Ausnahmemaßnahmen unterliegen den in CETA geregelten Liberalisierungsverpflichtungen. ¹¹⁷

Um den bestehenden Status Quo der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland abzusichern, hätte es an sich der Listung in Anhang I der Bundesrepublik

¹¹⁵ KOM(2016) 444 final Annex 8-Part 1/3 vom 05.07.2016, S. 279.

¹¹⁶ KOM(2016) 444 final Annex 8-Part 1/3 vom 05.07.2016, S. 391.

¹¹⁷ 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.

Deutschland bedurft: Benennung der vorbehaltenen, geschützten Bereiche und der vorbehaltenen, bestehenden Maßnahmen, die trotz CETA-Widrigkeit aufrechterhalten werden. Insoweit hätte es nahe gelegen, in die Annex 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.

Da sich aber die Anhang II-Listen nun auch auf bereits bestehende Maßnahmen beziehen (s.u. zu 4.), kann davon ausgegangen werden, dass der Status Quo des öffentlichen Wasser- und Abwassersektors durch Anhang II geschützt wird – allerdings nur in dem dort vorbehaltenen, gelisteten Umfang (s.u. zu 4.).

Weder die Anhang I-Liste der EU noch die Anhang I-Liste Deutschland enthält Vorbehalte, die sich generell auf Daseinsvorsorgeleistungen oder speziell auf die Bereiche der öffentlichen Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung beziehen. Beide Anhänge sind insoweit „leer“. Sie entfalten somit keinen eigenständigen Schutz für den rechtlichen Status Quo der Daseinsvorsorgebereiche „Wasser und Abwasser“.

4. Anhang II: Vorbehalte der EU und Deutschlands

Anhang II bezieht sich laut „Kopfvermerk“, der einleitende Erläuterungen für Anhang II enthält, auf „Vorbehalte gegen künftige Maßnahmen“. Die Erläuterungen selbst beziehen sich allerdings auch auf „bestehende Maßnahmen“, so dass unklar bleibt, ob zusätzlich bereits bestehende CETA-widrige Maßnahmen (Gesetze etc.) erfasst werden. So heißt es in Abs. 1:

„In der diesem Anhang beigefügten Liste einer Vertragspartei werden nach den Artikeln 8.15 (Vorbehalte und Ausnahmen), 9.7 (Vorbehalte), 14.4 (Vorbehalte) und, für die Europäische Union, nach Artikel 13.10 (Vorbehalte und Ausnahmen) die Vorbehalte aufgeführt, welche die jeweilige Vertragspartei in Bezug auf spezifische Sektoren, Teilsektoren oder Tätigkeiten angebracht hat, für die sie bestehende Maßnahmen aufrechterhalten oder neue oder restriktivere Maßnahmen einführen darf, die nicht mit den durch die nachstehenden Bestimmungen auferlegten Pflichten im Einklang stehen:

- a) Artikel 8.6 (Inländerbehandlung), 9.3 (Inländerbehandlung) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.3 (Inländerbehandlung),
- b) Artikel 8.7 (Meistbegünstigung), 9.5 (Meistbegünstigung) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.4 (Meistbegünstigung),
- c) Artikel 8.4 (Marktzugang), 9.6 (Marktzugang) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.6 (Marktzugang),
- d) Artikel 8.5 (Leistungsanforderungen),
- e) Artikel 8.8 (Höheres Management und Leitungs- und Kontrollorgane) oder, für die Europäische Union, Artikel 13.8 (Höheres Management und Leitungs- und Kontrollorgane),
- f) ...”¹¹⁸

Die in Anhang II gelisteten Vorbehalte ermöglichen nicht nur künftige CETA-widrige Maßnahmen, sie beziehen sich auch auf bereits bestehende, nicht konforme Maßnahmen - jedoch nur in dem ausdrücklich vorbehaltenen Umfang und nur in Bezug auf die in Abs. 1 genannten Liberalisierungspflichten. Dazu gehören nicht die speziellen Investitionsschutzklauseln Art. 8.10 („fair und gerecht“) und Art. 8.12 („Enteignung“). Die Anhang II-Listen können diesbezüglich keine Vorbehalte formulieren und dementsprechend auch nicht vor Kollisionen mit Art. 8.10 und 8.12 schützen, vgl. Art. 8.15 Abs. 1 CETA. Insoweit bleibt immer ein sondergerichtliches ICS-Streitverfahren („Investor-Staat“) möglich, vgl. Art. 8.18 CETA.

a. Anhang II EU: Public Utility / Öffentliche Versorgungsleistungen

Durch den sog. „public utility“-Vorbehalt der EU in Anhang II wird keine umfassende Ausnahme von den CETA-Verpflichtungen für Daseinsvorsorgeleistungen oder öffentliche Dienstleistungen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung in der EU oder in Deutschland geregelt. Der Vorbehalt bezieht sich zwar sektorübergreifend auf „öffentliche Versorgungsleistungen“, jedoch nur auf die Marktzugangsverpflichtung:

118 EU-Komm., ANHANG des Vorschlags für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, COM(2016) 444 final Annex 9 Part 3/3 vom 05.07.2016, S. 97.

“In allen EU-Mitgliedstaaten können Dienstleistungen, die auf nationaler oder örtlicher Ebene als öffentliche Versorgungsleistungen angesehen werden, öffentlichen Monopolen oder privaten Betreibern gewährten ausschließlichen Rechten unterliegen.”

Unklar ist, ob der Begriff “Versorgungsleistungen”, der die Trinkwasserversorgung einschließt, auch Entsorgungsleistungen wie die Abwasserentsorgung umfasst. Allerdings nennt der Vorbehalt beispielhaft “Umweltdienstleistungen”, denen Abwasserdienstleistungen an anderen Stellen des CETA-Übereinkommens zugerechnet werden.¹¹⁹ Daher kann davon ausgegangen werden, dass auch Abwasserdienstleistungen erfaßt werden.

Durch die Beschränkung des Vorbehalts auf den Marktzugang, zudem weiter beschränkt auf öffentliche Monopole und private Dienstleistungserbringer mit ausschließlichen Rechten, bleibt der “public utility“-Vorbehalt trotz seines sektorübergreifenden Ansatzes lückenhaft. Zudem schützt er nicht vor einer Kollision mit Art. 8.10 und Art. 8.12 CETA; allerdings enthält Art. 8.9 (“Investitionen und Regulierungsmaßnahmen”) in Abs. 3 und Abs. 4 nun in Bezug auf Subventionszahlungen positiv zu bewertende “Klarstellungen”, die möglicherweise vermeiden können, dass z.B. im Falle von Subventionszahlungen an lokale öffentliche Ver- und Entsorger der Vorwurf der “unfairen Behandlung” i.S.v. Art. 8.10 CETA durch einen im “Umweltdienstleistungssektor” bereits tätigen Investor erhoben wird. Gleichwohl bleiben Verstöße gegen Art. 8.10 und Art. 8.12 CETA möglich (s.o.), denn Art. 8.15 CETA (“Vorbehalte und Ausnahmen”) eröffnet gar nicht die Möglichkeit, diese Regelungen in die Vorbehaltslisten der Anhänge I und/oder II zu integrieren. Art. 8.15 CETA bezieht sich nur auf die Verpflichtungen aus Art.8.4 bis 8.8 CETA. Daher bleiben Verstöße gegen Art. 8.0 und 8.12 CETA immer möglich, unabhängig von den Listen in Anhang I und Anhang II – gewissermaßen ein “Konstruktionsfehler”. Der Vorwurf der “unfairen Behandlung” oder “indirekten Enteignung” kann zu einem kostspieligen sondergerichtlichen ICS-Streitverfahren führen (“Investor-Staat”) und enorme Schadenersatzansprüche gegenüber den verklagten Staaten auslösen, die anschließend den Staatshaushalt belasten.¹²⁰

Es hätte nahe gelegen, aus EU-rechtlicher Sicht einen umfassenden Vorbehalt für den Daseinsvorsorgebereich der öffentlichen Wasserwirtschaft (Wasserversorgung und Abwasserentsorgung) in den Mitgliedstaaten in Anhang II der EU aufzunehmen. Denn die historisch gewachsenen, kommunal (staatlich) geprägten

119 COM(2016) 444 final Annex 9 Part 1/3 vom 05.07.2016, S. 199.

120 Kritisch auch Krajewski/Kynast, S. 22, 31

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.¹²¹ Zudem hat die Europäische Kommission bereits Dienstleistungen der öffentlichen Wasserversorgung¹²² 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.¹²³ 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.

b. Anhang II EU: Trinkwasserversorgung

Die Annex II-Liste der EU enthält zudem eine sektorbezogene Ausnahme für Dienstleistungen der Wasserversorgung, konkret für die „Wasserentnahme,¹²⁴ -aufbereitung und -verteilung“, aber keine Ausnahme für die Abwasserentsorgung.¹²⁵ Eine entsprechender Vorbehalt findet sich in der Annex II-Liste Kanadas.¹²⁵ Der Vorbehalt betrifft – ebenso wie Annex II-Kanada – nur die Verpflichtung zum „Marktzugang“ und zur „Inländergleichbehandlung“:

“Die EU behält sich das Recht vor, Maßnahmen in Bezug auf Tätigkeiten einzuführen oder aufrechtzuerhalten, zu denen auch Dienstleistungen auf dem Gebiet der Wasserentnahme, -aufbereitung und -verteilung an Privathaushalte, industrielle, gewerbliche oder andere Verwender, einschließlich der Bereitstellung von Trinkwasser und Wasserbewirtschaftung zählen.”

Diese Ausnahme spricht zunächst dafür, dass Wasserdienstleistungen von den

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

122 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“).

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

124 COM(2016) 444 final Annex 9 Part 1/3 vom 05.07.2016, S. 101.

125 COM(2016) 444 final Annex 9 Part 1/3 vom 05.07.2016, S. 15

Vertragsparteien als “kommerzielle” Tätigkeiten i.S.v. Art. 1.9 CETA eingeordnet werden. Kritisch anzumerken ist, dass sich der Vorbehalt weder auf die Pflicht zur “Meistbegünstigung” noch auf die brisanten “Investitionsschutzstandards” von CETA bezieht.¹²⁶ Verstöße gegen Art. 8.10 und Art. 8.12 bleiben möglich (s.o.).

c. Anhang II Deutschland: Abwasserentsorgung

Abwasserdienstleistungen fallen in den von CETA erfassten Sub-Sektor der „Umweltdienstleistungen“ und werden an verschiedenen Stellen genannt. Ausdrückliche Schutzregelungen für den Abwasserbereich finden sich nur in einem geringen Umfang – nur für den „Marktzugang“ in der Anhang II-Liste der Bundesrepublik Deutschland.¹²⁷ Für den Bereich “Abfallbewirtschaftung: Dienstleistungen in den Bereichen Abwasser- und Abfallbeseitigung und sanitäre Dienstleistungen” behält sich Deutschland

“das Recht vor, im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Abfallbewirtschaftung (mit Ausnahme von Beratungsdienstleistungen) Maßnahmen einzuführen oder aufrechtzuerhalten, welche die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen verbieten und eine Niederlassung erfordern.

Deutschland behält sich das Recht vor, Maßnahmen in Bezug auf die Bestimmung, die Niederlassung, die Erweiterung oder den Betrieb von Monopolen bzw. Dienstleistern mit ausschließlichen Rechten, die Dienstleistungen im Bereich der Abfallbewirtschaftung erbringen, einzuführen oder aufrechtzuerhalten.”

Höchst **problematisch** ist an dieser Regelung, dass sie lediglich den “Marktzugang” zum **Abwassersektor** beschränkt und nicht auch die Liberalisierungspflichten “Inländergleichbehandlung”, “Meistbegünstigung” und vor allem die “Investitionsschutzstandards” erfasst. Geboten ist ein umfassender Schutz der öffentlichen Abwasserentsorgung, die in Deutschland als hoheitliche Tätigkeit betrachtet wird¹²⁸ (s.o. zu Anhang I). Sofern ein in Kanada ansässiger Investor bereits in Deutschland im Bereich der Umweltdienstleistungen (“Abfall”) tätig ist – etwa über (indirekte) Beteiligungen an europäischen Unternehmen wie den

126 Krit. auch Stoll/Holterhus/Gött, Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der EU und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Rechtsgutachten i.A.d. Arbeiterkammer Wien, Juli 2015, S. 13.

127 COM(2016) 444 final Annex 9 Part 1/3 vom 05.07.2016, S. 199f.

128 Unstr., vgl. Czychowski/Reinhardt, § 56 Rn. 4, 12, 20, 29 m.w.N.; Laskowski, ZUR 2003, S. 3; BVerfG, NVwZ 2003, 974 (977 ff.) (Emschergenossenschaft/ Lippeverband „mittelbare Staatsverwaltung“); BGHZ 54, 167; BGHZ 140, 384; BFH, LKV 1998, 327; BFH LKV 2001, 88; OVG Münster, DVBl. 2014, 387 Rn. 47, 52, 57f.; OVG Schleswig, ZfW 1995, 56; VG Düsseldorf, Ur. v. 23.05.2014 – 17 K 4520/13 –, Rn. 37, Juris; Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 56 Rn. 3 f.; Nisipeanu, Städte- und Gemeinderat 1990, 158; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 769

französischen Konzernen Suez oder Veolia, die ihrerseits über eigene Niederlassungen in Kanada verfügen – können die übrigen Liberalisierungspflichten auch zu seinen Gunsten wirken.

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 grds. den Kommunen als Pflichtaufgaben bzw. pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben in demokratischer Verantwortung zur Erfüllung obliegen,¹²⁹ hätte es nahe gelegen, hier einen umfassenden, auf alle Liberalisierungspflichten bezogenen Vorbehalt für die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zu formulieren.

d. Zwischenergebnis

Da der deutsche Wasser- und Abwassersektor durch Listen der Anhänge II nur partiell geschützt wird, bleiben große Schutzlücken bestehen, die sich vor allem auf den Investitionsschutz gem. Kapitel 8 (Art. 8.10, 8.12, 8.18 CETA) beziehen. Denn die Investorschutzklauseln Art. 8.10 und Art. 8.12 CETA werden weder durch die Vorbehalte der Anhang II-Liste der EU noch durch die Anhang II-Liste Deutschlands ausgenommen. So bleibt der Schutz für die öffentliche Wasserwirtschaft unzureichend. Hier sind vielfältige Verstoßkonstellationen gegen die Investitionsschutzklauseln denkbar.

Beschließt z.B. der Rat einer Gemeinde, einen auslaufenden Konzessionsvertrag mit einem privaten Wasserversorgungsunternehmen, an dem ein kanadischer Investor beteiligt ist, nicht zu erneuern und statt dessen mittels einer Eigengesellschaft an dem neuen Vergabeverfahren teilzunehmen, um die Wasserversorgung wieder selbst zu übernehmen (**„Rekommunalisierung“**), so läuft die Gemeinde Gefahr sich dem Vorwurf der „unfairen Behandlung“ i.S.v. Art. 8.10 CETA oder der „indirekten Enteignung“, Art. 8.12 CETA, auszusetzen, wenn infolgedessen tatsächlich die Eigengesellschaft mit der Wasserversorgung betraut wird.¹³⁰ Dies könnte die Renditeerwartung des Unternehmens beeinträchtigen, weil es davon ausging, erneut mit der Wasserversorgung beauftragt zu werden. Ein anschließendes ICS-Streitverfahren gegen die Bundesrepublik gem. Art. 8.18 CETA wäre möglich.¹³¹

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

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

131 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 9.4.2015 hat der französische Umweltdienstleistungskonzern „Suez Environnement“ ein Schiedsgerichtsurteil beim

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. CETA greift diese weite schiedsgerichtliche Rechtsprechung in Kapitel 8 Art. 8.10 auf. Ob eine staatliche Maßnahme unfair erscheint, hängt demnach insbesondere davon ab, „ob eine Vertragspartei einem Investor eine spezielle Zusicherung gegeben hat, um eine abgesicherte Investition anzuregen.“ Tritt infolgedessen „eine berechnete 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“ i.S.v. Art. 8.12.¹³²

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 21.8.2015 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>.

132 Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 9.4.2015, 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 % der Bevölkerung; 64 % aller bekannten SE-Zahlungen gehen an Unternehmen mit einem Jahresumsatz v. mehr als 10 Milliarden Dollar, 29 % an kleinere Konzerne mit einem Umsatz v. 1-10 Milliarden Dollar, 7 % 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 ./ Argentinien, International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (ICSID) case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30.7.2010: SE-Klage des franz. Wasserversorgungskonzerns 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 (verweigerte 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, 30.7.2010: SE-Klage Suez und Vivendi ./ Argentinien wg. Wasserkonzession, Verurteilung wg. Verletzung des Investitionsstandards „fair und angemessene“ Behandlung; vgl. auch ICSID 2007, Vivendi vs. Argentinien, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20.8.2007.

5. Sonstige Regulierungsrechte - right to regulate

CETA betont an verschiedenen Stellen das Regulierungsrecht der Vertragsparteien. Allerdings wird dadurch eine Autonomie suggeriert, die tatsächlich nicht bestehen kann – schließlich dient CETA ja dazu, bestehende Handelshemmnisse in Form von Regulierung abzubauen.¹³³

So erlaubt CETA-Kapitel 28 („Allgemeine Ausnahmen“) staatliche Maßnahmen, die „notwendig“ sind zum Schutz der öffentlichen Moral, zum Schutz der menschlichen Gesundheit, zum Schutz von Tieren, Pflanzen und erschöpflichen Ressourcen (Arbeits- und Sozialstandards wie die ILO-Kernarbeitsnormen fehlen) – jedoch stehen diese unter dem Vorbehalt der „Erforderlichkeit“. Die insofern notwendige Verhältnismäßigkeitsprüfung (dazu bereits oben, zu Art. 1.9) erfolgt in einem „Investitionsschutz“-Rechtsstreit gem. Art. 8.18 CETA letztlich durch ein ICS-Sondergericht,¹³⁴ das ausländische Investoren privilegiert, an dessen Legitimation Zweifel bestehen.

Auch das Kapitel 24 „Handel und Umwelt“ betont in Art. 24.3 CETA das Recht zur Regulierung, allerdings steht dieses unter einem CETA-Vorbehalt (dazu bereits oben zu Art. 1.9).

Schließlich ist das Investitionsschutzkapitel 8 zu nennen. In Art. 8.9 Abs. 1 CETA bekräftigen die Vertragsparteien „ihr Recht, zur Erreichung legitimer politischer Ziele“ regelnd tätig zu werden. Beispielfähig nennt Abs. 1 den Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Sicherheit und den Umweltschutz. Allerdings bleibt unklar, wann genau „legitime politische Ziele“ zu bejahen sind – ein Beispiel ist sicherlich die Entscheidung der deutschen Bundesregierung, die friedliche Nutzung der Kernenergie zu beenden, aus Gründen des Umweltschutzes erfolgte. Die 2012 eingereichte ICSDS-Investitionsschutzklage Vattenfalls gegen Deutschland, gerichtet auf Schadenersatz 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.¹³⁵ Zudem wird deutlich, dass das geltende

¹³³ Vgl. auch Stoll/Holterhus/Gött, S. 16.

¹³⁴ Vgl. Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission v. 16.09.2015 u. 12.11.2015, Nr. 4, Februar 2016, abrufbar unter http://www.drbb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf.

¹³⁵ ICSID-Verfahren, ARB/12/12, noch nicht abgeschlossen. Zum Verfahren vgl.

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 (Anhang 8-A Abs. 2 c) und den Vorwurf einer „indirekten Enteignung“ gem. Art. 8.12 i.V.m. Anhang 8-A Abs. 1 b) oder einer „unfairen und ungerechten Behandlung“ gem. Art. 8.10 nach sich ziehen. Infolgedessen kann es zu einem ICS-Verfahren kommen. Da erscheint es nur auf den ersten Blick hilfreich, wenn in Anhang 8-A Abs. 3 klargestellt wird, dass „diskriminierungsfreie Maßnahmen“ zum Schutz berechtigter Gemeinwohlziele wie Gesundheit, Sicherheit und Umweltschutz „keine indirekte Enteignung darstellen“ – denn einschränkend heißt es im Anschluß, die Auswirkungen der Maßnahmen dürften nicht so „schwerwiegend (sein), dass sie offenkundig überzogen“ wirken. Dann aber wird entscheidend, wann eine Maßnahme „offenkundig überzogen“ ist. Hier wird eine wertende Betrachtung erforderlich.

VI. CETA-Kollisionen – Investitionsschutz

Verstöße gegen CETA-Verpflichtungen sind in vielfältiger Weise vorstellbar – im Vordergrund stehen Verstöße gegen die besonderen Investitionsschutzregelungen in Art. 8.10 und Art. 8.12 CETA, gegen die Vorbehalte in den Anhängen I und II nicht möglich sind, vgl. Art. 8.15 CETA.

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 ICD-Sondergericht die Auffassung teilt, führt dies zu erheblichen Schadenersatzzahlungen an den Investor. Die bislang bekannte ISDS-Rechtsprechung bietet hier eine Fülle von Beispielen.¹³⁶

Denkbar sind ferner ICS-Klagen von Investoren, die 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.

Verstöße gegen Art. 8.10 und Art. 8.12 sind gem. Art. 8.15 Abs. 5 auch im Rahmen

www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/33-vattenfall-ab-sweden-et-al-v-germany/.

¹³⁶ S. Nachweise in Fn. 131, 132, 135, 137.

der **Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand** („für Regierungszwecke“) und bei der Gewährung von **Subventionen** oder sonstigen „**staatlichen Unterstützungen**“ i.V.m. **Dienstleistungen** möglich. Denn die in Art. 8.15 Abs. 5 diesbezüglich genannten **Ausnahmen** beziehen sich nur auf Art. 8.4 („Marktzugang“), Art. 8.6 („Inländergleichbehandlung“), Art. 8.7 („Meistbegünstigung“) und Art. 8.8 („Geschäftsführung und Vorstände“), sie betreffen **nicht Art. 8.10 und Art. 8.12**. Hier drohen „fehlerhafte“ Ausschreibungen oder Subventionszahlungen an Dienstleister der öffentlichen Daseinsvorsorge, die ICS-Verfahren wegen „unfairer Behandlung“ oder „indirekter Enteignung“ nach sich ziehen können.

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 Betriebsgenehmigung ausgelöst werden.¹³⁷ Beispiel Vattenfall, **Kohlekraftwerk Moorburg Hamburg**: Wie ein **ICS-Streitverfahren zur Abwehr von Umweltschutzauflagen** 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 (ICSIDS) 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 Schadenersatz gerichtet. Das Schiedsgerichtsverfahren endete 2011 mit einem Vergleich. Nachdem die Vergleichsvoraussetzungen eingetreten waren – d.h. die am 21.1.2011 abgeänderte BImSchG-Betriebserlaubnis und die umstrittene wasserrechtliche Erlaubnis erteilt worden waren – wurde das Schiedsverfahren „eilvernehmlich beendet“.¹³⁸ 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

¹³⁷ Vgl. Tams, NordÖR 2010, S. 329, 332 unter Bezugnahme auf das Schiedsgerichtsverfahren „Vattenfall gegen Deutschland“ (Kohlekraftwerk Moorburg).

¹³⁸ 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.

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“.¹³⁹

Den Hintergrund bildet der **sehr weite Investitionsbegriff**, der Kapitel 8 zugrunde liegt. Geschützte Investitionen gem. Art. 8.2 i.V.m. Art. 8.1 CETA sind „jede Art von Vermögenswerten, die ein Investor direkt oder indirekt besitzt oder beherrscht, und die die Eigenschaft einer Investition besitzt“, einschließlich „der Erwartung von Wertzuwachs oder Gewinnen“. Erfasst werden so zahlreiche Vermögenswerte wie etwa Grundeigentum, Gebäude, Maschinen, Betriebsausstattung, geistiges Eigentum, Verträge, Lizenzen, Anteile, Wertpapiere und weitere Finanzinstrumente, auch Konzessionen, direkte und indirekte Kapitalanlagen, auch die Erwartung von Erträgen oder Gewinnen und sog. **Portfolioinvestitionen** werden umfasst und schützt.

Problematisch ist insbesondere, dass der Begriff „**Konzession**“ eine Interpretation ermöglicht, die behördliche Erlaubnisse zur Nutzung von Gewässern („**Wasserrechte**“) umfasst. Dies führt dazu, dass der Investitionsschutz in Kapitel 8, Art. 8.10 („fair und gerecht“) und Art. 8.12 („Enteignung“), sich auch auf behördlich erteilte Wassernutzungserlaubnisse beziehen kann – etwa die Erlaubnis zur Förderung einer bestimmten Menge Grundwasser; die Erlaubnis zur Entnahme einer bestimmten Menge Oberflächenwasser als Kühlwasser zum Betrieb eines Kohlekraftwerkes. Wird eine solche wasserrechtliche Erlaubnis nachträglich eingeschränkt, widerrufen oder erst gar nicht erteilt (aus Gründen des Gewässerschutzes, vgl. §§ 13, 12 WHG), ist ein anschließendes sondergerichtliches ICS-Streitverfahren möglich („Investor-Staat“) unter dem Aspekt der „unfairen Behandlung“ (Art. 8.10 CETA) oder „indirekten Enteignung“ (Art. 8.12); ob die Behörde nach deutschem Recht (implementiertes Sekundärrecht eingeschlossen) rechtmäßig gehandelt hat, ist dann unerheblich.

Es fehlt zudem eine qualitative Ausrichtung der geschützten Investitionen bzw. eine Beschränkung des Investitionsschutzes auf solche Investitionen, die eine bestimmte völkerrechtliche Qualität aufweisen, insbesondere die Bindung an völkerrechtliche Umwelt- und Gesundheitsschutzstandards („Vorsorgeprinzip“) sowie

¹³⁹ Vgl. Laskowski, Das Verschlechterungsverbot im europäischen Wasserrecht nach dem EuGH-Urteil vom 1. Juli 2015 (Rs. C-461/13), ZUR 2015, 542, 546.

an alle Kernarbeitsnormen der ILO – Kanada (CETA) hat nur sieben Kernarbeitsnormen ratifiziert, die USA (TTIP) nur zwei.

Selbst minimale (indirekte) kanadische Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in Deutschland werden durch die speziellen Investitionsstandards „fair und gerecht“ und „indirekte Enteignung“ in CETA Kapitel 8, Art. 8.10 und 8.12, geschützt. Die bisherige Schiedsgerichtspraxis legt aktuell beide Begriffe sehr weit und zugunsten von Investoren aus. Der weite Schutz kann 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 eingeschränkt werden, Art. 8.4 Abs. 1 a) iv) CETA. Insoweit gilt für jede Regierungsebene 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 % 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 CETA dar („Gesetze, Verordnungen, Regeln, Verfahren, Beschlüsse, Verwaltungsvorschriften, Anforderungen, Praktiken oder andere Formen von Maßnahmen einer Vertragspartei“) und könnten künftig im Bereich kommunaler „Public Private Partnerships“ zu Problemen führen, wenn sich (potentielle) kanadische Anteilseigner („indirekte“ Beteiligung reicht, s.o.) durch solche Höchstgrenzen in ihrer Beteiligungsmöglichkeit beschränkt und vom Zugang zum „PPP-Investitionsmarkt“ ausgeschlossen oder gar im Sinne von Art. 8.10 „unfair behandelt“ und dadurch finanziell geschädigt sehen – denn im letztgenannten Fall droht ein ICS-Streitverfahren.

Hier stellt sich die Frage nach dem Zusammenspiel zwischen den Vorbehalten in Bezug auf den Marktzugang in Anhang II der EU und Deutschlands, der eine Obergrenze der Beteiligung ermöglicht, und den speziellen Investitionsschutzregelungen in Art. 8.10 und 8.12, für die keine Vorbehalte gelistet sind und nach Art. 8.15 CETA auch nicht gelistet werden können. Die Regelungen können sich überschneiden, wie das oben skizzierte Beispiel zeigt. Gleichwohl

erscheint es keineswegs ausgeschlossen, dass selbst in Fällen, in denen ein Vorbehalt greift – hier die Vorbehalte in Anhang II “Marktzugang”, s.o. – eine Investor-Staat-Klage möglich ist, mit der in Bezug auf die Beteiligungsobergrenze eine „unfaire Behandlung“ gem. Art. 8.10 CETA gerügt wird. Dann könnten die Vorbehalte umgangen und der Marktzutritt über den “Umweg” der “unfairen Behandlung” und “indirekten Enteignung” eingeklagt werden. Da keine klarstellende Regelung für solche Konstellationen in Art. 8.15 oder Art. 8.18 CETA vorgesehen ist – Art. 8.15 Abs. 3 “unbeschadet der Art. 8.10 und Art. 8.12 ...” deutet eher auf das Gegenteil hin – besteht in dieser Hinsicht **Unklarheit** und große **Ungewissheit** in Bezug auf die künftige Interpretation des ICS-Sondergerichts.

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. Voraus gehen demokratische Entscheidungsprozesse, die vielfach von den Bürgerinnen und Bürgern 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 Unternehmensanteile beendete die Phase der Privatisierung von 1999 bis 2013, die Wasserversorgung befindet sich wieder zu 100 % in öffentlicher Hand.¹⁴⁰ Solche Prozesse könnten durch die Investitionsschutzklausel Art. 8.12 CETA erschwert werden. Denn es könnte in solchen Fällen von einem kanadischen Anteilseigner (Investor) der Vorwurf der “indirekten Enteignung” erhoben werden.

Der Begriff wird in Art. 8.12 i.V.m. Anhang 8-A definiert als “Maßnahme gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung”. Der Begriff ist somit offen für Interpretationen. Selbst in Fällen, in denen es um einen Rückkauf von Anteilen geht, wie in Berlin, könnte ein verkaufsunwilliger Anteilseigner sich in einer (psychischen) Zwangslage sehen und darin eine “Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Enteignung” erkennen. Angesichts des weiten Investitionsbegriffs sind hier vielfältige Szenarien denkbar. Die in Anhang A-8 normierten Ergänzungen konkretisieren den Begriff nicht ausreichend. Die Feststellung einer „indirekten Enteignung“ berücksichtigt nach A n h a n g A - 8 ausdrücklich auch „das Ausmaß in dem die

140 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.

Maßnahme (...) klare, vernünftige, auf die Investition gestützte Erwartungen beeinträchtigt“. Abs. 2 knüpft damit erkennbar an die Definition der „fairen und gerechten Behandlung“ in Art. 8.10 Abs. 4 an. Dadurch werden faktische Beeinträchtigungen der Eigentümerstellung einschließlich geschmälerter Gewinnerwartungen ausländischer Unternehmen („Investoren“), die von Maßnahmen des Gaststaates ausgehen – Gesetze, Verwaltungshandeln etc. – als „indirekte Enteignungen“ geschützt und können Schadenersatzforderungen und Klageverfahren auslösen.

Letztlich erinnert die CETA-Definition der „indirekten Enteignungen“ an die „Schwere-Theorie“¹⁴¹ des inzwischen überholten Verfassungsverständnisses von Art. 14 GG aus der Zeit vor dem „Nassauskiesungs“-Beschluss des BVerfG aus dem Jahre 1981.¹⁴² Seither ist der Begriff „Enteignung“ nicht mehr an das Ausmaß der Belastung geknüpft. Als Enteignung wird nur der gezielte hoheitliche Zugriff auf konkrete vermögenswerte Rechte verstanden, die für einen vom Wohl der Allgemeinheit geforderten konkreten Gemeinwohlzweck benötigt werden.¹⁴³ Auf die Schwere des Eingriffs kommt es für die Frage der entschädigungspflichtigen Enteignung hingegen nicht an. Eine Entschädigung ist im Falle einer Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG nur dann möglich, wenn diese gesetzlich geregelt ist. CETA hingegen ermöglicht in Anknüpfung an die Intensität der Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme in jedem Fall eine Entschädigung, auch ohne eine entsprechende Regelung durch die Gesetzgebung. Dies jedoch läuft der Junktimklausel in Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG zuwider, die den Gesetzgeber gerade dazu zwingt sich zu vergewissern, „ob der zu regelnde Sachverhalt einen Enteignungstatbestand i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG darstellt, und dass in diesem Falle Entschädigung geleistet werden muss, welche die öffentlichen Haushalte belastet“.¹⁴⁴ Auf diese Weise wird letztlich die Haushaltshoheit des Gesetzgebers gesichert.¹⁴⁵ Den Hintergrund bildet das Prinzip der Gewaltenteilung: Nicht ein Gericht, sondern der Gesetzgeber soll den Inhalt und die Schranken des Eigentumsrechts festlegen und die Höhe einer möglichen Entschädigung bestimmen.¹⁴⁶ Auch hinsichtlich des Umfangs der Entschädigung bzw. des Schadenersatzes bestehen Unterschiede. Art. 8.12 Abs. 2 CETA sieht

141 BVerwGE 5, 143, 145.

142 BVerfGE 58, 300

143 Vgl. BVerfGE 70, 191, 199; 102, 1, 15; 115, 97, 112; von Münch/Kunig-Bryde, GG. Kommentar Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 55

144 BVerfGE 46, 268, 287

145 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 92.

146 BVerfGE 4, 236; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke-Hofmann, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 93

Schadenersatz für Enteignungen vor, dessen Umfang sich nach dem „fairen Marktwert der Investition zum Zeitpunkt unmittelbar vor der Enteignung“ bemisst und schließt – in Anknüpfung an den weiten Investitionsbegriff – auch Renditeerwartungen ein. Somit läuft der „angemessene Schadenersatz“ nach Art. 8.12 Abs. 2 CETA im Zweifel auf einen vollen Wertersatz hinaus, der auch Gewinnerwartungen umfasst. Dies entspricht nicht Art. 14 Abs. 3 GG, der im Falle einer Enteignung zum Wohl der Allgemeinheit eine „angemessene Entschädigung“ vorsieht, die nach der Rechtsprechung des BVerfG auch unter dem Verkehrswert liegen kann.¹⁴⁷ Zukunftschancen, künftige Verdienstmöglichkeiten und bloße Erwartungen werden hingegen nicht von Art. 14 GG geschützt und daher auch nicht ersetzt.¹⁴⁸ Somit zeigt sich, dass zwischen der Investitionsschutzregelung des Art. 8.12 i.V.m. Anhang A-8 CETA („indirekte Enteignungen“) und Art. 14 Abs. 3 GG deutliche Divergenzen bestehen.¹⁴⁹ Zwar können direkte und indirekte Enteignungen nach Art. 8.12 Abs. 1 lit. a) bis c) CETA durchaus zulässig sein, wenn sie „für öffentliche Zwecke nach einem ordnungsgemäßen Gerichtsverfahren in nicht diskriminierender Weise und gegen Zahlung eines unverzüglichen, angemessenen und effektiven Schadenersatzes“ erfolgen. Aber die Entscheidung, ob alle Voraussetzungen vorliegen und insbesondere ein „angemessener“ Schadenersatz festgesetzt wurde, bleibt letztlich dem nebenstaatlichen Sondergericht vorbehalten und ist mit deutlichen Unsicherheiten verbunden.

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, 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

147 Vgl. BVerfGE 24, 367, 421; 46, 268, 284ff.

148 BVerfGE 68, 193, 222; 97, 67, 77; 105, 252, 277.

149 Krit. dazu auch Fisahn/Ciftci, KJ 2015, S. 251, 261; ähnlich Krajewski, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014, S. 4, http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Thesenpapier_Klageprivilegien_in_CETA.PDF .

einer Mindestversorgung von 20 Litern Wasser pro Tag/pro Person ermöglichen, damit diese ihre existentiellen Bedürfnisse an Trinkwasser und Hygiene befriedigen zu können.¹⁵⁰ 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 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 Einwohnerinnen und Einwohnern, öffentliche Toiletten allen Personen unentgeltlich zugänglich zu machen. Gemeinden mit mehr als 15.000 Einwohnerinnen und Einwohnern müssen kostenlose Duschen einrichten und unterhalten.

Das Bewußtsein dafür, dass die Umsetzung dieser Kernpflichten auch in Deutschland geboten ist, ist bislang nur schwach ausgeprägt, obgleich in Bezug auf sozial Benachteiligte und arme Bevölkerungsgruppen Handlungsbedarf besteht (Obdachlose, Hartz IV, Asylsuchende etc.). Obdachlosen (Kinder, Frauen, Männer) fehlt der sichere, jederzeitige Zugang zu Toiletten, Waschräumen und Trinkwasserstellen. Sozial schwache Personen mit häuslichem Zugang zu Wasser- und Abwassereinrichtungen sind von sog. "Cut offs" bedroht, wenn sie ihre Wasserrechnungen nicht bezahlen können. Sofern die Wasserversorgung aufgrund privatrechtlicher Verträge erfolgt, sind die dem Verbraucherschutz dienenden Regelungen der AVBWasserV zu beachten. § 33 AVBWasserV regelt die fristlose Kündigung und die Einstellung der Versorgung. Nach § 1 AVBWasserV ist diese u.a. bei "Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung" zwei Wochen nach Androhung der Versorgungseinstellung zulässig. In menschenrechtskonformer Auslegung und unter Beachtung der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ("Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums")¹⁵¹ darf jedoch niemals eine Einstellung der Mindestversorgung erfolgen. Hier bedarf es einer eindeutigen gesetzlichen Regelung, die "Cut offs" verbietet und allen Menschen in der Bundesrepublik Deutschland den Zugang zu einer Mindestversorgung mit Wasser und Sanitärleistungen ermöglicht. Dafür kann es erforderlich sein, staatliche Obergrenzen für Gebühren, die nach den

¹⁵⁰ Dazu näher Laskowski., Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 182 ff.

¹⁵¹ BVerfG, Urt. v. 23.07.2014 – 1 BvL 10/12 u.a. - Juris.

Kommunalabgabengesetzen der Länder erhoben werden, und für privatrechtliche Entgelte ("Preise") festzulegen, um die "Zugänglichkeit" zu sichern.

Problematisch kann es im Hinblick auf CETA werden, wenn z.B. gemischtwirtschaftliche Wasserversorger von gesetzlichen Preisobergrenzen und "Cut off"-Verboten betroffen sind, an denen ein kanadischer Investor (direct oder indirekt) beteiligt ist. Denn dann verringert sich durch die gesetzlichen Maßnahmen die Renditeerwartung des Investors. Dies könnte als "unfaire Behandlung" ausgelegt werden, infolgedessen ein ICS-Verfahren angestrengt werden.

VII. Öffentliche Beschaffungen

Die Regelungen in Kapitel 19 "Öffentliche Beschaffungen" orientieren sich an den Ausschreibungspflichten des EU-Vergaberechts, u.a. der EU-Sektorenrichtlinie, s. Schwellenwerte in Anhang 19-3. Allerdings läßt die EU in Anmerkung 3 in Anhang 19-5 erkennen, dass sie zu Änderungen und Erweiterungen der erfaßten Dienstleistungen bereit ist:

"Sollte es im Zuge der laufenden Überarbeitung der EU-Rechtsvorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen zu einer Erweiterung des Umfangs der Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen im Geltungsbereich dieser Rechtsvorschriften kommen, ist die Europäische Union bereit, mit Kanada Verhandlungen über eine Ausweitung der gegenseitigen Verpflichtungen im Bereich der unter dieses Kapitel fallenden Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen aufzunehmen."

Da Anhang 19-5 sich auch auf Abwasserdienstleistungen bezieht, ist davon auszugehen, dass künftig Abwasserkonzessionen in den erweiterten Umfang des Vergaberechts einbezogen werden sollen.

Das allerdings wäre für den öffentlichen Abwassersektor problematisch und mit dem deutschen Verfassungsrecht kaum zu vereinbaren. Denn die Abwasserentsorgung ist hoheitlicher Natur, die gem. § 56 WHG i.V.m. den Ländergesetzen – vgl. auch Richtlinie 91/271/EWG vom 25.5.1991 über die Behandlung von kommunalem Abwasser („kommunale Abwasserrichtlinie“)¹⁵² – von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge zu erfüllen ist.¹⁵³

152 ABl. EG Nr. L 135/90.

153 Es handelt sich um pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben oder Pflichtaufgaben („obligatorische Selbstverwaltungsaufgaben“) i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG, vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Aufl. 2014 § 56 Rn. 4; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 767; Bodanowitz, S. 26.

Eine vollständige Delegation der hoheitlichen Abwasserbeseitigungspflicht mit befreiender Wirkung auf private Dritte („materielle Privatisierung“) ist angesichts der Erfüllungsverantwortung des Staates (Art. 1 Abs.1, Art. 2 Abs. 2, Art. 20a GG, staatliche Schutzpflichten, Sozialstaatsprinzip, Art. 20 GG und Kernbereich der Daseinsvorsorgeverantwortung, Art. 28 Abs. 2 GG) daher nicht zulässig.¹⁵⁴ Abwasserkonzessionen laufen jedoch auf eine solche „materielle Privatisierung“ bzw. Entstaatlichung der Abwasserentsorgung hinaus.¹⁵⁵ Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass ein privater Dritter („Konzessionär“) dazu ermächtigt wird, eine bestimmte Leistung (z.B. den Betrieb einer Abwassereinrichtung oder -anlage) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber den Verbraucherinnen und Verbrauchern („Anschlussnehmer“) zu erbringen, so dass eine unmittelbare Leistungsbeziehung zwischen den privaten Dritten/Unternehmen und der angeschlossenen Bevölkerung entsteht. Das Entgelt wird unmittelbar an das private Unternehmen gezahlt. Solche Konzessionen führen schon angesichts ihrer langjährigen Dauer – mind. 20 Jahre – zu einer faktischen materiell-rechtlichen Aufgabenprivatisierung und sind daher als unzulässig zu betrachten.¹⁵⁶

Sollte das EU-Recht gleichwohl künftig eine Ausschreibungspflicht für Abwasserkonzessionen vorsehen und CETA entsprechend angepasst werden, wäre eine Kollision mit § 56 WHG und ein verfassungsrechtlicher Konflikt mit dem deutschen Grundgesetz vorprogrammiert. Dessen ungeachtet bestünde die Gefahr von ICS-Streitverfahren kanadischer und – im Hinblick auf TTIP – US-amerikanischer Investoren, die bereits in der Wasserwirtschaft in Deutschland tätig bzw. an hier tätigen Unternehmen (minimal) beteiligt sind und Abwasserkonzessionen erlangen wollen. Sie könnten versuchen, mit Hilfe der Investitionsschutzregelungen in CETA und TTIP unter Berufung auf eine „unfaire und ungerechte Behandlung“ oder „indirekte Enteignung“ durch nicht ausschreibende deutsche Kommunen und eine an der hoheitlichen Abwasserbeseitigung festhaltende Landes- und Bundesgesetzgebung – vgl. § 56 WHG sowie die Aufgabenzuweisung an die Emschergenossenschaft im nordrhein-westfälischen EmscherGG – einen „konzessionierten“ Systemwechsel in der öffentlichen Abwasserwirtschaft in Deutschland herbeizuführen.

154 Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014 § 56 Rn. 4, 22, 29 m.w.N.; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 536.

155 OLG Bbg (Vergabesenat), Beschl. v. 28.08.2012, Verg W 19/11, Rn. 74 ff. – Juris

156 OLG Bbg (Vergabesenat), Beschl. v. 28.08.2012, Verg W 19/11, Rn. 74 ff. – Juris; Ganske, in: Landmann/Rohmer, § 56 WHG Rn. 40, 42; Laskowski, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 789f.

VIII. ICS-Verfahren und Regreß des Bundes gem. Art. 104a GG

Verstöße der Kommunen, ihrer Einrichtungen und Unternehmen gegen CETA-Pflichten sind in vielfältiger Weise möglich. Kommunale Verstöße gegen die Investitionsschutzregelungen Art. 8.10 und Art. 8.12 CETA können sondergerichtliche Investor-Staat-Streitverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland auslösen, Art. 8.18 ff. CETA. Sollte der klagende Investor obsiegen, ist die Bundesrepublik Deutschland zur Zahlung von Schadenersatz oder Entschädigung in erheblichem Umfang verpflichtet – mehrere Millionen Euro sind nach den bisherigen Erfahrungen mit ISDS-Schiedsgerichtsverfahren zu erwarten.

Ein Regress des Bundes ist nach Art. 104a Abs. 6 S. 1 GG grundsätzlich möglich. Art. 104a Abs. 6 GG regelt die Lastenverteilung zwischen Bund und Ländern, die den Bund aufgrund einer finanzwirksamen Entscheidung wegen Verletzung supranationaler oder internationaler Verpflichtungen treffen. Die Lastenverteilung zwischen Bund und Ländern sowie den Ländern untereinander folgt der innerstaatlichen Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung hinsichtlich des beanstanbeanstandeten Verhaltens.

Die Folgen einer Pflichtverletzung treffen dabei grundsätzlich diejenige Gebietskörperschaft, in deren Verantwortungsbereich sie sich ereignet hat, also das Bundesland, in dem die Kommune liegt.¹⁵⁷ Die Verantwortlichkeit ist verschuldensunabhängig.¹⁵⁸ Damit knüpft Art. 104a Abs. 6 GG erkennbar an das Verursacherprinzip an.¹⁵⁹

Der Bund kann folglich im Falle einer Verurteilung durch ein ICS-Sondergericht in gem. Art. 104a GG Regress bei dem Bundesland nehmen, dessen Kompetenzbereich betroffen ist – also bei dem Bundesland, in dessen Gebiet die für die Verurteilung ursächliche Kommune liegt.

Ob das betroffene Bundesland, dessen Haushalt durch den Regress des Bundes stark belastet werden würde, seinerseits Regress bei der ursächlichen Kommune nehmen könnte, hängt von dem jeweiligen Landesrecht ab – dafür bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. Im Falle eines Rückgriffs auf die Kommune käme es am Ende zu einer immensen Belastung des Kommunalhaushalts, der die Handlungs- und Gestaltungsfreiheit der Kommune stark einschränken würde. Hier droht

157 Der Grundsatz erfaßt vertikal und horizontal alle Formen exekutiven, legislativen und judikativen Fehlverhaltens, Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2013, Art. 104a Rn. 12.

158 Siekmann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 104a Rn. 59.

159 Siekmann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 104a Rn. 59; Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2014, Art. 104a Rn. 12; s. bereits Kirchhof, DVBl. 2004, S. 984.

unzulässiger Eingriff Kernbestand der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gem. Art. 28 Abs. 2 GG, die nach der Rechtsprechung des BVerfG u.a. den Grundbestand der kommunalen Finanzhoheit einschließt.¹⁶⁰ Ein Rückgriff auf die Kommunen dürfte daher im Regelfall als unverhältnismäßig zu betrachten sein.

Vielfach wird ein kommunaler Verstoß gegen CETA auf bloße Rechtsunkenntnis zurückzuführen sein, da Kommunen angesichts ihrer ohnehin begrenzten Haushaltsmittel keine teuren völkerrechtlichen Expertisen einholen können, um sicher zu gehen, dass sie völkerrechtliche Freihandelsverträge der EU auch richtig verstehen und anwenden.

Problematisch sind schließlich solche Fallkonstellationen, in denen ein Konflikt zwischen EU-rechtlichem Sekundärrecht, z.B. den Vorgaben der WRRL 2000/60/EG ("guter Gewässerzustand") und CETA ("Investitionsschutz") eintritt – einen solchen Konflikt kann die Gemeinde allein nicht lösen.

IX. Fazit

1. Wird der Status Quo der kommunalen Wasserwirtschaft in Deutschland als Daseinsvorsorgebereich und seine Einbindung in den vorsorgenden Gewässerschutz nach Maßgabe des WHG und der Landeswassergesetze durch Vorbehalte insbesondere in Annex I und II sowie in Art. 1.9 des CETA-Abkommens ausreichend geschützt?

Nein. Siehe dazu insb. V., VI.

2. Bleibt der Handlungsspielraum der kommunalen Wasserwirtschaft in Bezug auf künftige Maßnahmen erhalten, die aus Gründen der Daseinsvorsorge und des Umweltschutzes erforderlich werden (Insbesondere Vorbehalte in Annex II sowie in Art. 1.9 des CETA-Abkommens)

Zweifelhaft. Siehe dazu insb. V. VI.

3. Bleibt der Handlungsspielraum des Staates (Bund, Länder, Kommunen) in Bezug auf künftige Maßnahmen erhalten, die aus Gründen der Daseinsvorsorge und des Umweltschutzes, insbesondere des Grundwasserschutzes, erforderlich werden

¹⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 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.

oder droht ein Verstoß gegen Investitionsschutzregelungen des CETA- Abkommens
Beispiel: Einführung eines gesetzlichen Cutt off-Verbots und/oder Preisobergrenzen
für Gebühren/Entgelte zur Sicherung der Grundversorgung der Bevölkerung mit
Trinkwasser- und Abwasserentsorgungsleistungen ?

Zweifelhaft. Siehe dazu insb. V., VI, VII.

4. Sollte es zu einer Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland zu
Schadenersatz- oder Entschädigungszahlungen kommen, durch das ISDS-
Schiedsgericht kommen, weil eine kommunale Maßnahme gegen die
Investitionsschutzregelungen des CETA-Abkommens verstößt, könnte der Bund
anschließend Regress gem. Art. 104a Abs. 6 GG bei dem Land nehmen, in dem die
Kommune liegt?

Ja. Siehe dazu VIII.

Berlin, den 12. September 2016

Prof. Dr. Silke R. Laskowski