

# I. Einleitung

## A. Problemaufriss

Rekommunalisierungen sind heute ein globales Phänomen. Hinsichtlich zentraler öffentlicher Dienstleistungen – in Österreich ist meist von *Daseinsvorsorge* die Rede – wird in der Literatur mitunter ein regelrechter *Trend zur Rekommunalisierung* konstatiert.<sup>1</sup> Prominente Rekommunalisierungen aus aller Welt sollen diesen Befund untermauern, wobei vor allem Fälle im sensiblen Bereich der Wasserversorgung in der öffentlichen Debatte Aufsehen erregen. Bekannte Beispiele sind etwa die entsprechenden Maßnahmen in Cochabamba, Dar es Salaam, Buenos Aires oder Atlanta ebenso wie – im europäischen Kontext – in Paris, Grenoble, Berlin, Potsdam oder Budapest.<sup>2</sup>

Angesichts der existenzbedrohenden Auswirkungen von Versorgungsproblemen im Wasserbereich haben manche Staaten ausdrücklich ein *Recht auf Wasser* in ihren nationalen Verfassungen verankert.<sup>3</sup> Zum Teil soll dadurch gezielt einer Privatisierung bzw. Kommerzialisierung der Wasserressourcen und der Wasserversorgung vorgebeugt werden.<sup>4</sup> Ein Recht auf ausreichende, sichere, qualitativ einwandfreie, zugängliche, leistbare und nicht-diskriminierende Versorgung mit Trinkwasser zum persönlichen Gebrauch wird darüber hinaus aus dem UN Sozialpakt 1966 abge-

---

<sup>1</sup> LOBINA/KISHIMOTO/PETTITJEAN, *Here to Stay: Water Remunicipalisation as a Global Trend* (2014). S etwa auch BAUER, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, 329, 329 f mwN; TH. SCHMIDT, *Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Rekommunalisierung*, DÖV 2014, 357, 357. Krit etwa RÖBER, *Rekommunalisierung lokaler Ver- und Entsorgung – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven*, in Bauer et al (Hrsg), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge* (2012) 81, 88.

<sup>2</sup> S etwa die zahlreichen Beiträge in Balanyá et al (Hrsg), *Reclaiming Public Water – Achievements, Struggles and Visions from Around the World* (2005); Pigeon et al (Hrsg), *Remunicipalisation – Putting Water Back into Public Hands* (2012); Kishimoto et al (Hrsg), *Our public water future – The global experience with remunicipalisation* (2015).

<sup>3</sup> Vgl etwa Art 16 Abs 1 der bolivianischen *Constitución Política del Estado* 2009 („Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación“) oder Art 27 Abs 1 lit b der *Constitution of the Republic of South Africa* 1996 („Everyone has the right to have access to [...] sufficient food and water [...]).“)

<sup>4</sup> Paradigmatisch statuiert Art 70a der slowenischen Verfassung seit einer Novelle im November 2016 neben einem Individualrecht auf Wasser einerseits, dass Wasser ein öffentliches Gut und keine Handelsware ist. Andererseits wird festgelegt, dass der Staat eine „unmittelbare“ Wasserversorgung durch die Gemeinden auf einer „nicht-kommerziellen Basis“ sicherzustellen hat. S die englische Übersetzung unter <us-rs.si/media/constitution-.2016-.precisceni.dokument.dodan.70a.clen.pdf>.

leitet.<sup>5</sup> Ob sich daraus allfällige Schranken für Privatisierungen bzw Argumente für eine öffentliche Leistungserbringung ergeben, ist allerdings umstritten.<sup>6</sup>

Die Rekommunalisierungspraxis beschränkt sich indes weder auf solche besonders spektakulären oder sogar dramatischen Fälle noch auf einzelne Sektoren wie die Wasserversorgung. Dies veranschaulicht eine aktuelle Studie, die 835 Beispiele für Rekommunalisierungen ganz unterschiedlicher Größenordnung in 45 Staaten seit dem Jahr 2000 identifiziert, darunter auch 16 Fälle aus Österreich.<sup>7</sup>

Im gängigen Rekommunalisierungsnarrativ wird diese Rekommunalisierungswelle oft mit enttäuschten Erwartungen im Zusammenhang mit Privatisierungsmaßnahmen begründet, die unter dem Eindruck eines neoliberalen Zeitgeists seit den 1980er Jahren nicht nur zu „Mehr Markt, weniger Staat“, sondern oft auch zu Preissteigerungen und Qualitätseinbußen bei der Leistungserbringung geführt haben. Ein weiterer Grund für die „Renaissance der Kommunalwirtschaft“<sup>8</sup> wird zudem im allgemeinen Vertrauensverlust in private Wirtschaftsakteure und die Steuerungsfähigkeit des Marktes infolge der Wirtschafts- und Finanzkrise gesehen; öffentliche Unternehmen werden demgegenüber stärker mit Kriterien wie *Zuverlässigkeit*, *Nachhaltigkeit* und *Gemeinwohlorientierung* identifiziert.<sup>9</sup> Rekommunalisierungen stellen demnach eine Möglichkeit dar, die Rollenverteilung zwischen Staat und Markt bei Bedarf neu festzulegen und so auf konkrete Fehlentwicklungen oder geänderte Präferenzen und Wertvorstellungen des *demos* zu reagieren.

<sup>5</sup> General Comment No. 15: The Right to Water, E/C.12/2002/11, Rn 10 ff. Dazu etwa LASKOWSKI, Das Menschenrecht auf Wasser (2010).

<sup>6</sup> Dafür M. NOWAK, Menschenrechte – Eine Antwort auf die wachsende ökonomische Ungleichheit (2015) 116. AA etwa die Sonderberichterstatterin des UNO-Menschenrechtsrates: „Private sector participation is not prohibited under human rights law, and there have been positive experiences of private sector participation in the delivery of water and sanitation services“, C. DE ALBUQUERQUE, On the Right Track: Good practices in realising the rights to water and sanitation (2012) 97. Zu betonen ist, dass die Verpflichtungen des UN Sozialpakts nach traditioneller (westlicher) Ansicht im Wesentlichen bloß Zielbestimmungen sind und daher idR keine unmittelbar anwendbaren oder einklagbaren Rechte normieren, s etwa CRAWFORD, Brownlie's Principles of Public International Law<sup>8</sup> (2012) 639; differenzierend hingegen VIERDAG, The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands Yearbook of International Law 1978, 69. Konkret für das Menschenrecht auf Wasser LASKOWSKI, Das Menschenrecht auf Wasser 163 ff.

<sup>7</sup> KISHIMOTO/PETITJEAN (Hrsg), Reclaiming Public Services – How cities and citizens are turning back privatisation (2017).

<sup>8</sup> LENK/ROTMANN/ALBRECHT, Renaissance der Kommunalwirtschaft – Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen (2011).

<sup>9</sup> RÖBER, Rekommunalisierung 84 f.

Vor diesem Hintergrund ist die übergeordnete Rechtsfrage im Zusammenhang mit Rekommunalisierungen, ob und inwieweit es *rechtlich zulässig* – und nicht etwa wirtschaftlich sinnvoll oder politisch wünschenswert – ist, die marktliche Erbringung einer spezifischen Leistung zu beschränken und in die kommunale Sphäre zurückzuverlagern. Trotz der Brisanz der Frage fehlt in der österreichischen rechtswissenschaftlichen Literatur bislang eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema Rekommunalisierung.<sup>10</sup>

Bei näherer Betrachtung erweist sich der rechtliche Rahmen für Rekommunalisierungen als vielschichtig und komplex. Schranken (hinsichtlich des *Ob*) und Handlungsmaßstäbe (hinsichtlich des *Wie*) können sich nicht nur auf Ebene des innerstaatlichen Rechts ergeben, sondern auch auf Ebene des Unionsrechts, das die kommunale Wirtschaftstätigkeit (etwa durch das Beihilferecht und das Vergaberecht) stark determiniert.<sup>11</sup> Hinzu kommt, dass jene Bereiche, die im Zusammenhang mit Rekommunalisierungen von Interesse sein können – zu denken ist etwa an Strom, Gas, Wärme, Wasser, Abwasser, Abfall, öffentlichen Verkehr, Krankenhäuser, Kindergärten, Museen etc – teilweise Gegenstand spezifischer Regelungsregimes sind. Das bedeutet, dass für konkrete Rekommunalisierungsmaßnahmen neben dem allgemeinen Rechtsrahmen für Rekommunalisierungen – der den Fokus dieser Untersuchung bildet – zum Teil auch sektorspezifische Vorgaben zu berücksichtigen sind.

Diese ohnehin schon beachtliche Komplexität hat sich zuletzt noch dadurch erhöht, dass einerseits EU-Freihandelsabkommen wie CETA, TTIP und TiSA vermehrt in den Fokus der Rekommunalisierungsdiskussion gerückt sind bzw andererseits die Rekommunalisierungsthematik zum Gegenstand der polarisierenden Debatte über diese Abkommen gemacht wurde. Immer wieder wird die Befürchtung geäußert, diese neuen Abkommen könnten künftige Rekommunalisierungen erschweren oder gar verhindern, indem sie „einmal vollzogene Deregulierungen und Privatisierungen in einem völkerrechtlich verbindlichen Vertrag *unumkehrbar* [festschreiben]“.<sup>12</sup> Damit wird eine Liberalisierungsstrategie angespro-

<sup>10</sup> Vgl nur KAHL/MÜLLER, *Gemeinden und Länder im Binnenmarkt* (2015) 193 ff; Auseinandersetzungen mit der Rekommunalisierungsthematik aus einer nicht-rechtswissenschaftlichen Perspektive bieten im österreichischen Kontext HALMER/HAUENSCHILD, *Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen in der EU, ÖGPP 2014*, sowie die Beiträge in Klug (Hrsg), *Daseinsvorsorge durch Re-Kommunalisierung* (2011).

<sup>11</sup> Zum Ineinandergreifen der verschiedenen Rechtsebenen vgl etwa auch BAUER, *DÖV* 2012, 335.

<sup>12</sup> So TH. FRITZ, *Auf Kollisionskurs mit der Demokratie: TTIP und CETA in Hamburg. Folgen der EU-Handelsabkommen mit den USA und Kanada*, *Campact* 2015, 18 [Hervorhebung hinzugefügt]. S etwa auch GOULD, *Public Services*, in Sinclair et al (Hrsg),

chen, die konzeptionell als „lock-in liberalisation“ bezeichnet werden kann.<sup>13</sup> Dabei sollen autonome Liberalisierungsmaßnahmen durch die Verankerung entsprechender Verpflichtungen in völkerrechtlichen Verträgen *abgesichert* und politische Handlungsspielräume so letztlich *eingeschränkt* werden.<sup>14</sup>

Mit Blick auf die aufgeworfene Rechtsfrage ist zu differenzieren: Zwar finden sich etwa im Fall des CETA, das in vielerlei Hinsicht den aktuellen *state of the art* der EU-Freihandelsabkommen der neuen Generation verkörpert und daher im Fokus dieser Untersuchung steht, Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragsparteien durchaus eine solche „Lock-in“-Strategie verfolgen.<sup>15</sup> Dafür sprechen etwa der Negativlistenansatz, der Standstill- und der Ratchet-Mechanismus. Allerdings ist damit noch nicht gesagt, dass auch die Befürchtungen im Hinblick auf potentielle Rekommunalisierungen begründet sind. Ob umgekehrt die von den CETA-Vertragsparteien in einer gemeinsamen Erklärung zum Ausdruck gebrachte Auffassung zutrifft, wonach das Abkommen Rekommunalisierungen nicht berühre,<sup>16</sup> oder ob dieses doch Maßstäbe für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden setzt und sich so – mehr oder weniger subtil – auf potentielle Rekommunalisierungen auswirken könnte, bedarf jedenfalls einer näheren Analyse.

Vor diesem facettenreichen Hintergrund bietet die vorliegende Untersuchung erstmals eine umfassende Vermessung der Gestaltungsspielräume österreichischer Gemeinden bei der Rekommunalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge und geht der Frage nach, welche rechtlichen Schranken und Handlungsmaßstäbe sich diesbezüglich aus der kommunalen Wirtschaftsverfassung, dem einschlägigen Unionsrecht sowie dem EU-Freihandelsabkommen CETA ergeben.

---

Making Sense of CETA (2014) 35, 36; Attac Österreich, TTIP, CETA und TiSA – Auswirkungen der Freihandelsabkommen auf Städte und Gemeinden in Österreich, 2014, 4.

<sup>13</sup> RAZA, Politics of scale and strategic selectivity in the liberalisation of public services – the role of trade in services, *New Political Economy* 2016, 204, 208.

<sup>14</sup> Zum Teil wird diese Entwicklung auch als wesentlicher Aspekt eines (neoliberalen) „new constitutionalism“ verstanden, der ein klares Ziel verfolgt: „[T]o allow dominant economic forces to be increasingly insulated from democratic rule and popular accountability“, so GILL, *New Constitutionalism, Democratisation and Global Political Economy*, *Pacifica Review* 1998, 23, 23.

<sup>15</sup> Ähnlich für TTIP DE VILLE/SILES-BRÜGGE, *TTIP – Wie das Handelsabkommen den Welthandel verändert und die Politik entmacht* (2016) 65.

<sup>16</sup> Gemeinsames Auslegungsinstrument zum umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada und der Europäischen Union und ihren Mitgliedsstaaten, ABl (EU) 2017 L 11/3, 4.

## B. Untersuchungsgegenstand „Rekommunalisierung“

Zwar sind Rekommunalisierungen im Bereich der (kommunalen) Daseinsvorsorge – historisch betrachtet<sup>17</sup> – keineswegs neu. In der Literatur findet sich die Metapher eines Pendels, das in bestimmten Phasen stärker in Richtung staatlicher und dann wieder privater Leistungserbringung bzw. Aufgabenwahrnehmung ausschlägt.<sup>18</sup> Relativ neu ist jedoch die Bezeichnung entsprechender Vorgänge als *Rekommunalisierung*.<sup>19</sup> Angesichts der schwammigen Konturen des Rekommunalisierungsbegriffs soll in der Folge zunächst das Begriffsverständnis für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung geschärft werden.

Zu betonen ist, dass es sich bei dem Begriff der Rekommunalisierung in Österreich – wie auch in Deutschland – um keinen Begriff des positiven Rechts, sondern um einen *rechtswissenschaftlichen Begriff* handelt. Rechtswissenschaftliche Begriffe dienen dazu, „bestimmte gleichartige rechtliche Phänomene zu einer Einheit zusammen[zufassen], um sich ihrer in der juristischen Darstellung und Problembehandlung zu bedienen“.<sup>20</sup> Da letztlich allein die Zweckmäßigkeit eines rechtswissenschaftlichen Begriffs maßgeblich ist, werden in der Folge auch die Möglichkeiten (und Grenzen) einer Systematisierung dieses vielschichtigen Begriffs ausgelotet.

### 1. Rekommunalisierung als aktuelles Phänomen

Rekommunalisierungstendenzen sind heute ein „aktuelles, empirisch beobachtbares, reales Phänomen“.<sup>21</sup> Was verschiedene Akteure unter dem Begriff verstehen, variiert aber mitunter ebenso stark wie die Gründe, die für die Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen ins Feld geführt werden.

<sup>17</sup> Für einen historischen Abriss dieser Pendelbewegungen RÖBER, *Privatisierung adé? Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements*, VM 2009, 227, 227 ff.

<sup>18</sup> Statt aller WOLLMANN/MARCOU, *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary*, in Wollmann/Marcou (Hrsg.), *The Provision of Public Services in Europe* (2010) 240.

<sup>19</sup> BURGI, *Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, in Ipsen (Hrsg.), *Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen?* (2012) 13, 18, hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass dem Begriff nicht die oft negativ besetzte Konnotation der „Verstaatlichung“ anhafte, auch wenn es sich dabei letztlich um Verstaatlichungsprozesse handle.

<sup>20</sup> RILL, *Zum Verwaltungsbegriff*, in FS Antonioli (1979) 35, 35 f.

<sup>21</sup> BUDÄUS/HILGERS, *Mutatis mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen*, DÖV 2013, 701, 703.