

3. Unionsrechtlicher Rahmen für eine gemeinwohlorientierte Wasserwirtschaft in öffentlicher Hand

Durmuş Ünlü

Für Bürger*innen ist sichere, gute und günstige öffentliche Wasserver- und Abwasserentsorgung selbstverständlich. Die wasserwirtschaftlichen Aufgaben gehen jedoch über eine Bedarfsdeckung der Menschen hinaus. Vielmehr ist eine langfristige Planung und Umsetzung – durchaus für mehrere Jahrzehnte – erforderlich, auch für die Umwelt und die Natur. Und die Herausforderungen wachsen stetig – es geht vor allem um Anpassung und Resilienz der Wasserwirtschaft: Klimawandel, Umgang mit begrenzten Ressourcen und Demographie sind die Treiber. Deshalb ist eine dem Gemeinwohl orientierte öffentliche Wasserwirtschaft mehr denn je gefragt.

Die „Gemeinwohlorientierung“ der öffentlichen Wasserwirtschaft lebt geradezu davon, dass sie sich im Rahmen der rechtlichen Gestaltungsräume an den örtlichen und regionalen Verhältnissen und Prioritäten im Sinne der Interessen der Allgemeinheit orientiert, im Gegensatz zu einseitigen wirtschaftlichen und finanziellen Einzelinteressen zulasten der Allgemeinheit. Dem wirkt auch ein auf Gewinnmaximierung konzentriertes Handeln gleich. Insoweit wird eine Privatisierung in der Wasserwirtschaft oder der Daseinsvorsorge abgelehnt bzw. kritisch gesehen.¹

¹ Vgl. aktuell Leo Heller, Report of the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation, 21.07.2020, hier abrufbar: <https://undocs.org/en/A/75/208> (zuletzt: 05.01.2021); Koumba Boly Barry/ Leilani Farha/ Magdalena Sepúlveda Carmona/ Juan Pablo Bohoslavsky/ Olivier De Schutter/ Léo Heller (aktuelle und ehemalige UN-Sonderberichterstatterinnen und UN-Sonderbericht-erstatte) in: Frankfurter Rundschau (online) vom 22.10.2020, Öffentliche Dienste nicht privatisieren, hier abrufbar: <https://www.fr.de/meinung/gastbeitraege/oeffentliche-dienste-nicht-privatisieren-90077899.html> (zuletzt: 05.01.2021); Michael Getzner/ Bettina Köhler/ Astrid Krisch/ Leonhard Plank, Vergleich Europäischer Systeme der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, September 2018, hier abrufbar: https://www.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/umweltundverkehr/umwelt/klimawasserluft/Wasserstudie_Langfassung.pdf (zuletzt: 05.01.2021); Satoko Kishimoto/ Olivier Petitjean/ Emanuele Lobina, Christa Hecht (Übersetzung), Die Zukunft unseres Wassers in öffentlicher Hand – Globale Erfahrungen mit Rekommunalisierung, April 2015, hier abrufbar: <https://aoew.de/wp-content/uploads/OurPublicWaterFuture-DE.pdf> (zuletzt 05.01.2021).

Als die geeignetste Struktur für die Wasserwirtschaft in Deutschland hat sich die öffentliche Verantwortung in kommunalen oder verbandlichen Strukturen sowie in öffentlicher Hand bewährt und ist akzeptiert.

Im Primärrecht der EU ergibt sich der Rechtsrahmen für die Strukturen der öffentlichen Wasserwirtschaft aus der Anerkennung der bestehenden verfassungsmäßigen Strukturen der EU-Mitgliedsstaaten einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung (Art. 4 Abs. 2 EUV i. V. m. Art. 28 Grundgesetz). Zusätzlich wird in der Europäischen Union über das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EUV) und Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse gewährleistet, dass die Aufgaben der Daseinsvorsorge so bürger- und ortsnah wie möglich erfüllt werden können. Schließlich muss gemäß Art. 345 AEUV die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt gelassen werden.

Bedeutsam für die praktischen Auswirkungen ist jedoch das Sekundärrecht der EU. Im Folgenden wird der Einfluss des Sekundärrechts auf eine gemeinwohlorientierte Wasserwirtschaft in öffentlicher Hand aufgezeigt. Diese werden im Hinblick auf die Neutralität hinsichtlich der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten sowie der besonderen Rolle der Daseinsvorsorge kritisch beleuchtet.

1. Handelsabkommen

Eine Tendenz hin zu einer stärker gewollten Marktöffnung der Wasserwirtschaft ist in der Handelspolitik der EU ersichtlich. Die neue Generation an Handelsabkommen folgt der Logik, alles was nicht in den Abkommen ausdrücklich vor Marktzugang geschützt ist, ist Gegenstand des Freihandels.

a) Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada (CETA)

Im Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada (CETA)², das derzeit bereits vorläufig in Kraft getreten ist, ist deshalb in Art. 1.9 ausdrücklich vereinbart, dass Wasser keine Handelsware ist. Der letzte Absatz 3 enthält jedoch eine Ausnahme für die kommerzielle Nutzung, wonach mit dem Abkommen in der zu vereinbarenden Weise zu verfahren ist. Jedoch wird

² Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl. EU L11/23 vom 14.01.2017.

„kommerzielle Nutzung“ in diesem Zusammenhang nicht klar definiert.³

Während für die Trinkwasserversorgung als Dienstleistung ein ausdrücklicher Vorbehalt der EU zum Marktzugang formuliert ist⁴, ist ein Vorbehalt für den Abwasserbereich nur für Investitionen und grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel und auch nur von Deutschland formuliert worden.⁵ Ein Vorbehalt für die Daseinsvorsorge besteht allenfalls allgemein für Investitionen.⁶

Nur durch das Gemeinsame Auslegungsinstrument⁷ sowie zusätzlich in Form von Erklärungen⁸ durch einzelne Mitgliedstaaten wurde versucht, Klarstellungen im CETA-Abkommen zu erreichen, um Regelungslücken zu schließen.

b) Abkommen zwischen der EU und Japan über eine Wirtschaftspartnerschaft (JEFTA)

Im Abkommen zwischen der EU und Japan über eine Wirtschaftspartnerschaft (JEFTA)⁹ ist der Schutz der Wasserwirtschaft noch schwächer ausgeprägt. Es besteht keine Vereinbarung über die Nutzung von Wasserressourcen, auch bezieht sich der Vorbehalt nur auf einen nicht relevanten „grenzüberschreitenden Handel“.¹⁰ So hängt die Absicherung der Abwasserwirtschaft allein von einem allgemeinen Vorbehalt für sämtliche Leistungen der Daseinsvorsorge ab, der sich nur auf Investitionen bezieht.¹¹

³ Laskowski, Silke, Rechtliches Gutachten zu möglichen Verstößen gegen Investitionsschutzregelungen des Freihandelsabkommens CETA durch Maßnahmen der kommunalen Wasserwirtschaft, ISDS-Schiedsgerichtsverfahren und Haftungsfragen, September 2016, S. 39f., hier abrufbar: https://www.gruenebundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Laskowski_Gutachten_20_09_2016.pdf (zuletzt: 3.12.2020).

⁴ (Fn. 2), S. 922.

⁵ Ebenda, S. 922.

⁶ Ebenda, S. 920.

⁷ Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, ABl. EU L11/ S. 4 Nr. 4, S. 6 Nr. 11.

⁸ Erklärungen für das Ratsprotokoll, ABl. EU L11/ S. 8, Nr. 23 (Erklärung Sloweniens).

⁹ Abkommen zwischen der Europäischen Union und Japan über eine Wirtschaftspartnerschaft, ABl. EU L 330/ S. 3 vom 27.12.2018.

¹⁰ Ebenda, S. 802.

¹¹ Ebenda, S. 785.

Nur für die Trinkwasserversorgung existiert ein ausdrücklicher Vorbehalt im JEFTA.¹²

c) Trend in der Handelspolitik der EU

Insgesamt ist festzustellen, dass gerade in neueren Handelsabkommen der EU die öffentliche Wasserwirtschaft, insbesondere die Abwasserentsorgung, immer schwächer geschützt wird. Dieser Trend wird sich als Blaupause für weitere Abkommen fortziehen, wie auch aktuell im Abkommen mit Großbritannien¹³. Dies bedeutet zwar nicht eine direkte Marktöffnung der Wasserwirtschaft, es ist aber ein deutliches Zeichen, dass die EU solchen Entwicklungen offen gegenübersteht, während für eine entgegengesetzte Entwicklung keinerlei wirksame Mechanismen bestehen, wenn nämlich in den Handelsabkommen gleichzeitig Regelungen zum Investitionsschutz vereinbart werden. So wurde z. B. Argentinien durch ein Schiedsgericht zur Zahlung von 405 Millionen Dollar an das private französische Wasserunternehmen Suez verurteilt.¹⁴ Auch das niederländische Unternehmen United Utilities (Tallinn) B.V. hat die Republik Estland in einem Streit um die Wasserversorgung der Hauptstadt Tallinn verklagt.¹⁵

¹² Ebenda, S. 816ff.; umfassende Auswertung in: Stadtwerke Karlsruhe, Auswertung: Wasserwirtschaft im Wirtschaftsabkommen EU-Japan, 29.03.2018, hier abrufbar: https://www.stadtwerke-karlsruhe.de/swk-media/docs/presse/2018/Auswertung-Wasserwirtschaft_im_Wirtschaftsabkommen_EU-Japan_SWKA.pdf (zuletzt 04.12.2020); Angepasste Auswertung: Wasserwirtschaft im Wirtschaftsabkommen EU-Japan, 25.04.2018, hier abrufbar: https://www.stadtwerke-karlsruhe.de/swk-media/docs/presse/2018/Auswertung-Wasserwirtschaft_im_Wirtschaftsabkommen_EU-Japan_SWKA_Consilium.pdf (zuletzt: 04.12.2020); Ergänzung zur Auswertung: Wasserwirtschaft im EU-Japan-Abkommen, 26.11.2018, hier abrufbar: https://www.stadtwerke-karlsruhe.de/swk-media/docs/presse/2018/Ergaenzung_Wasserwirtschaft-im-Japanabkommen.pdf (zuletzt: 04.12.2020).

¹³ Siehe Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits, ABl. EU L 444/14 vom 31.12.2020 – in Anhang Severin-2: Zukünftige Maßnahmen, Vorbehalt Nr. 1 a (Allgemeiner Vorbehalt für die Daseinsvorsorge); Vorbehalt Nr. 15 (Dienstleistungen im Bereich Umwelt, Relevant für den Abwasserbereich); Vorbehalt Nr. 21 c (Wasserentnahme, -aufbereitung und -verteilung).

¹⁴ EUWID Wasser und Abwasser vom 15.04.2015, Schiedsgericht ICSID spricht Suez Environment 405 Mio. Dollar Schadenersatz zu, hier abrufbar <http://www.euwid-wasser.de/news/international/einzelansicht/Artikel/schiedsgericht-spricht-suez-environnement-schadenersatz-von-405-mio-dollar-zu.html> (zuletzt 04.12.2020).

¹⁵ Legal Tribune Online vom 04.04.2015, Schiedsverfahren nach Privatisierung der Wasserversorgung, hier abrufbar: <http://www.lto.de/recht/kanzleien->

Die Mitgliedstaaten – und für Deutschland auch die Länder und Kommunen – müssen deshalb die Strukturen in der Wasserwirtschaft vor einer Privatisierung und Liberalisierung wirksam schützen, anderenfalls steht die kommunale Verantwortung bzw. die kommunale Einflussmöglichkeit dauerhaft durch EU-Handelsabkommen unter stärkerem Druck als bisher – dies gilt vor allem für die öffentliche Abwasserwirtschaft.

2. Konzessionsvergaberichtlinie

In der Konzessionsvergaberichtlinie¹⁶ (im Folgenden KonzessionsRL) ist der Wasserbereich in Art. 12 ausgeschlossen. Ein Bericht gemäß Art. 53 Abs. 3 KonzessionsRL über die Auswirkungen dieser Ausnahme steht seit 2019 an.¹⁷ Wichtig ist auch, dass die Probleme mit einem Konzessionsvertrag zwischen Kommune und einem privaten Konzessionär mit der KonzessionsRL nicht behoben werden. Es geht lediglich darum, wie die Auswahl zu erfolgen hat, jedoch nicht unter welchen Bedingungen. Insoweit wurde der Status quo aufrechterhalten und mit der Bereichsausnahme eine stärkere Wettbewerbs- und Marktorientierung verhindert.

Die KonzessionsRL besagt im Grundsatz, dass sog. Konzessionsverträge nach einem bestimmten Vergabeverfahren durchzuführen sind. Dies hätte zur Folge gehabt, dass einerseits Konzessionsverträge zwischen öffentlichen Stellen bei bestimmten Formen der interkommunalen Zusammenarbeit diesem Regime unterworfen wären, zum anderen wäre die konzessionsvergaberechtliche Behandlung von gemischtwirtschaftlichen und Mehrsparten-unternehmen wie die kommunalen Stadtwerken, nicht sachgerecht zu lösen. Aufgrund der spezifischen und komplexen Regelungen für den Wasserbereich sei ein Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der KonzessionsRL gerechtfertigt, so in den Erwägungsgründen der KonzessionsRL.¹⁸ Hinzu kam eine starke politische Forderung von der ersten erfolgreichen Europäischen Bürgerinitiative Right2Water: Der Wasserbereich sollte von den Binnenmarktregeln insgesamt – und damit auch von

unternehmen/k/squire-patton-boggs-herbert-smith-freehills-schiedsverfahren-nach-privatisierung-der-wasserversorgung/ (zuletzt 04.12.2020).

¹⁶ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, EU-ABI. L 94/1 vom 28. März 2014.

¹⁷ EU-Kommission, Antwort vom 9.8.2018 auf Parlamentarische Anfrage - P-003633/2018(ASW), abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-8-2018-003633-ASW_DE.html (zuletzt: 11.11.2020).

¹⁸ (Fn. 16), Erwägungsgrund 40.

der KonzessionsRL – ausgenommen werden.¹⁹ Auch bei anderen kritischen Stimmen aus unterschiedlichen Richtungen gab es im Kern einen gemeinsamen Nenner: Auf kommunaler Ebene lassen sich die vielschichtigen Maßgaben, Kriterien und Vorgaben zur Sicherstellung einer nachhaltigen Wasserwirtschaft am besten gewährleisten – wettbewerbliche Vorgaben wie aus der KonzessionsRL wirken dem entgegen.

Trotz der Ausnahme für den Wasserbereich findet die Konzessionsvergabe hiervon nicht in einem rechtsfreien Raum statt.²⁰ Es gelten nach wie vor die allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts, wie sie in der Rechtsprechung über Konzessionen und interkommunale Zusammenarbeit entwickelt worden sind.

Zudem ist der Abwasserbereich nur sehr eingeschränkt gemäß Art. 12 Abs. 2 lit. B KonzessionsRL ausgenommen. Dies scheint zwar für Deutschland nicht bedeutsam zu sein, da die Aufgabe der Abwasserentsorgung nur juristischen Personen des öffentlichen Rechts vorbehalten ist und private Dritte nur zur Erfüllung herangezogen werden können – § 56 WHG. Die Abgrenzung in § 56 WHG zwischen erlaubter „Erfüllung“ gegenüber zur Übertragung von Aufgabenverantwortung hat jedoch in Deutschland bei Verträgen mit Privaten zu einem Rosinenpicken durch sog. Public-Private-Partnerschaften-Konstruktionen (PPP) geführt: Die Beteiligung von Privaten musste dem WHG entsprechend nach einer WHG-konformen Aufgabenerfüllung aussehen, nach Vergaberecht sollte die PPP-Konstruktion möglichst vergaberechtsfrei zustande kommen.²¹ Nunmehr gilt entweder das strenge Vergaberecht über Aufträge oder das über Konzessionen: Die Vergabe einer sog. Abwasserkonzessions-Konstruktion ohne die Anwendung der KonzessionsRL ist bis auf die restriktive Ausnahmeregelung in Art. 12 Abs. 2 lit. b KonzessionsRL nicht mehr möglich. Auch ist die vergaberechtsfreie Verlängerung von bestehenden Konzessionsverträgen nur noch beschränkt möglich – Art. 18 KonzessionsRL, § 132 Abs. 1 S. 1 GWB, § 3 KonzVgV.

¹⁹ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung über die Europäische Bürgerinitiative „Wasser und sanitäre Grundversorgung sind ein Menschenrecht! Wasser ist ein öffentliches Gut, keine Handelsware“, COM(2014) 177 final vom 19.03.2020, S. 6, S. 10, S. 14.

²⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.6.2018 – VI-2 U 7/16 [Kart], Rn. 104ff.

²¹ Siehe Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 28.08.2012 - Verg W 19/11, Rnm. 80ff.

3. Mehrwertsteuersystem-Richtlinie

Die Richtlinien der EU über das Mehrwertsteuersystem der Mitgliedstaaten enthalten seit 1977 eine Ausnahme betreffend der Tätigkeit von öffentlichen Einrichtungen. Sie lautet in der aktuell geltenden Mehrwertsteuersystemrichtlinie (im Folgenden MwStSysRL) von 2006 in Art. 13 Abs. 1: „Staaten, Länder, Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts gelten nicht als Steuerpflichtige, soweit sie die Tätigkeiten ausüben oder Umsätze erbringen, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten oder Leistungen Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erheben.“²² Erst jedoch im Jahr 2015 hat der nationale Gesetzgeber die Formulierung der MwStSysRL in deutsches Recht übernommen und für die Praxis 2016 ein Anwendungsschreiben²³ veröffentlicht. Für die öffentliche Wasserwirtschaft schien die Umsetzung handhabbar zu sein²⁴, zumal durch eine sog. Optionserklärung nach § 27 Abs. 22 UStG die Anwendung bis zum 1. Januar 2021 verschoben werden konnte. Hiervon haben zwar die meisten Betroffenen Gebrauch gemacht, doch vor allem seit Ende 2019 hat das Bundesfinanzministerium (BMF) durch neuere Schreiben die Auslegung des § 2b UStG weiter verschärft und den Kreis der relevanten Fallkonstellationen aus der Wasserwirtschaft dadurch vergrößert. Dabei hilft die im Juni 2020 beschlossene Verlängerung der Optionsfrist bis 1. Januar 2023 nach § 27 Abs. 22a UStG allenfalls zeitlich. Die Probleme mit § 2b UStG bleiben jedoch fortbestehen. Der Druck kommt dabei vor allem aus der Anwendung der MwStSysRL durch das Unionsrecht.

Von der Anwendung des § 2b UStG ist im Bereich der Wasserwirtschaft vor allem die öffentliche Abwasserwirtschaft und die Interkommunale Zusammenarbeit betroffen.

²² Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. EU Nr. L 347; zuvor Art. 4 Abs. 5 Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977, ABl. EG Nr. L 145 vom 13/06/1977.

²³ BMF, Umsatzbesteuerung der Leistungen der öffentlichen Hand; Anwendungsfragen des § 2b UStG, 16.12.2016, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer-Anwendungserlass/2016-12-16-Umsatzbesteuerung-Leistungen-oeffentliche-Hand-Anwendungsfragen-2b-UStG.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt: 2.12.2020).

²⁴ Vgl. DWA-Fachausschuss WI-2 „Organisation, Kosten, Finanzierung“, Steuerlich relevante Fragen für juristische Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere für Betriebe der Abwasserbeseitigung – Teil 2: Umsatzsteuer, KA 2017, 621.

Tätigkeiten der öffentlichen Gewalt wie die der Abwasserbeseitigung sind zwar nach wie vor von der Umsatzsteuer befreit, gleichwohl gilt dies laut BMF inzwischen nicht mehr, wenn privatrechtliche Abwasserentgelte erhoben werden oder bestimmte Formen der interkommunalen Zusammenarbeit ausgeübt werden. Problematisch daran ist, dass eine Umsatzsteuer auf die privatrechtlichen Abwasserentgelte oder auf die interkommunale Zusammenarbeit vor allem die Bürger*innen finanziell belastet, das Outsourcing von Teilaufgaben in die Privatwirtschaft forciert und allenfalls dann – aber nur befristet – wirtschaftlich vorteilhaft ist, wenn hohe Investitionen in die Infrastruktur getätigt werden.

a) Umsatzsteuer auf privatrechtliche Abwasserentgelte

Nach Inkrafttreten des § 2b UStG stand zunächst die Frage im Raum, ob privatrechtliche Abwasserentgelte mit der Umsatzsteuer belastet werden müssen. Obwohl sich die Finanzministerkonferenz 2017 ausdrücklich gegen eine Umsatzbesteuerung im Bereich von Abwasser und Abfall aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs aussprach²⁵, hat das BMF Ende 2019 entgegen dieser Ansicht entschieden. Durch ein Schreiben wurde verschärfend erklärt, dass auch in den Fällen des Anschluss- und Benutzungszwangs, das heißt bei einem gegebenen öffentlich-rechtlichen Handlungsrahmen die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistung dazu führt, dass kein Handeln im Rahmen der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 2b Abs. 1 Satz 1 UStG vorliegt²⁶. Dieser Sichtweise liegt die EuGH-Entscheidung *Fazenda Pública* zugrunde.²⁷ Daraus wird gefolgert, dass bei einem Handeln auf privatrechtlicher Grundlage es auf weitere Voraussetzungen des § 2b UStG nicht ankommt. Die juristische Person des öffentlichen Rechts (jPöR) sei in diesem Falle als Unternehmer zu behandeln. Dies gelte selbst dann, wenn das Handeln in Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben stehe.²⁸

²⁵ Berliner Senatsverwaltung für Finanzen, Berlin setzt sich durch: Auch künftig keine Mehrwertsteuer auf Entgelte für Abwasser und Abfall, Meldung vom 22.06.2020, hier abrufbar: <https://www.berlin.de/sen/finanzen/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.602929.php> (zuletzt: 02.12.2020).

²⁶ BMF, Schreiben vom 29.11.2020, GZ: III C 2 - S 7107/19/10007 :003; Umsatzsteuer-Anwendungserlass vom 1. Oktober 2010, BStBl I S. 846 – aktuelle Version (Stand: 1.10.2020), Abschnitt 2b.1 Absatz 7.

²⁷ EuGH vom 14.12.2000 – Rs. C-446/98 – *Fazenda Pública*;

²⁸ Heidner, Hans-Hermann, Die Besteuerung der öffentlichen Hand im USt-Recht (§ 2b UStG), DB 2019, 1049, 1052.

Die rein formale Betrachtung der Leistungsbeziehungen überzeugt nicht.²⁹ Die MwStSysRL bzw. § 2b UStG haben zum Ziel, Wettbewerbsverzerrungen zwischen jPöR und privaten Marktteilnehmern zu verhindern. In Deutschland ist die Aufgabe der Abwasserbeseitigung gemäß § 56 WHG jedoch nur jPöR vorbehalten, insofern besteht gar kein „Markt“, der durch die privatrechtliche Entgeltbeziehung verzerrt werden könnte. Auch besteht für die Abwasserbeseitigung ein Anschluss- und Benutzungszwang, wodurch ein Wettbewerbsverhältnis zu Privaten nicht einmal potentiell möglich ist. Schließlich kommt hinzu, dass die Wahl der Entgeltbeziehung in privatrechtlicher (Preise) oder in öffentlich-rechtlicher Form (Gebühren, Beiträge) keinen Bezug zu einer Wettbewerbsverzerrung hat. Denn auch bei einer privatrechtlichen Entgeltbeziehung steht einer Aufgabenübertragung auf einen privaten Dritten der § 56 WHG und der Anschluss- und Benutzungszwang entgegen. Insofern ist das BMF mit dem Schreiben über das Ziel der MwStSysRL hinausgeschossen und geht für die öffentliche Abwasserwirtschaft von falschen rechtlichen Rahmenbedingungen aus.

b) Kooperationen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Auch für Kooperationen zwischen jPöR hat das BMF die Anwendung des § 2b UStG mit dem Schreiben von 14.12.2019 weiter verschärft. Problematisch hieran ist, dass der nationale Gesetzgeber den Bereich der Zusammenarbeit von jPöR in § 2b UStG geregelt hat, obwohl Art. 13 MwStSysRL solche öffentlichen Bereiche gar nicht ausdrücklich regelt – es besteht insoweit ein gewisser Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten, der seine Grenzen nur bei einer „größeren“ Wettbewerbsverzerrung i. S. d. § 2b Abs. 1 S. 2 UStG findet. Was darunter zu verstehen ist, hat der nationale Gesetzgeber für die Zusammenarbeit bereits in § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG formuliert. Darunter fallen gem. § 2b Abs. 3 Nr. 2 b UStG vor allem Leistungen, die dem „Erhalt der öffentlichen Infrastruktur und der Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe dienen“. Der gesetzlichen Regelung entgegen hat jedoch das BMF mit Schreiben vom 14.11.2019 die Anwendung des § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG faktisch zurückgezogen und es auf die Prüfung einer Wettbewerbsver-

²⁹ Kritisch auch: Küffner/Wernthaler: Chaos bei der öffentlichen Hand – Zur Nichtsteuerbarkeit von privatrechtlichen Nebenleistungen zu hoheitlichen Hauptleistungen, DStR 2018, 2453, 2454f.; Kronawitter, Martin, Handeln auf privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Grundlage? – entscheidend für die Umsatzbesteuerung der interkommunalen Zusammenarbeit nach § 2b UStG, Versorgungswirtschaft 2016, 105, 111.

zerrung belassen, was für die Branche mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten verbunden ist. Denn damit können sogar bestimmte Kooperationen im Kernbereich der hoheitlichen Abwasserbeseitigung betroffen sein. Denn mit der faktischen Nicht-Anwendung von § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG sind sämtliche Kooperationen zwischen jPöR in Form von Leistungsaustausch (ggf. gegen Kostenerstattung), in Form eines Betriebsführungsmodells zwischen jPöR sowie Leistungen an andere jPöR erfasst. Gegen das BMF-Schreiben vom 14.11.2019 spricht die Auffassung, dass es sich bei der Einführung von § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG um eine Entscheidung des Gesetzgebers gehandelt hat. Das BMF ist mit dem Schreiben vom 14.11.2019 nicht nur über das Ziel der MwStSysRL – Verhinderung von größeren Wettbewerbsverzerrungen – hinausgeschossen, sondern hat dabei sogar entgegen dem Willen des Gesetzgebers den Anwendungsbereich und Wirkung des § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG genommen. Eine solche Auslegung entspricht nicht dem gesetzgeberischen Willen. Nur der Gesetzgeber selbst kann eine Norm abschaffen.³⁰

Dem Vernehmen nach ist es zu dem Schreiben gekommen, weil die EU-Kommission wegen § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG den ersten Schritt eines Vertragsverletzungsverfahrens eingeleitet hatte. Um die Kommission vom nächsten Schritt eines Vertragsverletzungsverfahrens abzuhalten, veröffentlichte das BMF das genannte Schreiben vom 14.11.2019.³¹

c) Auswirkungen auf die öffentliche Wasserwirtschaft

Juristische Personen des öffentlichen Rechts haben im Rahmen der Landesgesetze ein Wahlrecht, welche Organisationsform sie für eine Tätigkeit wählen und wie sie die Entgeltbeziehung zum Nutzer ausgestalten. Hierbei steht die Sicherstellung einer verantwortungsvollen und langfristigen öffentlichen Aufgabe und nicht Marktverzerrung im Vordergrund, wie dies durch § 2b UStG verhindert werden soll. Eine Umsatzsteuerpflicht auf privatrechtliche Abwasserpreise oder auf die Interkommunale Zusammenarbeit schränkt dieses Wahlrecht ein. Insofern greift dies auch tief in das kommunale Selbstverwaltungsrecht und in die bewährten vielfältigen Strukturen der Abwasserwirtschaft nachteilig ein.

Mit der Rechtsauffassung durch das BMF-Schreiben zu § 2b UStG gefährden das BMF und die EU-Kommission – ohne den Gesetzgeber und die Gerichtsbarkeit einzubeziehen – die interkommunale Zusammenarbeit

³⁰ Siehe Rust, Michael, Faktische Abschaffung von § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG durch das BMF-schreiben v. 14.11.2019, MwStR 2019, 986.

³¹ Ebenda.

in vielen Bereichen der Wasserwirtschaft nachhaltig. Für den Bereich der Kooperationen von jPöR werden die Bürger*innen mit höheren finanziellen Belastungen rechnen müssen. Dies trifft vor allem Abwasserbetriebe, die aufgrund der neuen Herausforderungen nach kostengünstigen Lösungen suchen müssen und dafür mit anderen jPöR kooperieren wollen.³²

4. Trinkwasserrichtlinie

Die EU-Trinkwasserrichtlinie³³ betrifft die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch. Sie verfolgt das Ziel, vor den nachteiligen Einflüssen, die sich aus der Verunreinigung von Wasser für die menschliche Gesundheit ergeben, durch Gewährleistung seiner Genussauglichkeit und Reinheit zu schützen, sowie den Zugang zu Wasser für den menschlichen Gebrauch zu verbessern – Art. 1 Abs. 2 TrinkwRL. Dabei enthält die Richtlinie auch Regelungen, die die Strukturen in der öffentlichen Wasserwirtschaft betreffen. Diese sind Regelungen zum Zugang zu Wasser, Informationspflichten und die Regelungen betreffend kleiner Wasserversorger.

a) Zugang zu Wasser

Als Antwort auf die Forderung der Europäischen Bürgerinitiative Right2Water sollen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 16 Abs. 2 TrinkwRL die Verwendung von Leitungswasser für den menschlichen Gebrauch fördern. Dazu „können“ auch Kampagnen zur Unterrichtung der Bevölkerung über die Qualität solchen Wassers durchgeführt werden.

Für die Praxis bleiben jedoch Finanzierungsfragen solcher Maßnahmen völlig offen und müssen vom nationalen Gesetzgeber geklärt werden.³⁴ Solange hierzu aber keine handhabbaren Rechtsrahmen geschaffen werden, werden solche Maßnahmen zurückhaltend umgesetzt bzw. sehr stark von öffentlichen Fördermitteln abhängig sein.

³² Ehrensberger, Claudia, in: Gebühr muss bezahlbar sein, Mittelbayerische Zeitung v. 26.11.2020, hier abrufbar: <https://www.mittelbayerische.de/region/cham-nachrichten/gebuehr-muss-bezahlbar-sein-20909-art1959865.html> (zuletzt: 02.12.2020).

³³ Richtlinie (EU) 2020/2184, ABl. L 435/1 vom 23.12.2020.

³⁴ Siehe LebensraumWasser, NRW-Kartellbehörde erklärt Finanzierung öffentlicher Trinkbrunnen über Wasserpreise für unzulässig, Meldung v. 6.1.2020, <https://www.lebensraumwasser.com/nrw-kartellbehoerde-erklaert-finanzierung-oeffentlicher-trinkbrunnen-ueber-wasserpreise-fuer-unzulaessig/> [zuletzt abgerufen am 19.11.2020].

Außerdem hat sich die EU-Ebene mit der Formulierung „können“ vor allem die wettbewerbsrechtlich sensible Frage, inwiefern eine solche Förderung – sowohl regulatorischer Art als auch finanzieller Art – gegenüber Anbietern von abgepacktem Wasser wirkt, völlig offen gelassen. Denn eine Unterrichtung der Bevölkerung über die Qualität des Wassers aus der Leitung ist nur sinnvoll, wenn auch das Wasser aus der Leitung als „Trinkwasser“ beworben werden kann. Dies wiederum schränkt die Marktchancen von Anbietern von abgepacktem Wasser stark ein, wenn ihre Produkte weniger für die tägliche Versorgung genutzt werden, sondern z. B. nur zu besonderen Anlässen oder in besonderen Situationen. Bei diesem Konflikt lässt die EU-Ebene die nationalen Gesetzgeber allein³⁵, obwohl das Nichtbestehen eines wettbewerblichen Verhältnisses zwischen öffentlichen Wasserversorgern und Anbietern von abgepacktem Wasser am besten auf EU-Ebene geklärt werden könnte, da hierbei offene Fragen aus dem Wettbewerbsrecht als auch aus den Regeln des Binnenmarktes betroffen sind.

Die Versorgung mit leitungsgebundenem Trinkwasser ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des AEUV und ist in Deutschland eine Kernaufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge. Im Vordergrund steht dabei eine qualitativ hohe Dienstleistung, die mit der Wassergewinnung, ggf. Aufbereitung und Verteilung durch eine netzgebundene Infrastruktur verbunden ist. Das abgepackte Wasser ist hingegen ein Produkt und für die allgemeine Versorgung der Bevölkerung besteht keine Notwendigkeit. Hierauf hinzuweisen tangiert zwar die Interessen der Anbieter von abgepacktem Wasser, sie ist aber berechtigt, wenn es darum geht, dass das Wasser aus der Leitung den rechtlichen Anforderungen der TrinkwasserRL entspricht, dadurch die menschliche Gesundheit geschützt ist und dies für alle Menschen aus der Trinkwasserleitung günstig zur Verfügung steht. Aus Sicht des Verfassers wäre anderenfalls die Erfüllung der „Trink“wasserversorgung i. S. d. Art 106 Abs. 2 AEUV „verhindert“, wenn darüber nicht aktiv Kampagnen geführt werden dürften.

³⁵ Vgl. BBH, OLG München: Wasserversorger dürfen ihr Leitungswasser als gesund bezeichnen, Meldung v. 07.05.2020, <https://www.die-bbh-gruppe.de/de/aktuelles/news/olg-muenchen-wasserversorger-duerfen-ihr-leitungswasser-als-gesund-bezeichnen> [zuletzt abgerufen am 19.11.2020].

b) Informationspflichten

In Art. 17 Abs. 1 i. V. m. Anhang IV, Nr. 7 Trinker werden für bestimmte Versorger Informationspflichten hinsichtlich Gesamtleistung und Effizienz gefordert, auch muss das Entgeltsystem und die Struktur des Entgelts pro Kubikmeter, einschließlich der fixen und variablen Kosten, transparent gemacht werden. Problematisch an diesen Informationspflichten ist, dass die Versorgungsunternehmen als quasi Wirtschaftsunternehmen betrachtet werden und sich gegenüber den Bürgern hauptsächlich mit Wirtschaftlichkeits- und Effizienzinformationen rechtfertigen müssen. Die Europäische Bürgerinitiative Right2Water hatte jedoch insbesondere darauf hingewiesen, dass Wasser ein Öffentliches Gut ist und keine Handelsware. Das erfordert eine auf Langfristigkeit, Nachhaltigkeit und auf das Gemeinwohl ausgerichtete Tätigkeit – und dies nicht als Rechtfertigung für Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen sondern als primäre Aufgabe. Eine nur an wirtschaftlichen Informationen orientierte Herangehensweise verkürzt den Blick auf die vielfältigen Herausforderungen vor Ort und lenkt lediglich hin zu ökonomischen Ansätzen.

c) Kleine Wasserversorger

Zwar sind kleine Wasserversorger von den Informationspflichten nach Anhang IV Abs. 7 ausgenommen, allerdings müssen sie gleichwohl Informationen über Parameterwerte, Überwachungsergebnisse oder Empfehlungen veröffentlichen. Solche Maßnahmen erfordern gerade bei kleineren Versorgern zusätzliche organisatorische und personelle Kapazitäten, was schnell Umstrukturierungen in Richtung Verantwortungs- und Betriebsführungsübertragung nach sich ziehen kann, obwohl die Trinkwasserqualität unbedenklich ist.

Insofern können solche Anforderungen trotz guter Trinkwasserqualität strukturelle Auswirkungen haben, die von der EU-Ebene kommen.

5. Blick in die Zukunft

Beim nationalen Wasserdiallog konnte die gesamte Wasserwirtschaft mit relevanten Akteuren in einem Dialogformat herausarbeiten, welche Herausforderungen bis zum Jahr 2050 angegangen werden müssen.³⁶ Die Ergebnisse sollen in eine sog. Wasserstrategie des BMU einfließen. Positiv hervorzuheben ist, dass es hinsichtlich der Eigentümerstrukturen in der Wasserwirtschaft keine Forderungen in Richtung stärkerer Privatisierungen gab, vielmehr wurde gefordert die interkommunale Zusammenarbeit – als eine öffentlich-rechtliche Organisationsform – zu fördern.³⁷

Im nationalen Wasserdiallog gab es jedoch auch Dissense. Diese sind im Abschlussdokument benannt und betreffen vor allem zwei wichtige Bereiche: Wie kann das Verursacherprinzip entlang der gesamten Wertschöpfungskette sowohl hinsichtlich Vorsorge und Vermeidung als auch hinsichtlich Finanzierung angewandt werden?³⁸ Ein weiterer wichtiger Dissens besteht bei der Frage, wie mit Nutzungskonkurrenzen bei Wasserstress umzugehen ist³⁹ – muss der notwendigen öffentlichen Trinkwasserversorgung vor anderen Nutzungen Vorrang gewährt werden? Beides zeigt offenbar, dass die Gemeinwohlorientierung und die Interessen der Allgemeinheit auch eine Abwägung erfordern, die jeweils auf unterschiedlichen Ebenen – EU-Ebene, National oder Regional – konkretisiert werden und sich gegenseitig beeinflussen. Einen absoluten Vorrang für die Interessen der öffentlichen Wasserwirtschaft⁴⁰ und der Bürgerinnen und Bürger gibt es hingegen nicht, vielmehr muss dieser bei jedem Thema neu errungen werden.

Auch auf EU-Ebene sind aufgrund der neuen Herausforderungen neue Vorgaben für die Wasserwirtschaft im Gange. So ist die Verordnung über Mindestanforderungen für die Wasserwiederverwendung⁴¹ bereits in Kraft und gem. Art. 16 dieser Verordnung ab dem 26.06.2023 in den Mitgliedstaaten gültig bzw. anzuwenden. Kritisiert wird, dass die Verordnung den

³⁶ BMU/UBA (Hrsg.), Abschlussdokument Nationaler Wasserdiallog, Kernbotschaften, Ergebnisse und Dokumentation des Nationalen Wasserdiallogs, Berlin 2020, abrufbar unter: https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Binnengewasser/nationaler_wasserdiallog_abschlussdokument_bf.pdf (zuletzt: 11.11.2020).

³⁷ Ebenda, S. 43, S. 67.

³⁸ Ebenda, S. 15, S. 63f., S. 68 (OZ-RS 1.3), S. 90ff.

³⁹ Ebenda, S. 11, S. 53, S. 56ff., S. 87 (Aktions-Nr. W1)

⁴⁰ Vgl. Ebenda, S. 56ff.

⁴¹ Verordnung (EU) 2020/741 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 2020 über Mindestanforderungen an die Wasserwiederverwendung, ABI EU L 177/ S. 32 vom 5. Juni 2020.

Umwelt- und Gesundheitsschutz mit einem marktorientierten Ansatz verbindet. Da die Betreiber der Abwasseraufbereitungseinrichtung mit dem Betreiber der kommunalen Kläranlage nicht identisch sein müssen, könnten neue, private Akteure ins Spiel kommen.⁴²

Weiterhin steht die Überarbeitung der Richtlinie 91/271/EWG über die Behandlung von kommunalem Abwasser⁴³ sowie die Überprüfung der EU-Klärschlammrichtlinie an.⁴⁴ Hierin werden der strategische Ansatz der Europäischen Union für Arzneimittel in der Umwelt⁴⁵ sowie der Null-Schadstoff-Aktionsplan⁴⁶ einen wichtigen Einfluss haben. Auch die Umsetzung der WRRL bis 2027 und die Zeit danach sind offen. Aufgrund der bevorstehenden Herausforderungen sind weitere Bewirtschaftungszyklen über 2027 hinaus erforderlich.⁴⁷

6. Resümee

Die behandelten EU-Maßnahmen zeigen ihren Einfluss auf die Strukturen der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland auf, die in unterschiedlicher Weise erfolgen:

Über EU-Handelsabkommen ist der Schutz der öffentlichen Wasserwirtschaft – vor allem der Abwasserwirtschaft – immer schwächer ausgeprägt. Bei Öffnung dieser Bereiche für Wettbewerb bzw. bei Privatisierung finden die Abkommen auch verstärkt auf diesen Bereich Anwendung. Über

⁴² Kritisch Laskowski, Silke R., Unionsrechtliche Mindestanforderungen für die (Ab-)Wasserwiederverwendung in der Landwirtschaft – ein Beitrag zum Gewässerschutz?, ZUR 2020, 321.

⁴³ Europäische Kommission, Wasserverschmutzung – Aktualisierung der EU-Vorschriften über die Behandlung von kommunalem Abwasser, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12405-Revision-of-the-Urban-Wastewater-Treatment-Directive> (zuletzt 04.12.2020).

⁴⁴ EU-Kommission, Verwendung von Klärschlamm in der Landwirtschaft – Bewertung, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12328-Evaluation-of-the-Sewage-Sludge-Directive-86-278-EEC> (zuletzt 04.12.2020).

⁴⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Strategischer Ansatz der Europäischen Union für Arzneimittel in der Umwelt, COM(2019) 128 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0128&from=EN> (zuletzt: 04.12.2020).

⁴⁶ Europäische Kommission, EU Action Plan Towards a Zero Pollution Ambition for air, water and soil, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12588-EU-Action-Plan-Towards-a-Zero-Pollution-Ambition-for-air-water-and-soil> (zuletzt: 04.12.2020).

⁴⁷ Grambow, Martin/ Feustel, Martin/ Manz, Erwin/ Arzet, Klaus/ Hafner, Tobias/ Korck, Jane; Die Wasserpolitik im Anthropozän, KW 2020, 356.

die KonzessionsRL macht das Unionsrecht deutlich, dass bei Einbindung von Privaten eine (vergabe-)rechtsfreie Vergabe nicht möglich ist. Mithin sind die Mitgliedstaaten – vor allem Kommunen – davon betroffen, wenn sie sich für eine Kooperation mit Privaten entscheiden. Dies ist insoweit vom Verständnis des Binnenmarkts und des freien Handels konsequent. Es liegt aber immer noch an den Mitgliedstaaten – vor allem auch an den Kommunen – es nicht bei Sonntagsreden für die öffentliche Wasserwirtschaft in öffentlicher Hand zu belassen, sondern die kommunale Wasserver- und Abwasserentsorgung auch abzusichern und in die eigene Hand zu nehmen, anderenfalls gelten eben die wettbewerblichen Mechanismen der Handelsabkommen und des Vergaberechts mit allen Risiken für eine gemeinwohlorientierte öffentliche Wasserwirtschaft.

Bei der MwStSysRL zeigt sich, dass ihr Einfluss tief in die rein öffentlichen Strukturen geht, obwohl Wettbewerbsverzerrungen nicht ersichtlich sind. Zumindest die EU-Kommission und das BMF gehen mit der Auslegung des § 2b UStG weit über das hinaus, was die MwStSysRL bezweckt. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber und ggf. die Gerichte im Hinblick auf die neuen Herausforderungen und im Hinblick auf das Gemeinwohl sinnvolle Korrekturen i. R. d. MwStSysRL vornehmen.

Die Neufassung der TrinkwRL zeigt eindrucksvoll auf – und dies wird sich bei anderen neueren EU-Maßnahmen fortziehen –, dass mit Regelungen hinsichtlich Anforderungen (das Wie) durchaus in Organisationsstrukturen eingegriffen wird. Bei Zugang zu Wasser werden die Mitgliedstaaten mit rechtlichen Risiken, die aus dem EU-Recht herkommen, alleine gelassen, bei Informationspflichten werden öffentliche Unternehmen wie Wirtschaftsbetriebe behandelt und gerade kleinere Unternehmen können durch Überforderung zur Umorganisation gezwungen werden, ohne dass ein Zusammenhang zum Ziel „Trinkwasserqualität“ besteht.

Solchen Einflüssen können der nationale Gesetzgeber und die Kommunen entgegen wirken, indem sie sich für öffentliche Wasserwirtschaft in öffentlicher Verantwortung in kommunalen oder verbandlichen Strukturen sowie in öffentlicher Hand bekennen. Hierzu gehört auch, dass sie an einer dem Gemeinwohl orientierten Wasserwirtschaft im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge aktiv mitwirken.