

## Privatisierung der Wasserversorgung

### I. Einleitung

Die Wasserversorgung gilt als einer der letzten bedeutenden Infrastruktursektoren, der noch einen wettbewerbsspolitischen Ausnahmebereich darstellt. Von Seiten der Privatwirtschaft, aber auch aus Kreisen der nationalen und europäischen Politik wird immer wieder gefordert, den „Wassermarkt“ unter Wegfall kommunaler Gebietsmonopole zu öffnen und zu privatisieren, bis hin zur materiellen Privatisierung der kommunalen Aufgabe „öffentliche Wasserversorgung“ selbst.<sup>1</sup> Die damit verbundene Kontroverse um die Entstaatlichung der deutschen Wasserwirtschaft erlebte zwischen 2000 und 2002 ihren vorläufigen Höhepunkt. Interessant daran - die Initiative ging nicht von unzufriedenen, schlecht versorgten Verbraucherinnen und Verbrauchern aus, sondern von Experten der Weltbank (1995),<sup>2</sup> die seinerzeit eine internationale Liberalisierungs- und Privatisierungsentwicklung in den Wassersektoren der Entwicklungsländer einleitete, um die Grundversorgung der dortigen Bevölkerung zu sichern - rückblickend ohne Erfolg.<sup>3</sup> Obgleich in Deutschland keine vergleichbaren Missstände herrschten, forcierte das *Bundeswirtschaftministerium (BMW)* anschließend seine wasserwirtschaftlichen Privatisierungs- und Liberalisierungsanstrengungen. Es stieß jedoch auf heftigen Widerspruch des *Bundesumweltministeriums (BMU)*, *Umweltbundesamts (UBA)*, des *Sachverständigenrats für Umweltfragen (SRU)* und zivilgesellschaftlicher Gruppen, die auf Risiken für den Gewässerschutz, Gesundheitsschutz, die demokratische Verantwortungswahrnehmung für die Wasserressourcen und auf erwartbare Preissteigerungen hinwiesen.<sup>4</sup> Der Vorstoß des *BMW* blieb letztlich erfolglos.

Zehn Jahre später versucht nun die *Monopolkommission* mit ihrem aktuellen Gutachten „Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen“ (2010) erneut, einen Privatisierungs- und Liberalisierungsprozess im Bereich der Wasserversorgung anzustoßen. Erneut wird die Wasserversorgung als „ernst zu nehmendes“ wettbewerbsspolitisches Problem bezeichnet und sogar die Übertragung der „vollen Handlungskompetenz“ auf die Bundesnetzagentur gefordert.<sup>5</sup> Allerdings wies diesmal die *Bundesregierung* - ebenso wie die Verbände der kommunalen Wasserwirtschaft - diese Forderung erstaunlich deutlich zurück und betonte zu

1 So forderte insb. das im Auftrag des *BMW* verfasste Gutachten von *Ewers/Salzwedel u a.*, Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Markttöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, 2001, die Liberalisierung und materielle Privatisierung des dt. Wassersektors (S. 25 ff.); ähnlich *BDA/BDI*, Kernforderungen der deutschen Wirtschaft für eine handlungs- und wettbewerbsfähige EU, 12/2001, S. 11; *Salzwedel*, Die Wasserwirtschaft im Spannungsfeld zwischen water industrie und Daseinsvorsorge, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 613 ff.; *Deutsche Bank Research*, Wasserwirtschaft im Zeichen von Liberalisierung und Privatisierung, 2000.

2 Unter Leitung von *Joe Briscoe*, vgl. *Briscoe*, Der Sektor Wasser und Abwasser in Deutschland, GWF Wasser/Abwasser (136) 1995, 422 ff.

3 Vgl. *Laskowski*, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 50 ff. m.w.N.

4 Vgl. *UBA* (Hrsg.), Nachhaltige Wasserversorgung, 2001, S. 206 ff., *LAWA* Positionspapier zur Liberalisierung der Wasserversorgung vom 22.3.2001; *SRU*, Umweltgutachten 2002, 2002, Rz. 3.2.3.5. Dazu insgesamt *Laskowski*, (Fn. 3), S. 863, 869 ff. m.w.N.

5 18. Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009, BT-Drs. 17/2600, S. 49 ff.

Recht, dass „neben ökonomischen (...) auch Umwelt-, Gesundheitsschutz- und Versorgungssicherheitsaspekte zu berücksichtigen“ sind.<sup>6</sup>

Gleichwohl wird deutlich, dass der rechtspolitische Diskurs über die (materielle) Privatisierung der Wasserversorgung noch längst nicht beendet ist. Wasser ist jedoch kein Gut wie jedes andere, sondern eine existentielle Umweltressource, die vor allem der Grundversorgung der Bevölkerung mit Wasser und Sanitärleistungen dient. Eine rein ökonomische Betrachtung bleibt daher defizitär. Denn die Wasserversorgung ist eingebunden in das europäische und deutsche Gewässerschutzrecht, das eine ökologisch-nachhaltige Wasserversorgung fordert. Darauf, auf die in der Wasserversorgung bereits etablierten Privatisierungsmodelle und die Grenzen der Privatisierung soll im Folgenden näher eingegangen werden.

## II. Öffentliche Wasserversorgung

Die „öffentliche Wasserversorgung“ zählt als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft zum Aufgabenbereich der kommunalen Daseinsvorsorge (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG).<sup>7</sup> Sie umfasst die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung i.S.v. § 50 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz (WHG). Darunter wird die nicht nur vorübergehende unmittelbare Versorgung anderer mit Trink- und Brauchwasser verstanden, meist durch eine zentrale Versorgungseinrichtung, die das für den Lebensbedarf benötigte Wasser in ausreichender Menge und hinreichender Güte, jederzeit und an jedem Ort (§ 5 AVBWasserV),<sup>8</sup> zur Verfügung stellt.<sup>9</sup>

Die Anschlussrate liegt in Deutschland bei 99 %. Qualität – nach Maßgabe der *Trinkwasserverordnung 2001*<sup>10</sup> – und Versorgungssicherheit der Trinkwasserleistungen in Deutschland gelten als sehr gut.<sup>11</sup> Hier steht die langfristige Sicherung einer gesundheitlich unbedenklichen Trinkwasserqualität ohne aufwändige Aufarbeitungsprozeduren für das Rohwasser im Vordergrund.<sup>12</sup> Ein gewandeltes Umweltbewusstsein führt inzwischen zu einem kontinuierlichen Rückgang des Wasserverbrauchs, der aktuell (2007) im Durchschnitt bei 122 l pro Tag/Person liegt. Wasserverluste (Rohrbrüche, Leckage) wurden durch die Versorgungseinrichtungen inzwischen stark reduziert (1998: 600 Mio. m<sup>3</sup>, 2007: 462 Mio. m<sup>3</sup>).<sup>13</sup>

Die Trinkwasserpreise gelten als nahezu stabil: 1.000 Liter Trinkwasser kosten durchschnittlich 1,85 € (2007); bei einem Wassergebrauch von 125 Litern/Person/Tag fallen durchschnittlich 7 € Monat/Person an<sup>14</sup> (1998: 3,31 DM/m<sup>3</sup>).<sup>15</sup> Allerdings fallen die Trinkwasserpreise angesichts regionaler Besonderheiten

6 Stellungnahme vom 17.12.2010, BT-Drs. 17/4305, S. 4 Tz. 12, 13; VKU, Newsletter Wasser/Abwasser 07/08 2010; AöW, Erklärung v. 14.9.2010, [www.allianz-wasserwirtschaft.de](http://www.allianz-wasserwirtschaft.de) (30.1.2011).

7 BVerwGE 98, 273, 275; 122, 350, 354 f.; Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2010, Art. 28 Rn. 11, 13a; näher Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 146 ff.

8 VO über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) v. 20.6.1980. 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).

9 Vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl. 2010, § 6 Rn. 40, § 50 Rn. 4; Laskowski (Fn. 3), S. 702; VGH München, ZfW 1996, 390.

10 VO über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch v. 21.5.2001, BGBl. I, S. 959, zul. geänd. d. Achte ZuständigkeitsanpassungsVO v. 25.11.2003, BGBl. I S. 2304. Sie setzt die EG-TrinkwasserRL 98/83/EG um.

11 Vgl. BMU (Hrsg.), Wasserwirtschaft in Deutschland, Teil 1, 2010, S. 75 ff.; UBA (Fn. 4), S. 180.

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

13 UBA, Daten zur Umwelt, <http://www.umweltbundesamt-daten-zur-umwelt.de/umweltdaten/public/theme> (7.2.2011).

14 Bundesverband Energie und Wasserwirtschaft, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2008.

15 Vgl. BMU (Fn. 11), S. 81.

(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“) erfolgt. Dieser Maßstab gilt im Kern auch bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, denn auch privatrechtliche Entgelte für Daseinsvorsorgeleistungen unterliegen den grundlegenden Prinzipien öffentlicher Finanzgebarung.<sup>16</sup> Etwas anderes gilt jedoch für das Sondermodell der privatisierten Wasserversorgung in Berlin. Der Wasserpreis stieg seit 2001 um etwa 35 % und liegt heute bei 2,32 €/m<sup>3</sup>. Der ungewöhnliche Preisanstieg wird auf den implementierten Kommerzialisierungsansatz („Nachteilsausgleich“ für Privatinvestoren, § 27 Abs. 3 Konsortialvertrag) zurückgeführt, der in der herkömmlichen Gebührenberechnung fehlt.<sup>17</sup>

Wettbewerbsrechtlich flankiert wird die öffentliche Wasserversorgung durch §§ 103, 103a, , 105 GWB a.F. i.V.m. § 131 VI GWB, wonach die Versorgung innerhalb von Gebietsmonopolen ausnahmsweise zulässig ist. Unter Bezugnahme auf Art. 106 II AEUV ist diese Ausnahmeregelung auch mit dem europäischen Prinzip offener, wettbewerblicher Märkte zu vereinbaren.<sup>18</sup>

### III. Normatives Leitbild der ökologisch-nachhaltigen Wasserversorgung

Die ökologische Seite der Wasserversorgung wird deutlich, wenn man sich ihre Abhängigkeit von den örtlichen (Grund-)Wasserressourcen vor Augen führt. In Deutschland werden etwa 70 % des Trinkwassers aus Grund- und Quellwasser gewonnen, der Rest aus Oberflächenwasser und Uferfiltrat.<sup>19</sup> Eine gute Qualität und Quantität der zur Rohwasserförderung genutzten Gewässer ist somit existentiell. Daher zählt der Schutz der Wasserressourcen auch zu den wichtigsten Gemeinwohlaufgaben, wie das *Bundesverfassungsgericht* von jeher betont („lebensnotwendig“).<sup>20</sup> Maßgeblich ist insoweit das Schutz- und Bewirtschaftungskonzept des am 1.3.2010 novelliert in Kraft getretenen WHG,<sup>21</sup> das vor allem durch die Vorgaben der 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 vorgegebene *normative Leitbild der ökologisch-nachhaltigen Wasserversorgung* geprägt: Das WHG bezweckt eine „ökologisch-nachhaltige Wasserwirtschaft“ i.S.v. § 1 WHG. Alle Gewässer sind mit Blick auf bestehende und künftige Nutzungsinteressen durch eine „nachhaltige Gewässerbewirtschaftung (...) als Bestandteil des Naturhaushalts, als Lebensgrundlage des Menschen, als Lebensraum für Tiere und Pflanzen sowie als nutzbares Gut zu schützen.“<sup>22</sup> Die Sicherung der

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

17 *Deutschlandfunk* v. 13.2.2011, <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/hintergrundpolitik/1386864/> (14.2.2011); vgl. auch *Laskowski* (Fn. 3), S. 796 ff.

18 Näher *Laskowski* (Fn. 3), S. 854 ff.

19 *UBA* (Fn. 13).

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

21 Art. 1 Gesetz zur Neuordnung des Wasserrechts, BGBl. 2009 I, S. 2585.

22 Näher *Laskowski/Ziehm*, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 57 ff.; vgl. auch *Laskowski*, Nachhaltige Wasserwirtschaft einschließlich der Naturschutzaspekte, in: Czybulka (Hrsg.), Das neue Naturschutzrecht des Bundes, 2011 (i.E.).

Trinkwasserversorgung stellt in diesem Kontext einen hervorgehobenen Belang des wasserrechtlichen Allgemeinwohls<sup>23</sup> 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 z. B. Auswirkungen auf die gestattete Fördermenge des Rohwassers haben und die Fördermenge einschränken (§§ 8, 9 Abs. 1 Nr. 1, 5, § 12 WHG) („repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt“).<sup>24</sup> Die Wasserbehörde entscheidet hier im Rahmen des ihr eröffneten Ermessens (§ 12 Abs. 2 WHG). Dabei hat sie im Zusammenhang mit der Durchführung der Wasserversorgung den Grundsatz der ortsnahen Wasserversorgung gem. § 50 Abs. 2 WHG und das Gebot des sorgsamen (sparsamen) Umgangs mit Wasser (§ 50 Abs. 3 WHG) zu beachten. Dahinter steht der Gedanke, dass diejenigen, die ihre Ressourcen vor Ort zur Trinkwasserversorgung selbst nutzen, auch schonend mit ihnen umgehen.<sup>25</sup> Die Frage „ortsnahes Wasser oder Fernwasser?“ ist somit ebenso wenig wie die Frage der zulässigen Rohwasserfördermenge nach ökonomischen, sondern nach ökologischen Kriterien zu entscheiden.

Das dahinter stehende Konzept der ökologisch-nachhaltigen Wasserwirtschaft wirkt sich aber auch in ökonomischer Hinsicht positiv aus. Denn die mit der Förderung des Rohwassers, seiner - je nach Qualität - notwendigen Aufbereitung und anschließenden Verteilung verbundenen Umwelt- und Ressourcenkosten, die bei der Kostendeckung von Wasserdienstleistungen gem. Art. 2 Nr. 38, Art. 9 EU-WRRL zu berücksichtigen sind, lassen sich so minimieren.<sup>26</sup> Daher ist es auch aus diesem Grund besorgniserregend, dass in Deutschland etwa 60 % der Oberflächengewässer und 53 % der Grundwasserkörper das durch die WRRL vorgegebene Bewirtschaftungsziel des „guten Zustands“ bis 2015 nicht erreichen werden;<sup>27</sup> zudem ist es unverständlich, dass die GrundwasserVO 2010 das Schutzniveau gerade für das Grundwasser „verwässert“ und auf eine stärkere (kostenintensive) Aufbereitung des Rohwassers setzt.<sup>28</sup>

#### IV. Wasser- und kommunalrechtlicher Rahmen

Die Verschränkung zwischen ökologischer Wasserwirtschaft und kommunaler Daseinsvorsorge wird nach der Novellierung des WHG durch § 50 Abs. 1, Abs. 2 WHG deutlich. Klar regelt § 50 Abs. 1 WHG nun, dass die „der Allgemeinheit dienende“ öffentliche Wasserversorgung eine „Aufgabe der Daseins-

23 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.

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

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

26 Zum Kostendeckungsprinzip und sozioökonomischen Aspekten des Art. 9 EU-WRRL *Laskowski* (Fn. 3), S. 708 f.

27 BMU (Hrsg.), Umweltpolitik. Die WRRL - Ergebnisse der Bestandsaufnahme in Deutschland 2004, 2005, S. 10.

28 Krit. *Laskowski*, Was bringt die neue Grundwasserverordnung?, ZUR 2010, 449.

vorsorge“ ist. Hier zeigt sich die staatliche Verantwortungs- und Aufgabenzuweisung, die z.B. das Hessische Wassergesetz in § 30 Abs. 1 HWG aufgreift, der 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 Rechts“). Dies spricht nun für eine Gleichstellung der beiden sensiblen Daseinsvorsorgeaufgaben „Abwasserentsorgung“ und „Trinkwasserversorgung“ durch den Gesetzgeber. Angesichts der Überschneidung von bundesrechtlichem Wasserhaushaltsrecht und landesrechtlichem Kommunalrecht wird hier eine kohärente „Lesart“ der Regelungsregime erforderlich. Die öffentliche Trinkwasserversorgung ist daher letztlich ebenso wie die öffentliche Abwasserentsorgung als kommunale Pflichtaufgabe einzuordnen,<sup>29</sup> auch wenn das Landesrecht den Gemeinden die Wasserversorgung bislang nur z.T. als Pflichtaufgabe zuweist. Zutreffend wird aber davon ausgegangen, dass die öffentliche Wasserversorgung als (Kern-)Aufgabe der Daseinsvorsorge selbst dann zu den kommunalen Pflichtaufgaben zählt, wenn eine ausdrückliche Zuweisung fehlt (s. u. IV. 4.).<sup>30</sup>

#### V. Privatisierung und staatliche (kommunale) Letztverantwortung

Aus der gemeindlichen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) folgt eine weitgehende Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des „Wie“ der Aufgabenwahrnehmung – sie eröffnet neben der Möglichkeit, den satzungsrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang an gemeindliche Versorgungseinrichtungen und -leistungen zu verhängen, vielfältige Privatisierungsoptionen. Im Vordergrund der aktuellen Privatisierungsentwicklung steht die *formelle Privatisierung* öffentlicher Einrichtungen („privatrechtliche Rechtsform“), die Einbindung von Privaten im Rahmen unterschiedlicher Modelle der *funktionalen Privatisierung*, aber auch der Typus der *materiellen Teilprivatisierung* im Rahmen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen (Verkauf von Unternehmensanteilen an „echte“ Private). Einen Sonderfall bildet das umstrittene „Berliner Holding Modell“, denn die materielle Teilprivatisierung erfolgte hier unter formaler Beibehaltung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform „Anstalt des öffentlichen Rechts“ (AöR). Als allgemeines Charakteristikum der „Privatisierung“ gilt der Verlust des Staates an Einfluss bzw. Steuerungskraft.<sup>31</sup> Je nachdem, welche Intensität die Einwirkungsmöglichkeit der Privaten auf die Aufgabenwahrnehmung erreicht – *Kämmerer* spricht von „Rechtsmacht“<sup>32</sup> – und welche Einwirkungsmacht dem Staat rechtlich und tatsächlich, also „effektiv“, verbleibt, handelt es sich noch um arbeitsteilige Kooperation oder bereits um eine materielle Aufgabenübernahme durch den oder die Privatakteur/-in.<sup>33</sup>

Die kommunale Gestaltungsfreiheit („Wie“) wird jedoch durch das Wasserrecht, vor allem durch § 50 II WHG (s. o. II.), begrenzt, der sich zudem auf die Ausweisung von Wasserschutzgebieten (§ 51 I WHG) auswirkt und so zum Grundwasserschutz beiträgt. Dieses Schutzkonzept erfährt durch den von jeher geübten

29 Laskowski (Fn. 3), S. 538.

30 So wohl auch Czychowski/Reinhardt (Fn. 9), § 50 Rn. 11, 13; Lederer, Strukturwandel bei kommunalen Wasserdienstleistungen, 2004, S. 234; Laskowski (Fn. 3), S. 833 ff.

31 Vgl. Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 37.

32 Kämmerer (Fn. 31), S. 37.

33 Vgl. Wolff/Bachof/Stober-Stober Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, S. 611, der nur noch zwischen „materieller Aufgabenprivatisierung“ und „Kooperation“ unterscheidet.

freiwilligen Ressourcenschutz der öffentlichen Hand eine wesentliche Stütze („Multi-Barrieren-System“) – angesichts des Vollzugsdefizits im Gewässerschutz überaus bedeutsam.<sup>34</sup>

Zwar gilt der umweltrechtliche Ordnungsrahmen für die Aufgabenwahrnehmung der Wasserversorgung sowohl für die Betätigung öffentlicher als auch privater Unternehmen – etwa die Vorgaben des WHG, der AVBWasserV oder TrinkwasserVO.<sup>35</sup> Agiert die Kommune jedoch in öffentlich-rechtlichen Organisations- und Handlungsformen, so kann sie zielorientiert direkt steuern. Dabei unterliegt sie ihrer Aufgabenverantwortung entsprechend gem. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG klaren verfassungsrechtlichen Bindungen. Dahinter steht ein *staatliches Verantwortungskonzept*, das auch im „kooperierenden Gewährleistungsstaat“ die Letztverantwortung für die tatsächliche Aufgabenerfüllung dem Staat selbst zuweist („Ergebnissicherungs-, Auffangverantwortung“)<sup>36</sup> – hier für die ökologisch-nachhaltige, erschwingliche und teilhabegerechte Wassergrundversorgung der Bevölkerung in Anknüpfung an die staatlichen Schutzpflichten für Leben und Gesundheit („Existenzsicherung“: Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), die Gleichbehandlungsgebote (Art. 3 Abs. 1–3 GG), das Sozialstaats- und Demokratieprinzip (Art. 20 GG), die Staatszielbestimmung Umweltschutz (Art. 20a GG) und den normativen Kerngehalt des Menschenrechts auf Wasser gem. Art. 11, 12 UN-Sozialpakt („20 Liter Wasser pro Person/Tag“).<sup>37</sup> Angesichts der fortbestehenden staatlichen Verantwortung stellt sich die entscheidende Frage, ob im Rahmen der verschiedenen Privatisierungstypen die Wahrnehmung der staatlichen Letztverantwortung für die ökologisch-nachhaltige Wassergrundversorgung der Bevölkerung effektiv möglich ist. Lässt sich diese Frage nicht bejahen, so sind die Grenzen der Privatisierung erreicht – dazu im Folgenden.

### 1. Formelle Privatisierung

Wechselt die Kommune in privatrechtliche Organisationsformen (GmbH, AG) – *formelle Privatisierung* –, so ist zunächst festzuhalten, dass auch die rechtlich verselbständigte Einheit und deren wirtschaftliche Tätigkeit unabhängig von der gewählten privatrechtlichen Erscheinungsform Staats- bzw. Verwaltungshandeln bleibt. Damit unterliegt sie weiterhin den allgemeinen Anforderungen an staatliches Handeln, insbesondere den Bindungen gem. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>38</sup> Handelt es sich zudem um Leistungen der Daseinsvorsorge, so sind diese Leistungen nicht (primär) auf Gewinnerzielung auszurichten.<sup>39</sup> Zentrales Ziel bleibt die gemeinwohlgebundene Aufgabenerfüllung. Als staatliche Wirtschaftseinheiten in Privatrechtsform können sie sich – anders als Private mit Blick auf Art. 12 GG – auch nicht auf eine grundrechtlich abgesicherte Berufs- oder Wettbewerbsfreiheit berufen. Angesichts der verbleibenden Erfüllungsverantwortung ist entscheidend, dass die öffentliche Hand beherrschenden Einfluss auf

34 Vgl. Graf, Vollzugsprobleme im Gewässerschutz, 2002; UBA (Fn. 4), S. 59 ff.

35 Zu den Folgefragen näher Brehme (Fn. 7), S. 213 ff.

36 Zur Ergebnisverantwortung als Kernelement des Gewährleistungsstaats Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat, in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2005, S. 195 ff.; Voßkuhle, Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVD-StRL 62 (2003), S. 266, 310.

37 Vgl. Resolution des UN-Menschenrechtsrats, Anerkennung des Menschenrechts auf Wasser und Sanitärversorgung, Resolution A/HRC/15/L.14 v. 24.9.2010; zuvor Anerkennung durch Resolution der UN-GV v. 28.7.2010, A/Res/64/292; zu Herleitung und Kerngehalt näher Laskowski (Fn. 3), S. 150 ff., 182 ff., 193 ff.

38 Vgl. Dreier-Dreier, GG Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 III Rn. 65, 67; Sachs-Höfling, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 102 ff.; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 32.

39 Ziekow (Fn. 38), § 7 Rn. 6; Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer, 2000, S. 12 ff.



das Unternehmen ausüben und die Geschäfte steuern kann. Allerdings gelten nun die „Rationalitäten“ des Gesellschafts- und Handelsrechts. Denn die kommunale GmbH/AG hat sich organisatorisch, finanzwirtschaftlich und rechtlich von der Kommune verselbständigt, so dass die betriebswirtschaftlichen Grundsätze der Unternehmensführung und Personalwirtschaft dominieren. Vor allem die im Kommunalrecht verankerten Weisungsbefugnisse des Gemeinderats (z. B. § 111 Abs. 1 S. 2 NGO, § 113 Abs. 1 S. 2 GO NW) gegenüber einem entsandten Aufsichtsratsmitglied bleiben ohne Wirksamkeit auf die Beschlüsse des Aufsichtsrats, da dieser allein dem Gesellschaftsinteresse nach Maßgabe des GmbHG/AktG verpflichtet ist.<sup>40</sup> Insofern wird das gemeinwohlbezogene Kommunalrecht durch das betriebswirtschaftlich ausgerichtete bundesrechtliche Gesellschaftsrecht überlagert und modifiziert. Dadurch ergeben sich Einschränkungen der gemeindlichen (demokratischen) Steuerungsmacht, die auch zu umweltschutzbezogenen Gemeinwohllockerungen führen können. Denn die örtliche Bevölkerung verliert über die „Kommunalparlamente“ an demokratischem Einfluss auf die Wahrnehmung der Wasserversorgung „in eigener Verantwortung“,<sup>41</sup> gleichzeitig gewinnen marktwirtschaftliche Rationalitäten an Gewicht - insbesondere freiwilliger, mit Kosten verbundener Ressourcenschutz (s. o. III.) gilt als betriebswirtschaftlich „dysfunktional“.<sup>42</sup>

## 2. Formell privatisierte, gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Hoch problematisch wird es, wenn ein formell privatisiertes Kommunalunternehmen nach Veräußerung von Anteilen an „echte“ Private zu einem *gemischtwirtschaftlichen Unternehmen* wird, an dem die öffentliche Hand nur noch begrenzte Anteile hält, vor allem dann, wenn sie nur noch eine dünne Mehrheit (51 %; 50,1 %) behält und/oder die beteiligten Privatunternehmen sich zusätzlich vertraglich besondere Mitspracherechte einräumen lassen (s.u.). Die bloßen Beteiligungsverhältnisse sind hier für sich genommen nicht aussagefähig. Vielmehr ist i.S.v. Art. 2 lit. b EU-Transparenzrichtlinie neben den Beteiligungsverhältnissen auch auf andere unternehmensregelnde Bestimmungen abzustellen.<sup>43</sup> In Bezug auf die kommunale Auffangverantwortung wird maßgeblich, ob die verbliebenen kommunalen Gesellschaftsanteile i.V.m. den Vertragsabsprachen den effektiven Einfluss der Gemeinde auf die Aufgabenwahrnehmung zulassen. Wissenswert ist, dass sich in der Praxis private Kapitalgeber in der Regel ab einer Kapitalbeteiligung von 25,1 % im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen (auch Konzessionsverträge, s. u.) oder unauffälliger Nebenabreden den bestimmenden Einfluss auf Netzzugang, Investitionen und Preise zusichern lassen.<sup>44</sup> Derartige Abreden wirken einer effektiven Gemeinwohlsteuerung durch die öffentliche Hand aber (bewusst) entgegen und dienen dazu, sie letztlich zu vereiteln. Daher erscheint der kritische Hinweis von *Jürgen Salzwedel* sehr berechtigt: „Zur Beschwichtigung der Gemüter wird eine eher positiv besetzte Vokabel von der *Public Private Partnership* werbewirksam eingesetzt, womit der Eindruck erzeugt werden soll, die kommunalen Vertretungen hätten in Fragen des Netzzugangs, der Investitionen und der Wasserpreise weiterhin alles in der Hand, so als ob die privaten Nothelfer keine Unternehmenspartner, sondern nur

40 Vgl. OVG Münster, NVwZ 2007, 609; VGH Kassel, NVwZ-RR 2009, 895.

41 Eigenverantwortlichkeit ist aber der Kern der Gemeindeautonomie, *Jarass/Pieroth* (Fn. 7), Art. 28 Rn. 16.

42 *Ewers/Salzwedel u.a.* (Fn. 1).

43 *Ziekow* (Fn. 38), § 7 Rn. 6.

44 Vgl. *Salzwedel* (Fn. 1), S. 613, 616.

*Erfüllungsgehilfen* wären.“<sup>45</sup> *Salzwedel* nennt dies „Under-Cover-Liberalisierung“. <sup>46</sup> Unter diesen Voraussetzungen erscheint es aber nur schwer vorstellbar, dass Kommunen als letztverantwortliche Akteurinnen noch in der Lage sind, solche Kooperationsverhältnisse in effektiver Weise zu „steuern“. Im Übrigen agieren beteiligte Private „marktrational“ und profitorientiert, d.h. sie verfolgen primär keine Gemeinwohlinteressen.<sup>47</sup> Die dadurch bewirkte „*Versickerung des öffentlichen Einflusses und (...) Verwischung der Verantwortlichkeiten*“ (*Dirk Ehlers*)<sup>48</sup> erhöhen das Risiko der Gemeinwohlzielverfehlung erkennbar. Dadurch steigt auch das Risiko, das Ziel einer ökologisch-nachhaltigen Wasserversorgung zu verfehlen, deutlich. Denn abgesehen davon, dass freiwillige, mit Kosten verbundene örtliche Ressourcenschutzmaßnahmen kaum noch auf (betriebswirtschaftliche) Akzeptanz stoßen dürften, können sich nun auch Kollisionen mit gesetzlich verankerten Elementen der ökologisch-nachhaltigen Wasserversorgung einstellen. Zu nennen ist etwa das Gebot des sorgsam, sparsamen Umgangs mit Wasser und Begrenzung der Wasserverluste gem. § 50 Abs. 3 WHG. Denn eine auf Gewinnmaximierung ausgerichtete Unternehmensführung hat ein Interesse daran, dass der Wasserkonsum der Endverbraucherinnen und -verbraucher gesteigert wird, um den Umsatz zu erhöhen. Ein gesteigerter Wasserkonsum zieht das Bedürfnis nach einer Steigerung der Rohwasserfördermenge nach sich, so dass für die örtlichen (Grund-)Wasserressourcen die Gefahr einer Übernutzung wächst, zumal der wichtige Belang der „öffentlichen Wasserversorgung“ betroffen ist. Eine Übernutzung der Wasserressourcen wiederum kollidiert mit dem Grundsatz der nachhaltigen Gewässerbewirtschaftung (§§ 1, 6 WHG) und gefährdet die Erreichung der Bewirtschaftungsziele gem. §§ 27, 44, 47 WHG, Art. 4 WRRL.

Ein marktwirtschaftlich ausgerichtetes Versorgungsunternehmen hat zudem ein Interesse daran, dass die Preise die höchstzulässige Grenze erreichen und die Kosten für die Bereitstellung der Wasserdienstleistungen so gering wie möglich ausfallen. Geringe Bereitstellungskosten aber lassen sich - neben Personaleinsparungen - nur über eine weitgehende Reduktion von kostspieligen Investitionen in die Infrastruktur erzielen (Instandhaltung, Sanierung von Rohrleitungen). Dies jedoch erhöht die Gefahr einer zunehmenden Leckage, die nicht nur zu einem Verlust des durchgeleiteten Trinkwassers führt, sondern auch zu Verunreinigungen im Leitungsnetz, die wiederum die Trinkwasserqualität beeinträchtigen. Im Rahmen der Rohwasseraufbereitung wäre dann aus Gründen des Gesundheitsschutzes ein erhöhter Zusatz von Desinfektionsstoffen (z.B. Chlor) notwendig - den die TrinkwasserVO an sich vermeiden will -, der sich ebenfalls nachteilig auf die Trinkwasserqualität auswirken würde. Steigende Wasserpreise schaffen im Übrigen eine monetäre Zugangsbarriere für die Grundversorgung mit Wasser und Sanitärleistungen, die zur Exklusion sozial Schwacher führen und deren Mindestversorgung ernsthaft gefährden kann.

### 3. Funktionale Privatisierung, Konzessionsmodell („Wettbewerb um den Markt“)

Entsprechendes gilt für das im Vordergrund der *funktionalen Privatisierung* stehende *Konzessionsmodell* („Ausschreibungswettbewerb“).<sup>49</sup> Hier gewährt die

45 *Salzwedel* (Fn. 1), S. 613, 616.

46 *Salzwedel* (Fn. 1), S. 613, 616.

47 Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 83 f.

48 *Ehlers*, Gutachten für den 64. DJT 2002, Bd. I 2002, E 110.

49 18. Hauptgutachten der Monopolkommission (Fn. 5), Rz. 25.



Gemeinde einem privaten Versorgungsunternehmen gem. § 103 GWB a.F. (1990) ein „Gebietsmonopol auf Zeit“, das ihm gestattet, im Gemeindegebiet die Wasserversorgung durchzuführen und von den Versorgten ein entsprechendes Entgelt einzuziehen. Zugrunde liegt ein nach § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. ausnahmsweise zulässiger Konzessionsvertrag mit Ausschließlichkeitsregelung. Mit Abschluss des langjährigen Konzessionsvertrags - Laufzeit regelmäßig 20 Jahre<sup>50</sup> - verzichtet die Gemeinde auf eigene Versorgungstätigkeiten. Die kommunale Einflussnahme bleibt hier im Wesentlichen auf das Ausschreibungsverfahren und den späteren Vertragsschluss beschränkt. Im Rahmen der Ausschreibung können zwar Modalitäten einer umweltschonenden Auftragsdurchführung und der Leistungsqualität festgelegt werden - etwa Ausschluss der Chlorung von Trinkwasser, Beachtung sozialer und ökologischer Anforderungen.<sup>51</sup> Zudem können in den Konzessionsverträgen gemeindliche Mitwirkungsrechte vereinbart werden, z. B. bei der Wasserpreisgestaltung.<sup>52</sup> Allerdings gilt schon das Aushandeln der Verträge für Kommunen mangels ausreichender Kompetenz und Erfahrung als problematisch.<sup>53</sup> Weitere Probleme entstehen, wenn die Einhaltung der Verträge unklar ist (Problem der Kontrolle), vertragliche Absprachen nicht eingehalten oder Nachverhandlungen notwendig werden. Zur Durchsetzung der Absprachen bedarf es dann aufwändiger Gerichtsverfahren, die Kommunen stärker belasten dürften als ihre wirtschaftlich potenten Vertragspartner/-innen.

Auch bei diesem „marktrational“ ausgerichteten Privatisierungsmodell besteht aus den oben bereits genannten Gründen (zu 2.) die Gefahr, das Ziel einer ökologisch-nachhaltigen Wasserversorgung zu verfehlen. Dass diese Gefahr durchaus realistisch ist, zeigen die inzwischen bekannten Privatisierungserfahrungen.<sup>54</sup> Sie lassen deutliche Risiken für den Umwelt- und Ressourcenschutz, die Trinkwasserqualität und eine sozial verträgliche Preisgestaltung erkennen.<sup>55</sup> Eine gleichwohl erfolgende Forcierung dieses Privatisierungsmodells im Rahmen des „Wettbewerbs um den Markt“, wie von der *Monopolkommission* (2010) angeregt, würde zudem keinen stärkeren Wettbewerb mit sich bringen, denn die langjährigen Vertragslaufzeiten bewirken eher - wie in Frankreich<sup>56</sup> - eine Verfestigung „privater“ Gebietsmonopole.

#### 4. Optionale materielle Privatisierung?

Höchst zweifelhaft sind daher auch Regelungen zur optionalen materiellen Übertragung der Wasserversorgungsaufgabe (völlige Aufgabenverlagerung in den privaten Sektor, Reduktion des gemeindlichen Aufgabenbestandes), u.a. in den Landeswassergesetzen in Sachsen und Hessen. Dadurch entfällt die Möglichkeit der kommunalen Einflussnahme auf die Aufgabenwahrnehmung. Allerdings lässt sich auch dann nicht nur aus den Gemeindeordnungen („Bereitstel-

50 Nach *Brehme* (Fn. 7), S. 203 f. 10 bis 30 Jahre.

51 Umweltfreundliche Dienstleistungen lassen sich bei der Spezifikation des Auftragsgegenstandes festlegen, zudem Eignungskriterien (Bieterauswahl) heranziehen, um die Erfüllung der Anforderungen sicherzustellen, auch i.V.m. Zuschlagserteilung, vgl. EuGH, Rs. C-513/99, Slg. 2002, I-7213 („Concordia“); EuGH, Rs. C-448/01, Slg. 2003 I-14527 („Wienstrom“).

52 Zum Konzessionsmodell und unterschiedlichen Konzessionsarten *Brehme* (Fn. 7), S. 203 ff.

53 Zur ungleichen Verhandlungsstärke *H. Bauer*, Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserentsorgung, *VerwArch* 1999, 561, 576 ff; *Zacharias*, Privatisierung der Abwasserbeseitigung, *DÖV* 2001, 454, 455 ff.

54 International ebenso wie in England/Wales nach materieller Vollprivatisierung der Wasserversorgung 1989 und in Berlin nach materieller Teilprivatisierung der BWB AöR 1999, vgl. *Laskowski* (Fn. 3), S. 51 ff., 667 ff., 824 f.; die Probleme erkennt auch die Monopolkommission (Fn. 5), Rz. 25.

55 Vgl. *UBA* (Fn. 4), S. 25.

56 Näher *Laskowski* (Fn. 3), S. 670 ff.

lung notwendiger öffentliche Einrichtungen“), sondern auch aus dem Grundgesetz die Pflicht der Kommunen herleiten, die für die Bevölkerung erforderlichen Einrichtungen der Trinkwasserversorgung zu schaffen. Dies gilt auch in Fällen der „materiellen Privatisierung“ und folgt aus der verfassungsrechtlich verankerten Letztverantwortung des Staates. Unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips fällt hier den Kommunen als Trägerinnen öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG („ein Stück Staat“)<sup>57</sup> die gemeindliche Letztverantwortung zu, die aus Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m. den staatlichen Schutzpflichten für das Leben und die Gesundheit der örtlichen Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG i.V. Art. 1 Abs. 1 GG), dem Sozialstaats- und Demokratiegebot (Art. 20 GG), den Gleichbehandlungsgrundsätzen (Art. 3 Abs. 1-3 GG), dem Umweltschutzprinzip (Art. 20a GG) und dem normativen Kern des Menschenrechts auf Wasser gem. Art. 11, 12 UN-Sozialpakt (20 Liter Wasser pro Tag/Person, Existenzminimum)<sup>58</sup> herzuleiten ist. Die verfassungsrechtlich begründete „Reserveerfüllungspflicht“<sup>59</sup> erfordert, dass die Kommune sie jederzeit „aktivieren“ und in die Aufgabenerfüllung eintreten kann. Dies erscheint jedoch bei vollständigem Steuerungsverlust infolge materieller Privatisierung der Wasserversorgung kaum denkbar. Hier zeigt sich letztlich die verfassungsrechtliche Grenze der Privatisierung, die bei materieller Vollprivatisierung der Wasserversorgung überschritten wird. Damit wird auch die verfassungsrechtliche Verdichtung der Wasserversorgung zur staatlichen bzw. gemeindlichen Kernaufgabe deutlich, der sich der Staat bzw. die Gemeinde nicht entledigen darf.<sup>60</sup>

## VI. Fazit und Ausblick

1. Alle Privatisierungsmodelle führen zu einem Steuerungsverlust des Staates und einer Lockerung der Gemeinwohlbindung, die mit erkennbaren Risiken für den Umwelt- und Gesundheitsschutz sowie mit Demokratiekosten verbunden ist. Spiegelbildlich wird die private Steuerungsmacht und „Markrationalität“ in der Wasserversorgung gestärkt.
2. Die ökologisch-nachhaltige Wassergrundversorgung der Bevölkerung unter Beachtung des Kerngehalts des Menschenrechts auf Wasser stellt eine staatliche bzw. kommunale Kernaufgabe dar, der sich der Staat bzw. die Kommune nicht entziehen darf.
3. Dem Staat bzw. den Kommunen obliegt die Letztverantwortung („Reserveerfüllungsverantwortung“) für die effektive Aufgabenerfüllung der ökologisch-nachhaltigen Wassergrundversorgung der Bevölkerung. Eine rein theoretisch fortbestehende Restverantwortung, die sich im Ernstfall nicht aktivieren lässt, ist wertlos und markiert die Grenze zur verfassungsrechtlich unzulässigen Privatisierung.
4. Das Wasserentgelt darf dem Zugang Einzelner zu einer angemessenen Wassergrundversorgung nicht entgegenstehen. Eine kommerzielle „marktrationale“ Preisgestaltung schafft eine monetäre Zugangsbarriere für die allgemeine Grundversorgung mit Wasser. Dadurch wird der öffentliche Zweck der Wasserversorgung ernsthaft gefährdet.

57 Jarass/Pieroth (Fn. 7), Art. 28 Rn. 10.

58 Näher Laskowski (Fn. 3), S. 163 ff., 540 f.

59 Dazu Britz, „Kommunale Gewährleistungsverantwortung“, Verw 37 (2004), 145 ff.; BVerwGE 122, 350.

60 Laskowski (Fn. 3), S. 163 ff., 540 f., 841.

5. Die ökologisch-nachhaltige Wasserversorgung dient der Sicherung der Grundversorgung mit Wasser- und Sanitärleistungen („Menschenrecht auf Wasser“, 20 Liter Wasser pro Tag/Person). Hier besteht eine Kollision mit den §§ 33, 1 Abs. 2 AVBWasserV, die die völlige Einstellung der Wasserversorgung u.a. „bei Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung“ ermöglichen. Art. 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip bindet hier öffentliche Einrichtungen unabhängig von ihrer Organisationsform direkt, darüber hinaus auch rein privatwirtschaftliche Unternehmen aufgrund unmittelbarer Drittwirkung („Existenzminimum“).<sup>61</sup> Der Gesetzgeber ist aufgerufen, eine klare gesetzliche Regelung zu schaffen, die die Einstellung der existentiellen Wassermindestversorgung verbietet und eine entsprechende Leistungspflicht der Versorgungsunternehmen unabhängig von Rechtsform und Beteiligung Privater normiert, um eine Verletzung des Menschen- und Grundrechts auf Wasser infolge „marktrationaler“ Exklusionen sozial Schwacher zu verhindern.<sup>62</sup>
6. Eine Demokratisierung der Wasserwirtschaft<sup>63</sup> („water governance“), die an den Gedanken der bürgerschaftlichen Selbstverwaltung und partizipatorischen Demokratie anknüpft, könnte zur Sicherung der Gemeinwohlbindung beitragen.

61 Zur unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem subjektiv-öffentlichen Recht auf Sicherung des Existenzminimums ebenso Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Herdeggen, GG, 2009, Art. 1 Rn. 74, 121.

62 Vgl. OVG Bremen v. 25.4.2007 - S 2 B 157/07 -: verweigerte Kostenübernahme für die Wasserversorgung einer Familie mit fünf minderjährigen Kindern durch staatlichen Träger der Grundsicherung (§ 22 Abs. 5 SGB II). Die Implementierung des Menschenrechts auf Wasser in den Staaten des Europarats ist Gegenstand einer Expertise für das 6. Weltwasserforum 2012; die Verfasserin begutachtet die Situation in Deutschland.

63 Dazu Laskowski, Demokratisierung des Umweltrechts, ZUR 2010, 171 ff.