Ergänzung zur Auswertung: Wasserwirtschaft im EU-Japan-Abkommen

1. Aktueller Stand 1

2. Forderung nach Rechtssicherheit für öffentliche Wasserwirtschaft..... 1

3. Zusammenfassung und Ausblick 3

1. Aktueller Stand

Die Auswertung der Stadtwerke Karlsruhe zur Wasserwirtschaft im EU-Japan-Abkommen (JEFTA) floss in das Positionspapier des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft (bdew) vom 25.05.2018 ein. Im Folgenden ergab sich dazu und zur Stellungnahme der Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft (AöW) vom 14.05.2018 eine breite öffentliche Diskussion und Medienberichterstattung, einschließlich eines offenen Briefes des ver.di-Vorsitzenden an den Bundeswirtschaftsminister und eines Eil-Appells der Online-Kampagnenplattform Campact mit über 500.000 Unterzeichnenden innerhalb der ersten Woche. Auch der Deutsche Bundestag debattierte am 14.06.2018 kontrovers zum Japan-Abkommen. Am 06.07.2018 veröffentlichte die EU-Kommission in Deutschland eine entgegnende Klarstellung, gefolgt von einer zusätzlichen Stellungnahme der AöW vom 11.07.2018. Am 17.07.2018 unterzeichneten die Vertragsparteien EU und Japan den Vertrag, vorher hatte im stillen Zustimmungsverfahren der Rat der Unterzeichnung zugestimmt. Eine Gegenposition veröffentlichte am 19.09.2018 der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) mit den kommunalen Spitzenverbänden im Verbund mit dem Bundeswirtschaftsministerium. Kritische Punkte wurden indes im rechtlichen Gutachten von Prof. Laskowski und einer Studie von Thomas Fritz festgestellt. Am 05.11.2018 stimmte der federführende (INTA-)Ausschuss des EU-Parlaments mehrheitlich dem Abkommen zu, so dass die Weichen auf eine Zustimmung des EU-Parlaments in der Sitzungswoche ab dem 10.12.2018 gestellt sind. Danach soll bereits 2019 das Abkommen ohne Abstimmung der nationalen Parlamente in Kraft treten, da das Japanabkommen in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen soll.

Der Auswertung der Stadtwerke Karlsruhe sind nunmehr folgende wichtige Punkte hinzuzufügen:

2. Forderung nach Rechtssicherheit für öffentliche Wasserwirtschaft

Im Japanabkommen ist eine vollständige Ausnahme nur für audiovisuelle Medien sowie für Aufgaben und Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt[1], wie Polizei und Justiz gegeben. Für die Wasserwirtschaft (Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Bewirtschaftung der Gewässer) wurden

[1] Die Abwasserentsorgung fällt in Deutschland gem. §56 Wasserhaushaltsgesetz unter hoheitlich kommunale Pflichtaufgaben, zählt jedoch in Handelsabkommen nicht dazu (Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt).

Teilausnahmen von bestimmten Verpflichtungen formuliert (s. Auswertung), eine vollständige Ausnahme fehlt jedoch bislang. Angesichts der grundlegenden Bedeutung von Wasser für Mensch und Natur sowie der Wasserwirtschaft als gesellschaftlicher Kernaufgabe ist jedoch deren **vollständige Ausnahme unverzichtbar**, nicht zuletzt, um **staatliche Handlungsfähigkeit** und kommunale Selbstverwaltung auch in Zeiten aufkommender **Verschiebungen im Wasserhaushalt durch Klimawandel** zu gewährleisten. Nach dem CETA-Abkommen mit Kanada ist das Japanabkommen das nächste Abkommen, das hierzu Nachbesserungsbedarf aufweist.

Für die öffentliche Wasserwirtschaft besteht bereits heute auf mehreren staatlichen Ebenen eine Einschränkung der Rechtsgrundlage. Für die Auslegung der Rechtsunsicherheiten sind ordentliche Gerichte verantwortlich. Im CETA- und dem Japanabkommen findet sich nunmehr eine **Vielzahl von offen gelassenen Begriffen und unklaren Bestimmungen**. Beim CETA-Abkommen führten diese Unklarheiten zur Hinzunahme eines – unzureichenden – bilateralen „**Gemeinsamen Auslegungsinstrument**s“ (s. pdf-S. 5 bis pdf-S. 10 von 1088). Darin betreffen die Punkte Nr. 4 öffentliche Dienstleistungen und Nr. 11 Wasser. Wegen verbleibender Rechtsunsicherheiten hielt es die (Vertrags-)Partei[2] Slowenien für erforderlich, als Erklärung zum Ratsprotokoll schriftlich festzuhalten, dass sie davon ausgehe, „*dass dieses Abkommen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten nicht die Verpflichtung auferlegt, über das EU-Recht hinauszugehen, oder das Recht jeder Partei einschränkt, Maßnahmen zur Bewirtschaftung, zum Schutz und zur Erhaltung seiner Wasserressourcen (sei es für kommerzielle Zwecke, zur Nutzung als Trinkwasser, zur gemischten oder einer anderen Verwendung) zu ergreifen oder beizubehalten, wozu auch das Recht jeder Partei gehört, die gewährten Wasserrechte zu beschränken oder zu entziehen.*“ (s. pdf-S. 18 von 1088). **Diese Auslegungsbestimmungen finden sich im Japanabkommen nicht wieder, so dass sich die Rechtsunsicherheit für die öffentliche Wasserwirtschaft entsprechend erhöht.**

Gleichzeitig wird im Japanabkommen ein abkommensinternes Gremium, der **Gemischte Ausschuss**, geschaffen (s. pdf-S. 6 von 10, s. Art. 22.1, pdf-S. 548 von 563), zudem eine Vielzahl von Sonderausschüssen. Der Gemischte Ausschuss ist zur **Auslegung** der Bestimmungen des Abkommens befugt (s. Art. 22.1 Abs. 5 lit. e, pdf-S. 548 von 563). Angesichts der im Abkommen vielfach geschaffenen Rechtsunsicherheit stellt diese Auslegungsbefugnis des Gemischten Ausschusses ein breites, völlig unnötiges Risiko für die öffentliche Wasserwirtschaft dar, denn das Abkommen ist auf weitere Liberalisierung ausgerichtet und der Gemischte Ausschuss daran gebunden.

Darüber hinaus sind dem Gemischten Ausschuss auch **nachträgliche Änderungen** bestimmter Abschnitte des Abkommens möglich (s. Art. 23.2 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4, pdf-S. 557 von 563). Über manche dieser Abschnitte kann wiederum die EU-Kommission bzw. der Gemischte Ausschuss allein entscheiden, dazu zählt auch das für die öffentliche Wasserwirtschaft hochsensible Vergabekapitel. Damit ist eine eigene Rechtsfortbildung und theoretisch sogar eine nachträgliche Aufnahme von

[2] Im „gemischten Abkommen“ CETA sind Kanada, die EU und alle EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien, im Japanabkommen, das ausschließlich in EU-Kompetenz fallen soll, nur Japan und die EU.

Dienstleistungskonzessionen der Wasserwirtschaft **allein durch die EU-Kommission ohne Zustimmungserfordernis von Rat und EU-Parlament** möglich[3].

Durch gezielte Nachverhandlungen sollten diese Unzulänglichkeiten unbedingt beseitigt und **Rechtssicherheit** für die öffentliche Wasserwirtschaft hergestellt werden.

3. Zusammenfassung und Ausblick

Im CETA-Abkommen vorhandene Unzulänglichkeiten für die öffentliche Wasserwirtschaft nehmen im Japanabkommen zu. Die Rechtsunsicherheit, die durch offen gelassene Begriffe und unklare Bestimmungen neu aufkommt, stellt ein beträchtliches Risiko dar, zumal der abkommensinterne, demokratisch nur rudimentär legitimierte „Gemischte Ausschuss" solche Unklarheiten auslegen darf. Zudem darf der Gemischte Ausschuss bzw. die EU-Kommission in einem bestimmten, für die Wasserwirtschaft sensiblen Bereich **alleine** nachträgliche Änderungen des Abkommens beschließen, bis hin zur nachträglichen Aufnahme von Konzessionen der Wasserwirtschaft. Derartige Handlungsfreiheiten für die EU-Kommission müssen eingegrenzt werden, wenn keine weitere Rechtsunsicherheit für die öffentliche Wasserwirtschaft entstehen und der – ohnehin vorhandene – Liberalisierungsdruck nicht weiter erhöht werden soll.

In den am 22. Mai 2018 im Ministerrat beschlossenen Verhandlungsmandaten für **Handelsabkommen** mit **Australien** und mit **Neuseeland** werden im Abschnitt „Öffentliche Beschaffungen" **erstmalig Konzessionen** und **öffentlich-private Partnerschaften (PPP)** als Verhandlungsgegenstand explizit aufgeführt, s. Australien-Verhandlungsmandat, pdf-S. 16 von 22. In den Verhandlungsmandaten für TTIP, CETA und JEFTA waren Konzessionen nicht genannt worden. Zum CETA-Vertragstext hatten EU-Kommission und Bundesregierung (S. 12 unten) (fraglicherweise) angegeben, dass das Vergabekapitel generell nicht die Vergabe von (Dienstleistungs-)Konzessionen betreffen würde.

Aus dieser Sicht muss es dabei als von übergeordneter Wichtigkeit angesehen werden, dass die **Ausnahme** für den Wasserbereich **von den Ausschreibungspflichten der Konzessionsvergaberichtlinie** (Art. 12), die **bis zum 18.04.2019 von der EU-Kommission geprüft** wird (Art. 53), **in keiner Weise angetastet wird**. Die Liberalisierungsbestrebungen der EU-Kommission im Bereich Wasser sind spätestens seit ihrem Vorschlag für eine Konzessionsvergaberichtlinie 2011 offenkundig.

[3] Nachträgliche Änderungen des Abkommens durch den Gemischten Ausschuss bedürfen gem. Art. 218 Abs. 9 AEUV bei „rechtswirksamen Akten" nur eines Beschlusses des Rates auf Vorschlag der EU-Kommission (s. Antwort Nr. 6) mit qualifizierter Mehrheit (Art. 218 Abs. 8), d.h. Deutschland könnte im Rat überstimmt werden. Änderungen des Vergabekapitels (Anhangs 10 Teil 2) soll jedoch allein die EU-Kommission – ohne Ratsbeschluss – gem. Art. 218 Abs. 7 billigen können (s. **Kommissionsvorschlag** über einen Beschluss des Rates über den Vertragsabschluss vom 18.04.2018, Art. 3, pdf-S. 11 von 11 i.V.m. Erwägungsgrund 4, pdf-S. 10 von 11).

Würde aufgrund der Prüfung diese Ausnahme aufgehoben, so wären gemäß der verabschiedeten Konzessionsvergaberichtlinie Konzessionsvergaben **insbesondere** an **folgende Wasserversorger den Ausschreibungspflichten des EU-Binnenmarktes unterworfen** (**Liberalisierung**):
- **Wasserversorger mit jeglicher privater Beteiligung**, d.h. **öffentlich-private Partnerschaften (PPP)** und Wasserversorger, die nicht rein kommunal, sondern nur „kommunal beherrscht" sind. Dies beträfe **29 der 38 größten deutschen Städte** (d.h. **76 %**, s. Antwort 4).
- **Wasserversorger im Querverbund mit liberalisierten Bereichen (Stadtwerke, „verbundene Unternehmen")**, es sei denn, mindestens 80 Prozent des Umsatzes eines verbundenen Unternehmens werden für den Konzessionsgeber (eigene Kommune) erbracht[4] (Art. 13 Abs. 4). Dies ist in den meisten Fällen faktisch ausgeschlossen, denn Umsätze in liberalisierten Bereichen (Strom, Gas) gelten als nicht für die eigene Kommune erbracht (Antwort 3).

Von ausgesprochen hoher Relevanz ist darüber hinaus, dass im separat geplanten Investitionsschutzabkommen der EU mit Japan („JEFTA 2") – endlich und im Gegensatz zum CETA-Abkommen – für die öffentliche Wasserwirtschaft **eine wirksame Schutzbestimmung vor Investor-Staat-Klagerechten** aufgenommen wird.

Karlsruhe, 26.11.2018

[4] Das vom Binnenmarktkommissar am 21.02.2013 angebotene Entgegenkommen, dass die 80 %-Regelung nur auf die Umsätze innerhalb der Wassersparte bezogen werden könnte, findet sich im verabschiedeten Richtlinientext nicht wieder.