

Verena Madner, Stefan Mayr, Dragana Damjanovic

# DIE AUSWIRKUNGEN DES COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT (CETA) AUF DIE RECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DIENSTLEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE IN ÖSTERREICH

Studie im Auftrag von Arbeiterkammer Wien, Österreichischer Städtebund, Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs

Juli 2015



In Kooperation mit



## **Impressum**

Medieninhaber: Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien,  
Prinz-Eugen-Straße 20–22, 1040 Wien, Telefon: (01) 501 65 0  
Offenlegung gem. § 25 MedienG: siehe [wien.arbeiterkammer.at/impressum](http://wien.arbeiterkammer.at/impressum)  
Zulassungsnummer: AK Wien 02Z34648 M  
ISBN: 978-3-7063-0580-8  
AutorInnen: Univ. Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Verena Madner, Mag. Stefan Mayr, LL.M., PD Dr.<sup>in</sup> Dragana Damjanovic  
Grafik Umschlag: Jakob Fielhauer  
Druck: AK Wien  
Verlags- und Herstellungsort: Wien  
© 2015 bei AK Wien

**Stand Juli 2015**

**Im Auftrag von Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Österreichischer Städtebund,  
Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs**

# **Die Auswirkungen des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge in Österreich**

**Studie im Auftrag von:  
Arbeiterkammer Wien, Österreichischer Städtebund,  
Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs**

**erstellt von**

**Verena Madner  
Stefan Mayr  
Dragana Damjanovic**

Wien, Juli 2015

#### AutorInnen

Univ. Prof. Dr. Verena Madner, Universitätsprofessorin für Öffentliches Recht und Public Management, Forschungsinstitut für Urban Management and Governance, WU Wien

Mag. Stefan Mayr, LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Forschungsinstitut für Urban Management and Governance, WU Wien

PD Dr. Dragana Damjanovic, Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, WU Wien

# Die Auswirkungen des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge in Österreich

Verena Madner, Stefan Mayr, Dragana Damjanovic \*

## Abstract

Im September 2014 wurden die Verhandlungen über das *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) zwischen der EU und Kanada offiziell abgeschlossen. Gleichzeitig verhandelt die EU zahlreiche weitere Handelsabkommen, etwa TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) mit den USA oder das plurilaterale Abkommen über den Dienstleistungshandel (TiSA).

CETA ist – wie TTIP – ein umfassendes Abkommen einer neuen Generation. Es geht deutlich über bisherige EU-Handelsabkommen und auch über das GATS hinaus und enthält unter anderem Kapitel zur öffentlichen Beschaffung, zur innerstaatlichen Regulierung und insbesondere auch Bestimmungen zum Investitionsschutz und zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Staat (ISDS). Im Hinblick auf Dienstleistungen und Investitionen stellt CETA – in den Worten der Europäischen Kommission – „das umfassendste Handelsabkommen dar, das die EU bisher abgeschlossen hat“.

Die vorliegende Studie geht der Frage nach, ob und wie weit CETA rechtliche und politische Gestaltungsspielräume für die Organisation, Erbringung und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen beeinträchtigt. Die Studie untersucht dazu eine breite Palette an daseinsvorsorgerelevanten inhaltlichen Vorgaben des CETA (vom Vergaberecht bis zum Investitionsschutz), sie analysiert auf der Basis des ausverhandelten Vertragstextes das komplexe Zusammenspiel von Verpflichtungen, EU-weiten und länderspezifischen Ausnahmen und Vorbehalten und zeigt schließlich in einer zusammenfassenden Risikobewertung auf, welche Auswirkungen CETA auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der Daseinsvorsorge in Österreich haben kann.

Im Ergebnis zeigt sich, dass CETA weite Bereiche der Daseinsvorsorge erheblich berührt: Die Liberalisierungsverpflichtungen des CETA sind nach einem Negativlistenansatz gestaltet, der Liberalisierung als Regelfall festlegt. Durch einen „Sperrklinkenmechanismus“ können Liberalisierungsmaßnahmen zudem zur unumkehrbaren Einbahnstraße werden. Öffentliche Dienstleistungen sind nicht *generell* von den Liberalisierungspflichten des CETA ausgenommen, das Abkommen enthält jedoch eine Reihe von verschieden weit gefassten

---

\* Die in der Studie vertretenen Auffassungen geben nicht notwendig die Positionen der AuftraggeberInnen wieder. Wertvolle Diskussionsbeiträge leisteten Susanne Bauer, Elisabeth Beer, Werner Hochreiter, Thomas Kattinig, Joachim Leitner, Sylvia Leodolter, Heidrun Maier-De Kruijff, Thomas Moldaschl, Angela Pfister, Oliver Prausmüller, Walter Rosifka, Johannes Schmid, Nikolai Soukup, Artur Streimelweger, Iris Strutzmann, Thomas Tannheimer, Lukas Tockner, Doris Unfried, Valentin Wedl, Thomas Weninger und Monika Wipplinger. Unser besonderer Dank gilt darüber hinaus Markus Krajewski sowie Nikolai Soukup, der die Erstellung der Studie mit großem Engagement begleitet hat.

*spezifischen* Ausnahmen und Vorbehalten. Die Analyse zeigt, dass die Reichweite, Flexibilität und Belastbarkeit dieser Ausnahmebestimmungen im Einzelnen beschränkt ist und vielfältige Fragen aufwirft. Zudem sind die Auswirkungen des CETA-Investitionsschutzkapitels insbesondere durch die Einführung einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (ISDS) kaum zu überschätzen. Insgesamt zeigt sich, dass CETA erhebliche rechtliche und politische Auswirkungen für die Daseinsvorsorge in Österreich haben kann.

# Inhalt

<b>I. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
A. Zum Konflikt um Handelsliberalisierung und Daseinsvorsorge.....	1
B. Zum Begriff Daseinsvorsorge.....	3
C. Zu den rechtlichen Wirkungen von CETA.....	4
D. Zielsetzungen und Gang der Untersuchung.....	5
<b>II. Analyse zentraler Regelungsbereiche und Wirkmechanismen des CETA... 8</b>	<b>8</b>
A. Formen der Dienstleistungserbringung.....	8
B. Regelungsbereiche und Verpflichtungen .....	11
1. Niederlassung bzw Tätigkeit von Investitionen.....	11
a. Marktzugang.....	11
i. Typen von verbotenen Beschränkungen.....	12
ii. Weitere Klarstellungen in CETA.....	12
b. Leistungsanforderungen.....	14
2. Nichtdiskriminierung .....	14
3. Subventionen .....	17
a. Beihilfenrelevante Bestimmungen im CETA.....	17
b. Die Informations- und Konsultationsverpflichtungen im CETA-Beihilfenkapitel .....	18
c. Ausnahmen von den Verpflichtungen zum Marktzugang und zur Inländerbehandlung ..	20
4. Öffentliche Beschaffung.....	21
a. Einleitung.....	21
b. Grundprinzipien: Nicht-Diskriminierung und Transparenz .....	21
c. Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels .....	23
i. Vorbemerkung.....	23
ii. Vergabestellen.....	24
iii. Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen.....	26
iv. Dienstleistungskonzessionen .....	27
v. Baukonzessionen.....	29
d. In-house-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit.....	30
e. Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien?.....	33
f. Fazit .....	34
5. Wettbewerb, Staatsunternehmen und Monopole .....	35
6. Innerstaatliche Regulierung .....	37

a.	Anwendungsbereich.....	37
b.	Disziplinen .....	38
7.	Investitionsschutz.....	40
a.	Vorbemerkung.....	40
b.	Anwendungsbereich und Definitionen.....	40
c.	Investitionsschutzstandards .....	42
8.	Das sogenannte „ <i>Right to regulate</i> “ .....	46
C.	Fazit .....	47
<b>III.</b>	<b>Ausnahmen und Begrenzungen .....</b>	<b>49</b>
A.	Vorbemerkung.....	49
B.	Ausnahmebestimmungen in einzelnen Vertragskapiteln .....	49
1.	Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt.....	50
a.	Erbringung zu kommerziellen Zwecken .....	51
b.	Erbringung im Wettbewerb.....	51
c.	Fazit .....	52
2.	Sozialversicherung / Pensionskassen .....	52
3.	Audiovisuelle Dienstleistungen .....	53
4.	Rechte und Verpflichtungen in Bezug auf Wasser im Naturzustand .....	54
C.	Negativlistenansatz .....	55
1.	Vorbemerkung: Positivliste vs Negativliste .....	55
2.	Auswirkungen des Negativlistenansatzes im CETA .....	56
D.	Verhältnis zu den Verpflichtungen im GATS?.....	58
1.	Grundlegende Fragestellung .....	58
2.	Relevanz .....	58
3.	Im Detail: Art V GATS.....	59
E.	Annex I – Aufbau und Wirkungsweise.....	64
1.	Aufbau .....	64
2.	Wirkungsweise: <i>Standstill</i> und <i>Ratchet</i> .....	65
3.	Ausnahme für bestehende nicht-konforme Maßnahmen auf Ebene der Gemeinden .....	66
F.	Annex II – Aufbau .....	67
G.	Daseinsvorsorgerelevante Ausnahmen der EU und Österreichs (Annex I + II) .....	68
1.	<i>Public-utilities</i> -Klausel.....	68
2.	Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser .....	70
a.	Der Vorbehalt in Annex II .....	70
b.	Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Abfallwirtschaft .....	71

c.	Fazit zum Thema Wasser im CETA.....	72
3.	Bildung, Gesundheit und Soziales .....	72
a.	Veräußerung bestehender staatlicher Unternehmen und öffentlicher Einrichtungen ....	73
b.	Vorbehalte hinsichtlich öffentlich finanzierter Dienstleistungen .....	73
c.	Bildung.....	76
d.	Gesundheit .....	78
e.	Soziales .....	84
4.	Postdienstleistungen .....	86
5.	Verkehr .....	87
6.	Freizeit, Kultur und Sport .....	88
H.	Rechtfertigungstatbestände.....	89
	<b>IV. Zusammenfassende Bewertung .....</b>	<b>91</b>
	<b>Literatur .....</b>	<b>96</b>

## I. Einleitung

### A. Zum Konflikt um Handelsliberalisierung und Daseinsvorsorge

Im September 2014 wurden die offiziellen Verhandlungen über das EU-kanadische *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) abgeschlossen. Gleichzeitig verhandelt die EU zahlreiche weitere Handelsabkommen, etwa TTIP mit den USA oder das plurilaterale Abkommen über den Dienstleistungshandel (TiSA). Während Handelspolitik und Außenhandelsrecht normalerweise kaum im Fokus des öffentlichen Interesses stehen, lassen CETA, TTIP und TiSA die Wogen hochgehen. Die fünf Jahre dauernden Verhandlungen zum CETA fanden weitgehend im Geheimen und daher ohne öffentliche Diskussion statt. Seit über einem Jahr wird der transatlantische Verhandlungsprozess jedoch intensiv öffentlich diskutiert. Kaum ein Vorhaben der Europäischen Union scheint die öffentliche Meinung derzeit annähernd so zu spalten, wie die geplanten Handelsabkommen. So haben bereits über zwei Millionen Menschen in Europa eine BürgerInneninitiative gegen TTIP und CETA unterzeichnet. ArbeitnehmerInnenverbände, Gewerkschaften, Kommunen, Interessenverbände der öffentlichen Wirtschaft und NGOs werben für die Verhinderung der Abkommen und Diskussionsveranstaltungen von KritikerInnen und BefürworterInnen stehen laufend auf der Tagesordnung.

Die Befürchtungen der KritikerInnen sind vielschichtig und ernst. Ihre Sorge gilt vor allem möglichen Gefahren für Demokratie und Rechtsstaat durch InvestorInnenklagen, Einschränkungen bei Umwelt- und Verbraucherschutzstandards und der Aushöhlung der öffentlichen Daseinsvorsorge. Es wird befürchtet, dass von Handelsabkommen wie CETA ein starker Liberalisierungsdruck ausgeht und zahlreiche Bereiche der Daseinsvorsorge im Interesse privater Kapitalinteressen für eine marktliche Erbringung geöffnet werden müssen.<sup>1</sup> Die ungewissen wirtschaftlichen Effekte der angesprochenen Handelsabkommen werden zudem selbst in den, von der EU Kommission herangezogenen – methodisch zT scharf kritisierten und für zu optimistisch gehaltenen<sup>2</sup> – Studien als eher gering eingeschätzt.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Mit Entschließung vom 24.9.2014 hat der Nationalrat die Bundesregierung in Hinblick auf die Freihandelsabkommen der EU mit Kanada und den USA aufgefordert, „den Schutz öffentlicher Dienstleistungen gegenüber den Handelspartnern der EU auch auf europäischer Ebene weiterhin offensiv einzufordern, [...] Handlungsspielräume [...] zum Erhalt sowie Ausbau der Daseinsvorsorge sicherzustellen und somit vor einer Einschränkung durch Liberalisierungsverpflichtungen zu schützen“.

<sup>2</sup> S. Raza/Grumiller/Taylor/Tröster/von Arnim, *Assess\_TTIP: Assessing the Claimed Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Final Report*, ÖFSE (31.03.2014); Beck/Scherrer, *Das transatlantische Handels- und Investitionsabkommen (TTIP) zwischen der EU und den USA*, Arbeitspapier 303, Hans-Böckler-Stiftung, Mai 2014; Capaldo, *The Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership: European Disintegration, Unemployment and Instability*, GDEI Working Paper No. 14-03 (Oktober 2014); Klimenta/Fisahn et al., *Die Freihandelsfalle. Transatlantische Industriepolitik ohne Bürgerbeteiligung – das TTIP (2014)* 37 ff.

<sup>3</sup> Europäische Kommission/Government of Canada, *Assessing the costs and benefits of a closer EU – Canada economic partnership*, Joint Study (2008); Berden/Francois/Thelle/Wymenga/Tamminen, *Non-Tariff Measures in EU-US Trade and Investment – An Economic Analysis*. ECORYS, Study for the European Commission, Directorate-General for Trade (11.12.2009); Francois/Manchin/Norberg/Pindyuk/Tomberger, *Reducing Trans-Atlantic Barriers to Trade – An Economic Assessment*. CEPR Study for the European Commission (März 2013); Fontagné/Gourdon/Jean,

Schon das Verhältnis von öffentlichen Dienstleistungen und dem GATS hatte ein beträchtliches Konfliktpotenzial aufgezeigt.<sup>4</sup> CETA ist – wie TTIP – ein umfassendes EU-Handelsabkommen einer neuen Generation. Diese neuen Abkommen gehen deutlich über bisherige EU-Handelsabkommen und auch das GATS hinaus. CETA stellt im Hinblick auf Dienstleistungen und Investitionen – in den Worten der Kommission – „das umfassendste Handelsabkommen dar, das die EU bisher abgeschlossen hat“.<sup>5</sup>

CETA zielt auf eine umfassende Beseitigung sog nicht-tarifärer Handelshemmnisse und damit Liberalisierung des Handels und der Investitionstätigkeit ab und enthält neben den bereits angesprochenen Bestimmungen zu Investitionsschutz und ISDS unter anderem Kapitel zur öffentlichen Beschaffung, zu Subventionen sowie zur innerstaatlichen Regulierung. Damit entsteht ein beträchtliches Konfliktpotential in Bezug auf Maßnahmen, die für die Organisation, Erbringung und Finanzierung der Daseinsvorsorge von großer Bedeutung sind – etwa hinsichtlich der Zulässigkeit von Monopolen, Ausschließlichkeitsrechten oder Bedarfsprüfungen, *In-house*-Vergaben und interkommunalen Kooperationen oder von speziellen Förderungen und Quersubventionierungen.

Das oben angesprochene Spannungsverhältnis zur Daseinsvorsorge wird dadurch verschärft, dass CETA mit dem Kapitel zum Investitionsschutz auch ein Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren (Stichwort: ISDS) vorsieht. InvestorInnenklagen im Zusammenhang mit behaupteten Verletzungen von Investitionsschutzstandards (wie zB dem Prinzip der gerechten und billigen Behandlung oder dem Gebot der Entschädigung für sog „indirekte Enteignungen“) können hohe staatliche Entschädigungszahlungen nach sich ziehen. Zugleich können derartige Klagen eine abschreckende Wirkung entfalten, welche die Regelungsfreiheit und den Gestaltungsspielraum für die Daseinsvorsorge indirekt einengt (sog „*regulatory chill*“). CETA wirft daher – so wie auch die anderen Handelsabkommen der neuen „GATS plus“ Generation – umso drängender eine Frage von grundlegender Bedeutung für die Daseinsvorsorge auf: Beeinträchtigen die Liberalisierungspflichten, Disziplinen und Investitionsschutzregeln in ihrem Zusammenspiel rechtliche und politische Spielräume für die Gestaltung öffentlicher Dienstleistungen?

Öffentliche Dienstleistungen nehmen eine besondere Rolle im europäischen Gesellschaftsmodell ein und sind für den sozialen und territorialen Zusammenhalt in der Europäischen Union von besonderer Bedeutung.<sup>6</sup> Der Anspruch der Mitgliedstaaten auf Wahrung ihres primärrechtlich anerkannten Gestaltungsspielraums bei der Erbringung, Organisation und Finanzierung der Daseinsvorsorge steht dabei freilich in einem Spannungsverhältnis zu den Marktöffnungs- und Markttransparenzregeln der Union,

---

Transatlantic trade: Whither partnership, which economic consequences?, CEPII Policy Brief No 1 (September 2013); *Felbermayr/Heid/Lehwald*, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Who benefits from a free trade deal? Part 1: Macroeconomic Effects. Bertelsmann Stiftung (2013).

<sup>4</sup> Eingehend dazu *Krajewski*, GATS plus: Öffentliche Dienstleistungen in Freihandels- und Investitionsabkommen der Europäischen Union, in Prausmüller/Wagner (Hrsg) *Reclaim Public Services* (2014), 132 (136ff). Aus polit-ökonomischer Sicht *Raza*, Öffentliche Dienstleistungen in internationalen Handelsabkommen: Erfahrungen aus der GATS 2000 Debatte, in Prausmüller/Wagner (Hrsg) *Reclaim Public Services* (2014), 65 sowie die Einleitung der Herausgeber *Prausmüller/Wagner*, *Reclaim Public Services*. Zur Auseinandersetzung um die Zukunft öffentlicher Dienstleistungen (2014) 7 ff.

<sup>5</sup> Europäische Kommission, CETA-Zusammenfassung der abschließenden Verhandlungsergebnisse (Dezember 2014).

<sup>6</sup> Vgl etwa Art 14 AEUV, Art 36 GRC, Protokoll Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse.

namentlich zu den Vorschriften über Binnenmarkt und Wettbewerb, dem Beihilfen- und dem Vergaberecht. Insbesondere die Europäische Kommission interpretiert den Geltungsanspruch der Binnenmarktordnung extensiv, während der Europäische Gerichtshof hier zuletzt zurückhaltender judizierte.<sup>7</sup> Ein Handelsabkommen wie CETA wirft daher naheliegenderweise auch die Frage auf, ob durch dieses Abkommen Freiräume zur Verwirklichung sozial-, fiskal- und wirtschaftspolitischer Ziele wieder geschlossen werden, die für den Bereich der Daseinsvorsorge von den Mitgliedstaaten gegenüber der EU in den letzten Jahren durchgesetzt bzw vom EuGH anerkannt wurden (zB zur *In-house*-Vergabe und zur interkommunalen Zusammenarbeit, zur Zulässigkeit der Finanzierung öffentlicher Leistungen, sofern diese fair und nicht-diskriminierend nach den sog „Altmark-Kriterien“ sind).

Entsteht also durch CETA ein zusätzlicher Druck zur Öffnung für mehr Wettbewerb? Werden Vorgaben zum Umfang und zur Qualität von öffentlichen Dienstleistungen eingeschränkt, die eine gemeinwohlorientierte Organisation und Erbringung dieser Leistungen sicherstellen sollen?

Die Europäische Kommission stellt solche negativen Auswirkungen auf die Daseinsvorsorge vehement in Abrede. Die EU habe in allen ihren Handelsabkommen Schutzmaßnahmen verankert, die gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten die Daseinsvorsorge frei gestalten und sicherstellen können. In den Worten der Kommission stellen diese Schutzmaßnahmen in den Handelsabkommen *sicher* „that EU governments remain entirely free to manage public services as they wish“. Und speziell mit Blick auf CETA meint die Kommission zusammenfassend zum Verhandlungsergebnis: „Wie in allen Handelsabkommen geht die EU keinerlei Verpflichtungen ein, die öffentliche Dienstleistungen betreffen“.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Studie die Auswirkungen des CETA auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge klären und so eine rechtlich fundierte Grundlage für eine informierte öffentliche Diskussion schaffen.

## **B. Zum Begriff Daseinsvorsorge**

Der Untersuchung liegt ein weiter Begriff der Daseinsvorsorge zu Grunde. Es geht wesentlich um Dienstleistungen, die aus verschiedenen Gründen einer marktlichen Erbringung – zumindest teilweise – entzogen werden sollen bzw die der Markt nicht im gewünschten Ausmaß, zu den gewünschten Bedingungen und vor allem zu dem gewünschten Preis nicht erbringen kann oder will. Wichtige Faktoren sind also die Versorgungssicherheit, die Qualität, der universelle Zugang und die Erschwinglichkeit. Angesprochen sind damit in unterschiedlichem Ausmaß insbesondere folgende Bereiche: die großen und in der EU zT bereits weitgehend liberalisierten Netzwerkindustrien (Telekommunikation, Energie, Post, Bahn), die (primär kommunalen) Ver- und Entsorgungsleistungen (Wasser, Abwasser, Abfall, öffentlicher Personennahverkehr), kulturelle Dienstleistungen sowie wohlfahrtsstaatliche Leistungen: Gesundheit, Bildung, die

---

<sup>7</sup> S dazu *Damjanovic*, Legal Structure of the EU Social Market Economy (Habilitationsschrift, WU 2015);

<sup>8</sup> EK, Zusammenfassung der abschließenden Verhandlungsergebnisse, 21.

Sozialversicherung aber zB auch das Soziale Wohnen im weiteren Sinn.<sup>9</sup> Diese Aufzählung ist freilich illustrativ und nicht abschließend zu verstehen, denn die genaue Bestimmung dessen, was Daseinsvorsorge sein soll und wie solche öffentliche Dienstleistungen erbracht werden sollen, muss je und je zuallererst im demokratischen Aushandlungsprozess entschieden werden und ist dementsprechend auch nicht statisch festgelegt.

Mit den hier und im Folgenden als Überbegriffe<sup>10</sup> synonym verwendeten Bezeichnungen „Dienstleistungen der Daseinsvorsorge“ bzw „öffentliche Dienstleistungen“ sind jedenfalls diejenigen Dienstleistungen in den Blick genommen, die im Unionsrecht rechtlich als Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse bzw als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen kategorisiert sind,<sup>11</sup> ohne dass in der Studie unmittelbar und abschließend auf diese unionsrechtlichen Begriffe zurückgegriffen wird.<sup>12</sup>

### C. Zu den rechtlichen Wirkungen von CETA

Wenn hier von Auswirkungen auf den Rechtsrahmen für die Daseinsvorsorge die Rede ist, so ist ein präzisierender Hinweis angebracht: Zwar sind die Verhandlungen zu CETA aus Sicht der VerhandlungspartnerInnen abgeschlossen; das Abkommen wurde bislang jedoch weder von Kanada noch von der EU und den Mitgliedstaaten ratifiziert. Derzeit ist auch noch nicht abschließend geklärt, ob es sich bei CETA überhaupt um ein gemischtes Abkommen handelt, das einer Ratifikation durch die Mitgliedstaaten bedarf. Letztlich obliegt die Entscheidung der Kompetenzfrage dem EuGH, der dazu auch um ein Gutachten ersucht werden kann.<sup>13</sup> Gute Gründe sprechen freilich dafür, dass es sich bei CETA (und auch bei TTIP) um ein gemischtes Abkommen handelt.<sup>14</sup> Diese Einordnung zieht eine Reihe von Rechtsfragen nach sich, die sich nicht allein auf den Ratifikationsprozess beschränken, sondern beispielsweise auch die unionsrechtliche Wirkung des Abkommens und die Auslegungskompetenz des EuGH betreffen.<sup>15</sup> Diese komplexen Rechtsfragen sind hier jedoch nicht zu vertiefen.

---

<sup>9</sup> Das neben den im Kern in diesem Bereich bestehenden sozialen Diensten den gemeinnützigen und Gemeindewohnbau mitumfasst.

<sup>10</sup> Zu den Schwierigkeiten gegenstandsadäquater Begriffsbildung im rechtsvergleichenden Kontext ausführlich *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011) 3ff.

<sup>11</sup> Näher zum Begriff der Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interessen und der Unterscheidung zwischen nicht wirtschaftlichen Diensten von allgemeinen Interessen und den DAWI siehe zB *Damjanovic*, Art 36 GRC in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014); *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011) 3ff sowie 77ff und zu den Elementen eines europäischen Begriffs öffentlicher Dienstleistungen 125ff.

<sup>12</sup> Im Einzelnen können dort wo es erforderlich ist, freilich auch Bezugnahmen auf die unionsrechtlichen Kategorien erfolgen.

<sup>13</sup> Im Juli 2015 hat die Kommission dem EuGH einen Gutachtenantrag zur Klärung dieser Frage im Zusammenhang mit dem EUSFTA, dem Freihandelsabkommen der EU mit Singapur, vorgelegt (vgl Art 218 Abs 11 AEUV).

<sup>14</sup> Vgl etwa ein diesbezügliches Rechtsgutachten für das deutsche BMWI: *F. C. Mayer*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar? (August 2014). *S. Mayr*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, EuR 2015 (im Erscheinen).

<sup>15</sup> Vgl dazu statt vieler *Eeckhout*, EU External Relations Law<sup>2</sup> (2011), 193 ff; *S. Mayr*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, EuR 2015 (im Erscheinen).

Nur so viel: Soweit ein völkerrechtlicher Vertrag von den Kompetenzen der EU gedeckt ist, wird er durch die Ratifikation in der Regel zu einem integrierenden Bestandteil der Unionsrechtsordnung und bindet die Organe der Union und die Mitgliedstaaten, ohne dass es eines weiteren Transformationsaktes bedürfte. Rangmäßig stehen solche Verträge nach überwiegender Ansicht zwischen Primär- und Sekundärrecht. Wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, partizipieren die Verträge zudem am Vorrang des Unionsrechts und können in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein. In dem Umfang, in dem ein völkerrechtlicher Vertrag hingegen allein von den Kompetenzen der Mitgliedstaaten gedeckt ist, wirkt er innerstaatlich nicht wie Unionsrecht, sondern erlangt jeweils nach den nationalen Vorgaben für völkerrechtliche Verträge Wirkung.

Für CETA ist in diesem Zusammenhang zudem folgende Bestimmung im Kapitel zur Streitbeilegung (*Dispute Settlement*) zu beachten. Kap 33 Art 14.16 legt fest: „*Nothing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons other than those created between the Parties under public international law, nor as permitting this Agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties*“. Damit ist eine unmittelbare – innerstaatliche – Anwendung des CETA jedenfalls explizit ausgeschlossen.<sup>16</sup> Dies gilt auch für die Teile des Abkommens, die in die Kompetenz der EU fallen und damit zu einem Teil der EU-Rechtsordnung werden. Hingegen können Ansprüche, die vor einem Schiedsgericht geltend gemacht werden, unmittelbar auf CETA gestützt werden, da dieses Schiedsgericht ja gerade kein Teil des innerstaatlichen Rechtssystems („*domestic legal system*“) ist.<sup>17</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Fragen der Vertragsschlusskompetenz und die Frage, auf welche Weise das CETA als völkerrechtliches Abkommen *rechtliche* Wirkungen in der EU erlangen wird, sind noch nicht abschließend geklärt. Welche Verpflichtungen CETA für die Daseinsvorsorge mit sich bringt, kann jedoch auf Grundlage des vorliegenden ausverhandelten Vertragstexts einer inhaltlichen Analyse unterzogen und in seinen Auswirkungen bewertet werden.<sup>18</sup>

#### **D. Zielsetzungen und Gang der Untersuchung**

Eine Inhaltsanalyse des CETA zeigt, dass die Reichweite des Abkommens und die potenziellen Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen nicht ohne Weiteres klar ersichtlich sind. Die Frage, ob, unter welchen Bedingungen und in welchem Ausmaß öffentliche Dienstleistungen den Liberalisierungsverpflichtungen und Disziplinen des CETA unterliegen, erfordert eine überaus differenzierte Betrachtung: In einem Handelsabkommen können etwa sachliche und funktionale Ausnahmeklauseln zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen enthalten sein und die Vertragsparteien können Verpflichtungsbegrenzungen (entweder horizontal oder für bestimmte Sektoren bzw in Bezug auf einzelne oder mehrere Verpflichtungen wie zB Meistbegünstigung, Marktzugang,

---

<sup>16</sup> Im Übrigen werfen die unklare Formulierung dieser Bestimmung und die systematische Stellung im Kapitel 33 Auslegungsfragen auf.

<sup>17</sup> Davon ist freilich die Frage zu unterscheiden, welche Bestimmungen des CETA derart „einklagbar“ sind.

<sup>18</sup> Der Untersuchung liegt der im September 2014 von der Europäischen Kommission veröffentlichte Text des CETA zugrunde. Dieser ist unter <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf)> abrufbar [30.06.2015].

InländerInnenbehandlung) vorsehen. Alle diese Ansätze kommen auch im CETA zum Tragen. Im Einzelnen spielen hier Ausnahmeklauseln in den verschiedenen Vertragskapiteln mit den Vorbehalten der EU bzw der Mitgliedstaaten sowie den Rechtfertigungsbestimmungen des Abkommens zusammen. Das führt dazu, dass sich die Bedeutung einzelner Bestimmungen überhaupt erst aus der Zusammenschau einer Reihe von Kapiteln und Annexen erschließt. Zum Teil werden zudem Bestimmungen aus WTO-Abkommen in das CETA inkorporiert, wodurch die Komplexität abermals steigt und sich zusätzliche schwierige Rechtsfragen stellen.

Die Studie soll dieses komplexe Zusammenspiel mit Blick auf öffentliche Dienstleistungen analysieren. Dazu sind die Bestimmungen der Kapitel „Grenzüberschreitender Handel mit Dienstleistungen“ (Kap 11), „Investitionen“ (Kap 10), „Subventionen“ (Kap 9) und „Öffentliches Beschaffungswesen“ (Kap 21) gemeinsam mit den EU-weiten sowie den länderspezifischen Ausnahmen in den Annexen I und II zu untersuchen. Die Studie soll insbesondere auch die Funktionsweise der im Annex I wirkenden Mechanismen darstellen und verdeutlichen. Weitere einschlägige Bestimmungen sind darüber hinaus beispielsweise in den Kapiteln „Innerstaatliche Regulierung“ (Kap 14), sowie „Staatsunternehmen, Monopole und Investitionen“ (Kap 20) enthalten, die im Rahmen der Analyse ebenfalls Berücksichtigung finden. Die Fragestellungen zu diesen Bereichen werden dabei im Einzelnen mit konkreten Beispielfällen veranschaulicht. Dabei wird ua auf die Sektoren Wasser, Abwasser, Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehr, Gemeinnütziges Wohnen, Bildung und Krankenanstalten Bezug genommen. Es ist hingegen nicht Zielsetzung der Studie, zu einzelnen Bereichen der Daseinsvorsorge vertiefte „Sektorstudien“ vor dem Hintergrund von CETA durchzuführen. Ebenso ist es weder Ziel noch Anspruch der vorliegenden Studie, eine umfassende Detailanalyse des im CETA verankerten Investitionsschutz- und ISDS-Regimes zu bieten. Dies würde den vorliegenden Rahmen sprengen und bleibt daher Spezialstudien vorbehalten; gleichwohl ist eine fokussierte Behandlung des Investitionsschutzes unerlässlich, um die Wirkungen von CETA auf die Daseinsvorsorge zu erfassen und einzuschätzen.

Die Studie ist wie folgt aufgebaut: Im Anschluss an diese Einleitung (I.) werden zunächst die zentralen Wirkmechanismen und Regelungsbereiche (II.) und sodann die daseinsvorsorgerelevanten Ausnahmen und Begrenzungen (III.) in ihren Bezügen umfassend dargestellt und anhand konkreter Fragen und Anwendungsfälle illustriert. Abschließend (IV.) enthält die Studie eine zusammenfassende Bewertung der Auswirkungen. In diesem Zusammenhang wird auch eine Risikobewertung vorgenommen, welche die Beeinträchtigung der Handlungsspielräume für die Erbringung, Regulierung und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen darstellt.

Abschließend ist festzuhalten, dass es eine Herausforderung darstellt, die Komplexität des CETA und die vielfach voraussetzungsvollen Problemlagen für einen breiteren Kreis von interessierten LeserInnen derart aufzubereiten, dass Grundlinien erkennbar bleiben, ohne dass zugleich die Probleme, die oft mit diffizilen Detailfragen verknüpft sind, durch eine vereinfachte Darstellung verloren gehen. Nicht zuletzt ergeben sich auch sprachliche Herausforderungen. Der veröffentlichte CETA-Text ist (ebenso wie ein Großteil der einschlägigen Literatur) in englischer Sprache abgefasst. Eine Übersetzung der englischen Begriffe ist in manchen Fällen nicht zwanglos möglich. Wo dies für das Verständnis hilfreich

oder sonst unerlässlich scheint, werden daher englische Passagen zitiert bzw Ausdrücke in Klammern oder Fußnoten dem Text beigelegt. Englische Ausdrücke oder Formulierungen werden kursiv gesetzt, um sich vom restlichen Text abzuheben und den Lesefluss so wenig wie möglich zu erschweren.

## II. Analyse zentraler Regelungsbereiche und Wirkmechanismen des CETA

### A. Formen der Dienstleistungserbringung

Aufgrund der Vielfalt an Dienstleistungen und ihren Besonderheiten weist der Handel mit Dienstleistungen sehr unterschiedliche Formen auf: typischerweise sind Dienstleistungen etwa körperlich nicht fassbar, unsichtbar, nicht lagerfähig; zudem fällt ihre Erbringung häufig mit ihrer Nutzung oder ihrem Konsum zeitlich zusammen.<sup>19</sup> Zum besseren Verständnis soll in der Folge zunächst erläutert werden, wie das für den weltweiten Dienstleistungshandel zentrale GATS diesen Handel strukturiert bzw den vielfältigen Besonderheiten des Dienstleistungshandels Rechnung trägt. Auf dieser Grundlage wird sodann die entsprechende Regulationsstruktur im CETA erläutert.

Das GATS unterscheidet vier Arten der Dienstleistungserbringung anhand der Herkunft der Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsnutzer, des Orts der Leistungserbringung bzw der Art des jeweiligen Aufenthalts (vorübergehend/längerfristig); diese werden auch als *modes of supply* oder kurz *modes* bezeichnet (Art I:2).<sup>20</sup> Der Begriff der Erbringung einer Dienstleistung (*supply of a service*) ist im GATS weit zu verstehen und erfasst die Erzeugung, den Vertrieb, die Vermarktung, den Verkauf und die Bereitstellung einer Dienstleistung (Art XXVIII lit b GATS). Folgende Erbringungsarten werden unterschieden:

- *Cross-border supply* – personenungebundene grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Art I:2 lit a GATS; *mode 1*);
- *Consumption abroad* – Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Ausland (Art I:2 lit b GATS; *mode 2*);
- *Commercial presence* – Dienstleistungserbringung durch eine geschäftliche Niederlassung im Ausland (Art I:2 lit c GATS; *mode 3*);
- *Presence of natural persons* – Anwesenheit natürlicher Personen als Dienstleistungserbringer (Art I:2 lit d GATS; *mode 4*).

Die personenungebundene grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen in *mode 1* ist am ehesten mit dem grenzüberschreitenden Warenverkehr vergleichbar. *Mode 3* – also die geschäftliche Niederlassung – geht „weit über das herkömmliche Verständnis von Handel als zeitlich eng umgrenzten Vorgang hinaus“<sup>21</sup> und erfasst insb Direktinvestitionen zum Zweck der Dienstleistungserbringung.

Bei CETA handelt es sich schon dem Namen nach um ein umfassendes (*comprehensive*) Wirtschafts- und Handelsabkommen; vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass auch CETA hinsichtlich sämtlicher dieser unterschiedlichen Erbringungsarten Bestimmungen enthält. Es ist jedoch der Struktur des CETA geschuldet, dass die jeweiligen Erbringungsarten in verschiedenen Kapiteln des CETA geregelt sind. Es handelt sich dabei um die Kapitel 11 (*Cross-border Trade in Services* bzw Grenzüberschreitender

---

<sup>19</sup> Zacharias, Article I GATS, in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg), WTO – Trade in Services (2008) Rz 16 mwN.

<sup>20</sup> Vgl Michaelis, § 20 Dienstleistungshandel (GATS), in Hilf/Oeter (Hrsg), WTO-Recht<sup>2</sup> (2010) Rz 35.

<sup>21</sup> Michaelis in Hilf/Oeter (2010) Rz 36.

Dienstleistungshandel), Kapitel 10 (*Investment* bzw Investitionen) sowie Kapitel 12 (*Temporary Presence* bzw Vorübergehender Aufenthalt [natürlicher Personen]).

**Kapitel 11** enthält Bestimmungen zum grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel. Darunter ist sowohl die Erbringung vom Gebiet einer Vertragspartei in das Gebiet der anderen Vertragspartei als auch die Erbringung im Gebiet einer Vertragspartei an einen Dienstleistungskonsumenten der anderen Vertragspartei zu verstehen. Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung im Sinn des CETA erfasst also sowohl *mode 1* als auch *mode 2* im Sinn des GATS.

Die personenungebundene grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen unterscheidet sich von den weiteren Erbringungsarten dadurch, dass *weder der Dienstleistungserbringer noch der Dienstleistungsempfänger die Grenzen überschreiten*, sondern eben nur die Dienstleistung als solche. Die Dienstleistung kann beispielsweise in einem Gegenstand verkörpert sein oder mittels eines Kommunikationsmediums erbracht werden.<sup>22</sup> Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive kann diese Erbringungsart beispielsweise im Gesundheitssektor (zB *E-Health*-Leistungen) oder im Bildungssektor (zB Bildungssoftware, *E-Learning*) eine Rolle spielen. In anderen Sektoren, wie etwa im Bereich der Umweltdienstleistungen, wird diese Erbringungsart hingegen zumeist – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle spielen. Viele wesentliche Leistungen können hier schon rein technisch nicht „grenzüberschreitend“ erbracht werden, weil sie etwa eine Infrastruktur vor Ort voraussetzen.<sup>23</sup>

Kapitel 11 erfasst zudem, wie erwähnt, auch Situationen, in denen sich der Dienstleistungskonsument in das Gebiet der anderen Vertragspartei begibt und dort eine Dienstleistung – etwa eine medizinische Behandlung, eine Bildungsdienstleistung etc – in Anspruch nimmt.<sup>24</sup> Hier können sich aus Sicht der Daseinsvorsorge vor allem Fragen der Patientenmobilität stellen – etwa hinsichtlich eines Kostenersatzes für im Ausland konsumierte Gesundheitsdienstleistungen.<sup>25</sup>

**Kapitel 10** enthält Bestimmungen über Investitionen und Investitionsschutz und deckt damit auch die dritte Erbringungsart des GATS ab. Schon im GATS ist der Begriff der geschäftlichen Niederlassung (*commercial presence*) weit zu verstehen.<sup>26</sup> Der Begriff der Investition (*investment*) im CETA ist sogar noch wesentlich weiter.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl *Pitschas*, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in Prieß/Berrisch (Hrsg), WTO-Handbuch (2003) 495 (503 f) [Fußnoten getilgt].

<sup>23</sup> Aufgrund des technologischen Fortschritts könnte die Bedeutung der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in diesem Bereich in Zukunft allerdings steigen, vgl <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/environment\\_e/environment\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/environment_e/environment_e.htm)> [30.06.2015].

<sup>24</sup> Weiters erfasst diese Erbringungsart Konstellationen, in denen nicht der Dienstleistungsnutzer, sondern der Gegenstand, an dem die Dienstleistung – etwa eine Reparaturleistung etc – erbracht wird, die Grenze überschreitet (oder sich bereits im Ausland befindet); vgl im GATS Kontext: GATT Secretariat, Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, GATT-Dok. MTN.GNS/W/164 (3.9.1993), Rz 19.

<sup>25</sup> S dazu unten III.G.3.d.

<sup>26</sup> Dass es sich dabei um eine demonstrative Aufzählung handelt, ergibt sich aus dem authentischen englischen Text des Art XXVIII lit d GATS (arg „including“). „*Commercial presence*“ umfasst jede Art von Niederlassung aus geschäftlichen oder beruflichen Gründen, etwa durch Errichtung, Erwerb oder Fortführung einer juristischen Person oder durch die Errichtung oder Fortführung einer Zweigstelle oder

Es wurde bereits erwähnt, dass in den meisten Bereichen der Daseinsvorsorge eine Investition bzw eine Niederlassung vor Ort eine zentrale Voraussetzung der Dienstleistungserbringung darstellen wird. Als Beispiel wurden etwa Umweltdienstleistungen erwähnt, wozu etwa die Abwasser- oder Abfallentsorgung gehören.<sup>28</sup>

**Kapitel 12** (Vorübergehender Aufenthalt natürlicher Personen) entspricht der vierten GATS-Variante und erfasst Konstellationen, in denen sich Dienstleistungserbringer oder deren Arbeitnehmer zum Zweck der Dienstleistungserbringung vorübergehend im Gebiet der anderen Vertragspartei aufhalten.<sup>29</sup> Kapitel 12 enthält Bestimmungen zum Aufenthalt von Schlüsselarbeitskräften, Erbringern vertraglich vereinbarter Dienstleistungen, Selbständigen und kurzzeitig aufhältigen Geschäftsreisenden. Im Detail ergeben sich für die Vertragsparteien Verpflichtungen nach Maßgabe der in den diversen Appendices bzw Annexen übernommenen Verpflichtungen bzw statuierten Vorbehalte.<sup>30</sup> Die Bestimmungen des Kapitels 12 sind im Rahmen der vorliegenden Studie nicht weiter zu vertiefen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich im Rahmen der Entsendung von Arbeitnehmern, insb Kurzeinsätzen mit rotierenden Arbeitskräften, generell vielfältige arbeits- und sozialrechtliche Probleme ergeben können – etwa im Hinblick auf vorgesehene Mindestlöhne sowie Standards des Arbeitsrechts und des Arbeitnehmerschutzes.<sup>31</sup>

**Zusammenfassend** lässt sich festhalten, dass die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge regelmäßig eine Niederlassung bzw Infrastruktur vor Ort – also in den Worten des CETA: eine *Investition* – voraussetzt. Aufgrund dieser besonderen Relevanz für die Organisation, Erbringung und Finanzierung der Daseinsvorsorge liegt der Fokus dieser

---

einer Repräsentanz, zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung. *Michaelis* in *Hilf/Oeter* (2010) Rz 36 weist darauf hin, dass *commercial presence* „nichts anderes [bedeutet] als eine **Direktinvestition** zum Zwecke der Dienstleistungserbringung“ [Hervorhebung im Original].

<sup>27</sup> Vgl die Definition CETA 2014, 149; dazu unten II.B.7.b.

<sup>28</sup> „[Mode 3] is undoubtedly the most important mode of supply for environmental services, in particular with respect to infrastructures utilities where local presence is a prerequisite for supplying the service“, *Cossy*, *Environmental Services and the General Agreement on Trade in Services (GATS): Legal Issues and Negotiating Stakes at the WTO*, in *Herrmann/Terhechte* (Hrsg), *European Yearbook of International Economic Law* (2011) 239 (243); ebenso bereits WTO Sekretariat, *Background Paper Environmental Services* (1998) Rz 20.

<sup>29</sup> Zur *Mode 4*-Thematik im Rahmen des GATS vgl etwa *Fritz/Mosebach/Raza/Scherrer*, *GATS Dienstleistungsliberalisierung – Sektorale Auswirkungen und temporäre Mobilität von Erwerbstätigen*, Hans-Böckler-Stiftung (2006) 130 ff, verfügbar unter <[http://www.boeckler.de/pdf/p\\_edition\\_hbs\\_168.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_edition_hbs_168.pdf)>. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die vierte Erbringungsart zumindest im Rahmen des GATS ökonomisch weitgehend ohne größere Bedeutung geblieben ist (der Anteil am vom GATS erfassten Dienstleistungshandel lag etwa 2009 unter 5%), was nicht zuletzt an den weitreichenden Beschränkungen des Marktzugangs durch die WTO-Mitglieder liegen dürfte, s *Adlung*, *Trade in Healthcare and Health-Related Insurance Services: The GATS as a Supporting Actor* (?), *WTO Working Paper* (15.12.2009), 12.

<sup>30</sup> Bzgl Kap 12 Art 7 (*key personnel*) u Kap 12 Art 9 (*short-term business visitors*) folgt Kap 12 Appendix B einem Negativlistenansatz; bzgl Kap 12 Art 8 (*contractual service suppliers and independent professionals*) folgt Kap 12 Annex I einem Hybrid-Ansatz; vgl CETA 2014, 208 ff bzw 214 ff.

<sup>31</sup> Die Kontrolle der tatsächlichen Arbeitsbedingungen bzw der Einhaltung von Mindestlöhnen ist in der Praxis schwierig. Eine Zusammenarbeit der Vertragsparteien zur effektiven Kontrolle und Ahndung von Verletzungen oder ein Mechanismus zur Sanktionierung von Verletzungen nationaler arbeitsrechtlicher bzw kollektivvertraglicher Bestimmungen ist beispielsweise in CETA nicht vorgesehen. S etwa AK, *Positionspapier EU Handels- und Investitionsschutzabkommen TTIP und CETA* (April 2015).

Untersuchung in der Folge auf den Bestimmungen des Kapitels über Investitionen. Auf die weiteren Erbringungsarten wird gegebenenfalls punktuell eingegangen.<sup>32</sup>

## B. Regelungsbereiche und Verpflichtungen

Wie im vorigen Abschnitt dargelegt wurde, setzt die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge regelmäßig eine Niederlassung bzw Infrastruktur vor Ort voraus. Deshalb kommt den Bestimmungen des Kapitels über Investitionen im Rahmen dieser Untersuchung besondere Bedeutung zu. Die folgenden Ausführungen zum Marktzugang bzw zur Nichtdiskriminierung beziehen sich daher auf die Bestimmungen des Investitionskapitels. Auf die Bestimmungen des Kapitels zum grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel wird punktuell verwiesen.

### 1. Niederlassung bzw Tätigkeit von Investitionen

Kap 10 *Section 2* enthält unter dem Titel *Establishment of Investments* Bestimmungen zum Marktzugang sowie zu Leistungsanforderungen (*performance requirements*).

#### a. Marktzugang

In Kap 10 Art X.4 sind in Anlehnung an Art XVI GATS jene marktzugangsbeschränkenden Maßnahmen angeführt, die – mangels entsprechender Vorbehalte in Annex I oder Annex II – **weder EU-weit noch auf Bundes-, Landes- oder Gemeindeebene aufrechterhalten oder neu eingeführt** werden dürfen. Nach dem Wortlaut handelt es sich um eine abschließende Aufzählung.

Bei den verbotenen Maßnahmen handelt es sich in erster Linie – jedoch nicht ausschließlich – um nicht-diskriminierende, quantitative Beschränkungen. Aufgrund des im CETA gewählten Negativlistenansatzes<sup>33</sup> gelten die Marktzugangsbeschränkungsverbote grundsätzlich für alle Sektoren, sofern kein ausdrücklicher Vorbehalt verankert wurde. Im Einzelfall ist daher zu prüfen, ob die EU oder Österreich in Annex I oder Annex II einen entsprechenden Vorbehalt verankert haben.<sup>34</sup> Bereits an dieser Stelle ist aber Folgendes hervorzuheben: Die Vorbehalte in Annex II spiegeln nicht zwangsläufig das tatsächliche derzeitige Liberalisierungsniveau beim Marktzugang wider. Vielmehr eröffnen diese Vorbehalte die *Möglichkeit*, bestehende Beschränkungen beizubehalten, oder, wo es solche derzeit nicht gibt, in Zukunft neue Beschränkungen einzuführen.

---

<sup>32</sup> Die in Kapitel 11 erfassten Erbringungsarten weisen einige Berührungspunkte zur Daseinsvorsorge auf. Einen wesentlichen Aspekt stellt dabei die Frage der Patientenmobilität dar, die unter III.G.3.d behandelt wird. Ansonsten dürften sich die Auswirkungen dieser Erbringungsarten auf Organisation und Finanzierung der Daseinsvorsorge in Österreich jedoch in engen Grenzen halten. Dies gilt auch für die Bestimmungen über die vorübergehende Präsenz natürlicher Personen.

<sup>33</sup> Dazu unten III.C.

<sup>34</sup> Dazu ausführlich unten III.G. Der Marktzugang im Bereich des grenzüberschreitenden Dienstleistungshandels ist in Kap 11 Art X-05 geregelt.

### i. Typen von verbotenen Beschränkungen

Verbotene **quantitative** Beschränkungen (Art X.4 Abs 1 lit a):

- Beschränkungen der Anzahl von Unternehmen, die eine spezifische wirtschaftliche Tätigkeit ausüben dürfen, sei es in Form von zahlenmäßigen Quoten, Monopolen, ausschließlichen Rechten oder durch das Erfordernis eines wirtschaftlichen Bedarfstests;
- Beschränkungen des Gesamtwerts der Transaktionen oder des Betriebsvermögens in Form von zahlenmäßigen Quoten oder durch das Erfordernis eines wirtschaftlichen Bedarfstests;
- Beschränkungen der Gesamtzahl oder des Gesamtvolumens zu erbringender Leistungen durch Festsetzung bestimmter zahlenmäßiger Einheiten, in Form von Quoten oder durch das Erfordernis eines wirtschaftlichen Bedarfstests;
- Beschränkungen der Beteiligung ausländischen Kapitals durch Festsetzung einer prozentualen Höchstgrenze für die ausländische Beteiligung oder für den Gesamtwert einzelner oder aggregierter ausländischer Investitionen;
- Beschränkungen der Gesamtzahl natürlicher Personen, die in einem bestimmten Sektor oder Unternehmen beschäftigt werden dürfen und die zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit erforderlich sind und damit in direktem Zusammenhang stehen, in Form von zahlenmäßigen Quoten oder durch das Erfordernis eines wirtschaftlichen Bedarfstests;

Bis auf die Beschränkung der Beteiligung *ausländischen* Kapitals knüpfen die verbotenen quantitativen Beschränkungen nicht an das Kriterium der Herkunft an. *Auch* herkunftsneutrale Beschränkungen sind also vom Katalog der verbotenen Beschränkungen erfasst. Diskriminierende Maßnahmen bzw Beschränkungen sind zudem am Maßstab der Inländerbehandlung (Kap 10 Art X.6) zu messen.

Verbotene **nicht-quantitative** Beschränkungen (Art X.4 Abs 1 lit b):

Untersagt sind Vorbehalte oder Verbote hinsichtlich bestimmter Rechtsformen oder joint ventures, von denen die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit durch ein Unternehmen abhängig gemacht wird. Sofern kein ausdrücklicher Vorbehalt in den Annexen I und II verankert wurde, sind solche Rechtsformenvorbehalte unzulässig.<sup>35</sup> Hier ist jedoch zu beachten, dass der Annex II Vorbehalt der EU für *public utilities* Rechtsformenvorbehalte gerade nicht legitimiert.<sup>36</sup>

### ii. Weitere Klarstellungen in CETA

Klarstellend führt Kap 10 Art X.4 eine Reihe von Maßnahmen an, die im Einklang mit den Marktzugangspflichten in Abs 1 leg cit stehen; nach dem ausdrücklichen Willen der Vertragsparteien stellen diese Maßnahmen also keine verbotenen quantitativen oder qualitativen Beschränkungen dar. Es handelt sich dabei unter anderem um Maßnahmen der Raumplanung, die die Entwicklung oder die Nutzung von Landflächen betreffen; *Unbundling*-Maßnahmen in Bereichen wie Energie, Transport oder Telekommunikation;

---

<sup>35</sup> Vgl etwa Art 1 § 1 Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, dazu unten III.G.3.e.

<sup>36</sup> Dazu unten III.G.1.

Maßnahmen zum Schutz der Umwelt und natürlicher Ressourcen,<sup>37</sup> einschließlich Beschränkungen hinsichtlich der Verfügbarkeit, der Anzahl oder der Reichweite von Konzessionen sowie der Verhängung von Moratorien oder Verboten; Maßnahmen zur Limitierung der Anzahl von Genehmigungen aufgrund technischer oder physikalischer Beschränkungen (etwa Spektrum und Frequenzen im Bereich der Telekommunikation); oder Bestimmungen wonach ein bestimmter Prozentsatz an Beteiligungsinhabern, Eignern, Partnern oder Direktoren eines Unternehmens einer Qualifikation bedarf bzw einen bestimmten Beruf ausübt, etwa als Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer etc.

Mit Blick auf das Verbot von Quoten (Art X.4 Abs 1 lit a, i) ist Folgendes hervorzuheben: Ein gänzlich Verbot der Erbringung einer bestimmten Dienstleistung wurde im Kontext einer vergleichbaren GATS-Bestimmung als „Null-Quote“ und damit als quantitative Beschränkung gewertet.<sup>38</sup> Wohl auch vor diesem Hintergrund findet sich in Art X.4 die Klarstellung, dass die Verhängung eines Moratoriums oder Verbots einer Tätigkeit zum Schutz der Umwelt oder natürlicher Ressourcen im Einklang mit Art X.4 Abs 1 steht, also keine unzulässige Marktzugangsbeschränkung darstellt.

Eine entsprechende Klarstellung fehlt jedoch in Bezug auf Verbotregelungen, denen andere Motive als solche des Umwelt- und Ressourcenschutzes zu Grunde liegen. Wird die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit vom Gastland zB aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gänzlich untersagt, so ist keineswegs klargestellt, dass eine derartige Maßnahme keine verbotene Marktzugangsbeschränkung darstellt. Gegebenenfalls wäre eine Rechtfertigung der Maßnahme auf der Grundlage der Rechtfertigungstatbestände des CETA (konkret nach der Bestimmung des Kap 32 Art X.02 Abs 2) in Betracht zu ziehen.<sup>39</sup>

Auch Maßnahmen, die keine verbotene Marktzugangsbeschränkung darstellen, können allerdings unter Umständen unter dem Gesichtspunkt des Investitionsschutzes von Investoren, die bereits am Markt tätig sind, angegriffen werden.

Zu beachten ist auch, dass die *Verfahren*, mit denen Beschränkungen und Leistungsanforderungen (*performance requirements*) zulässigerweise durchgesetzt werden, grundsätzlich den Vorgaben des Kapitels über innerstaatliche Regulierung (*domestic regulation*) unterliegen und diese Verfahren (zB Berufungszulassungsverfahren, Anlagengenehmigungsverfahren) daher so einfach wie möglich gestaltet sein müssen.<sup>40</sup>

Die Verhängung eines Moratoriums oder Verbots einer Tätigkeit zum Schutz der Umwelt oder natürlicher Ressourcen – etwa ein Fracking-Verbot – stellt also grundsätzlich keine verbotene Marktzugangsbeschränkung dar. Hinsichtlich möglicher Ansprüche von Investoren ist jedoch zu differenzieren. Potentielle Investoren, denen durch die Maßnahme der Marktzugang verwehrt wird, die sich also noch in der *pre-establishment* Phase befinden, können aus CETA keine investitionsschutzrechtlichen Ansprüche ableiten. Hingegen könnten Investoren, die bereits vor Verhängung der Maßnahme am Markt etabliert waren,

<sup>37</sup> Siehe dazu beispielhaft unten im Zusammenhang mit Annex II bei III.G.2.b

<sup>38</sup> So etwa *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, Rz 227, 250. Vgl dazu *Delimatsis/Molinuevo*, Art XVI GATS, in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg), WTO – Trade in Services (2008) Rz 26 f.

<sup>39</sup> S dazu unten III.H.

<sup>40</sup> S dazu unten II.B.6.

die sich also bereits in der *post-establishment* Phase befinden, eine Rechtsverletzung (zB indirekte Enteignung, *fair and equitable treatment*) behaupten, da sie eine Tätigkeit nun nicht weiter ausüben dürfen.<sup>41</sup>

### b. Leistungsanforderungen

Die Vertragsparteien dürfen im Zusammenhang mit dem Marktzutritt (Niederlassung, Erwerb) oder der wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen einer Investition bestimmte Leistungsanforderungen (*performance requirements*) nicht verlangen bzw durchsetzen (Kap 10 Art X.5 Abs 1). Zu den verbotenen Leistungsanforderungen zählen *beispielsweise* die Verpflichtung einen bestimmten Anteil an Waren oder Dienstleistungen zu exportieren oder einen bestimmten Anteil an nationaler Wertschöpfung zu erzielen, inländische Waren oder Dienstleistungen zu erwerben oder Technologie oder Produktionsprozesse an Personen oder Unternehmen im Inland zu übertragen.

Auch die (fortgesetzte) Gewährung von Vorteilen anlässlich des Marktzutritts (Niederlassung, Erwerb) oder der wirtschaftlichen Betätigung darf nicht an bestimmte Leistungsanforderungen geknüpft werden. Dazu zählen *zum Beispiel* wiederum Mindestanteile nationaler Wertschöpfung oder der Erwerb inländischer Waren oder Dienstleistungen (Kap 10 Art X.5 Abs 2).

*Bestimmte* wirtschafts- und arbeitsmarktpolitisch motivierte Anforderungen dürfen im Zusammenhang mit der (fortgesetzten) Gewährung von Vorteilen jedoch sehr wohl gestellt werden. So kann der Gaststaat die Gewährung eines Vorteils zB an die Ansiedlung der Produktion, die Erbringung einer Dienstleistung, die Ausbildung oder Einstellung von Arbeitnehmer knüpfen (Kap 10 Art X.5 Abs 3).

Insgesamt büßen die Vertragsparteien durch das Verbot spezifischer Leistungsanforderungen zwar wirtschaftspolitische Steuerungsmöglichkeiten ein.<sup>42</sup> Andererseits lässt CETA es zu, im Zusammenhang mit dem Marktzutritt bzw der wirtschaftlichen Betätigung die Erfüllung bestimmter Leistungsanforderungen (zB Ausbildungserfordernisse oder die Erbringung einer Dienstleistung) durchzusetzen.

## 2. Nichtdiskriminierung

CETA enthält in Kapitel 10 *Section 3* unter dem Titel *Non-Discriminatory Treatment* Bestimmungen zu Inländerbehandlung und Meistbegünstigung sowie das Verbot von speziellen Staatsbürgerschaftserfordernissen hinsichtlich Führungskräften und Angehörigen der Unternehmensleitung (*Senior Management and Board of Directors*).

Die Verpflichtungen zur Inländerbehandlung bzw zur Meistbegünstigung gelten sowohl für die **Pre-establishment**-Phase des Marktzugangs („*establishment, acquisition*“) als auch für die **Post-establishment**-Phase der wirtschaftlichen Betätigung („*expansion, conduct,*

---

<sup>41</sup> Zu Investitionsschutz bzw ISDS s unten II.B.7.

<sup>42</sup> Vgl etwa *Bernaconi-Osterwalder*, The Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: A Step Backwards for the EU and Canada? IISD Investment Treaty News (26.06.2013).

*operation, management, use, enjoyment and sale or disposal*“) (siehe Kap 10 Art X.6 Abs 1 bzw Kap 10 Art X.7 Abs 1). Ein wesentlicher Unterschied besteht vor allem darin, dass Verstöße gegen die Inländerbehandlung in der *Pre-establishment*-Phase nur im Wege der Staat-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit aufgegriffen werden können, da sich die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit nicht auf die *Pre-establishment*-Phase erstreckt (vgl Kap 10 Art X.17). Die Abgrenzung zwischen *pre-* und *post-establishment* ist allerdings fließend und kann daher im Einzelfall strittig sein; die Entscheidung darüber würde im Endeffekt dem angerufenen Schiedstribunal obliegen.

Die Behandlung der Investoren und der erfassten Investitionen darf **nicht weniger günstig** (*no less favourable*) sein, als jene, die Investoren bzw Investitionen aus dem Inland (Inländerbehandlung) oder aus Drittländern (Meistbegünstigung) in vergleichbaren Situationen (*in like situations*) gewährt wird.<sup>43</sup> Diese scheinbar relativ einfachen und klaren Pflichten werfen allerdings komplexe rechtliche Fragen auf, die in der bisherigen Schiedspraxis durchaus uneinheitlich beantwortet wurden.<sup>44</sup> Dies betrifft etwa die Frage, welche inländischen Investoren als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, und ob Vergleichbarkeit etwa eine Tätigkeit im selben wirtschaftlichen Sektor bzw derselben Branche voraussetzt.<sup>45</sup>

Spezielle Regelungen tragen der Mehrebenen-Struktur der Vertragsparteien Rechnung (Kap 10 Art X.6 Abs 2 bzw Kap 10 Art X.7 Abs 2)<sup>46</sup>: Aus europäischer Perspektive erstrecken sich die Verpflichtungen zur Inländerbehandlung bzw zur Meistbegünstigung auch auf die Ebene der Mitgliedstaaten sowie auf die subnationalen Ebenen.<sup>47</sup> Fraglich könnte sein, welcher Vergleichsmaßstab auf subnationaler Ebene für die nicht weniger günstige Behandlung herangezogen werden soll:

Im Rahmen der Inländerbehandlung bildet den Vergleichsmaßstab *„treatment accorded, in like situations, by that government to investors of that Party in its territory and to investments of such investors“*.<sup>48</sup>

Zur Verdeutlichung: Die Behandlung eines inländischen Investors in Wien kann sich von der Behandlung in Vorarlberg unterscheiden. Ein kanadischer Investor kann zwar verlangen, in Wien in vergleichbaren Situationen wie andere inländische Investoren nach Wiener Maßstäben behandelt zu werden; eine Behandlung wie in Vorarlberg könnte von den Wiener Behörden jedoch nicht gefordert werden.

<sup>43</sup> Vgl die entsprechenden Bestimmungen im Bereich des grenzüberschreitenden Dienstleistungshandels: Kap 11 Art X-02 sowie Kap 11 Art X-04.

<sup>44</sup> Vgl ausf Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law*<sup>2</sup> (2012) 199 ff.

<sup>45</sup> Für eine weite Auslegung etwa *Occidental v Ecuador*, Award, 1 Juli 2004, Rz 173: *„[...] the purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which that particular activity is undertaken“*.

<sup>46</sup> Ob die abweichende Formulierung des jeweiligen Behandlungsstandards – Kap 10 Art 6 Abs 2 lautet *„treatment no less favourable than the most favourable treatment, accorded, in like situations“*, Kap 10 Art X.7 Abs 2 hingegen einfach *„treatment, accorded, in like situations“* – eine unterschiedliche Behandlung intendieren, oder im Zuge des *legal scrubbing* angepasst werden, ist unklar. Vgl *Tzanakopoulos*, *National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT*, JWIT 2014, 484 (499).

<sup>47</sup> Arg *„a government of or in a European Member State“* [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>48</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

Im Rahmen der Meistbegünstigung bildet den Vergleichsmaßstab „*treatment accorded, in like situations, by that government to investors in its territory, and to investments of such investors, of any third country*“.<sup>49</sup>

Diesbezüglich ist zunächst auf einen Vorbehalt der EU (in Annex II<sup>50</sup>) hinsichtlich des Grundsatzes der Meistbegünstigung hinzuweisen. Demnach ist eine unterschiedliche Behandlung aufgrund von bilateralen oder multilateralen Abkommen, die zu einer besonderen wirtschaftlichen oder politischen Integration führen, zulässig. Darunter fallen etwa das EWR-Abkommen, Stabilisierungsabkommen oder die Abkommen zwischen der EU und der Schweiz.<sup>51</sup>

Bilaterale Investitionsabkommen, die die Mitgliedstaaten abgeschlossen haben, sind von diesem Vorbehalt hingegen nicht erfasst. Ein kanadischer Investor ist daher im Sinne der Meistbegünstigung in vergleichbaren Situationen in Österreich nicht weniger günstig zu behandeln als ein Investor eines Drittstaates, mit dem Österreich ein BIT (*Bilateral Investment Treaty*) abgeschlossen hat, also etwa Mexiko, Paraguay oder Vietnam.<sup>52</sup>

Gerade die letzte Konstellation hat in der Vergangenheit zur unerwünschten Konsequenz geführt, dass sich Investoren auf einzelne, für sie günstigere Bestimmungen aus anderen Abkommen des Gaststaates berufen konnten.<sup>53</sup> Dieses sogenannte „*treaty shopping*“ oder „*cherry-picking*“ führt dazu, dass zwischen den Vertragsparteien sorgfältig ausgehandelte Gesamtlösungen und Kompromisse punktuell von einzelnen Investoren untergraben werden. Gerade der Zugang der Europäischen Kommission, konkrete Verpflichtungsstandards im Einzelfall, abgestimmt auf den Entwicklungsstand des Verhandlungspartners etc, festzulegen,<sup>54</sup> birgt ein entsprechendes Risiko, sofern ein derartiges *cherry-picking* nicht vorsorglich wirksam ausgeschlossen wird.<sup>55</sup> Dies ist im CETA jedoch nur teilweise geschehen:

Zumindest hinsichtlich günstigerer ISDS-Verfahrensbestimmungen ist ein *cherry-picking* ausgeschlossen. Der Begriff „*treatment*“ umfasst nämlich nicht auch ISDS-Verfahrensregeln, die in anderen Investitions- oder Handelsabkommen zur Verfügung stehen (Kap 10 Art X.7 Abs 4). Dementsprechend ist ein Import von (aus Investorensicht) günstigeren ISDS-Verfahrensbestimmungen ausgeschlossen. Eine Berufung auf günstigere substantielle Standards (FET, Enteignung etc) ist hingegen nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern wird vom **Bestehen staatlicher Umsetzungsmaßnahmen** abhängig gemacht.<sup>56</sup> Was darunter im Detail zu verstehen ist bzw welche Anforderungen an solche staatlichen

---

<sup>49</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>50</sup> Zu den Annexen ausführlich unten III.

<sup>51</sup> Vgl CETA 2014, 1500 f.

<sup>52</sup> Eine Liste der österreichischen BITs einschließlich Fundstelle und Datum des Inkrafttretens findet sich unter

<<https://www.bmwfw.gv.at/Aussenwirtschaft/investitionspolitik/Seiten/BilateraleInvestitionsschutzabkommen-L%C3%A4nder.aspx>> [30.06.2015].

<sup>53</sup> Vgl etwa *Maffezini v Spain*, ICSID Case No ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25.01.2000, Rz 38 ff.

<sup>54</sup> Vgl Europäische Kommission, Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik, KOM(2010) 343 endg, 7.

<sup>55</sup> Vgl etwa *Tzanakopoulos*, JWIT 2014, 494 f.

<sup>56</sup> Kap 10 Art X.7 Abs 4 spricht von „*measures adopted by a Party pursuant to such obligations*“.

Maßnahmen gestellt werden, bleibt jedoch unklar und wird möglicherweise erst im Rahmen künftiger Schiedsverfahren näher konkretisiert werden.

Zudem haben die Vertragsparteien keinen Gebrauch von der Möglichkeit gemacht, die Wirkung des Meistbegünstigungsgrundsatzes auf zukünftige Abkommen zu beschränken, wie dies etwa im kanadischen *Model BIT* vorgesehen ist.<sup>57</sup> Dadurch würden nur Abkommen, die nach dem Inkrafttreten von CETA abgeschlossen werden bzw in Kraft treten, als Vergleichsmaßstab für eine günstigere Behandlung in Frage kommen. Mangels einer derartigen Bestimmung kommen unter den oben genannten Voraussetzungen letztlich alle bestehenden BITs mit Drittstaaten als Quelle einer günstigeren Behandlung in Frage.

Die Konsequenzen sind gravierend: Soweit sich Investoren einer Vertragspartei auf diesem Weg auf einen „günstigeren“ – weil weniger restriktiven – FET- oder Enteignungs-Standard berufen können, laufen die diesbezüglichen Präzisierungsbemühungen im CETA ins Leere.<sup>58</sup> In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Import von Investitionsschutzstandards für die EU bzw ihre Mitgliedstaaten eine weit größere Gefahr darstellt als für Kanada, da vor allem zahlreiche (insb ältere) BITs der EU-Mitgliedstaaten weite, unqualifizierte Standards normieren.<sup>59</sup>

### 3. Subventionen

#### a. Beihilfenrelevante Bestimmungen im CETA

Im Folgenden wird Kapitel 9 (*Subsidies*) erläutert, das Verpflichtungen in Bezug auf Subventionen regelt. CETA enthält darüber hinaus noch in weiteren Kapiteln Bestimmungen, die Subventionen betreffen bzw für die Subventionierung öffentlicher Dienstleistungen von Bedeutung sein können. Das Subventionskapitel ist also nicht das einzige Kapitel, das in Betracht gezogen werden muss, wenn man den Einfluss von CETA auf die Gewährung öffentlicher Zuwendungen prüft; vor allem die Investitionsschutzbestimmungen in CETA sind in diesem Zusammenhang zu beachten (dazu sogleich unten).

Mit Blick auf den CETA-Text ist ein terminologischer Hinweis angezeigt: Das Subventionskapitel des CETA (Kap 9) verwendet den Begriff Subvention („*subsidy*“) im Zusammenhang mit dem Handel von Waren.<sup>60</sup> Sofern von den für diese Studie relevanten Beihilfen im Zusammenhang mit dem Dienstleistungshandel die Rede ist, wird in CETA nicht

---

<sup>57</sup> Vgl Art 9 Abs 3 iVm Annex III Abs 1 Model BIT 2004, verfügbar unter <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.

<sup>58</sup> S dazu unten II.B.7. Tzanakopoulos, JWIT 2014, 502 bringt das auf den Punkt: „*In any event, the omission of a limitation of retroactive MFN application risks unravelling whatever attempt at modernization [...] the parties thought they had achieved in the CETA investment chapter*“.

<sup>59</sup> Vgl Tzanakopoulos, JWIT 2014, 501 f.

<sup>60</sup> Arg „[...] a subsidy is a measure related to trade in goods [...]“, Kap 9 Art x1 Abs 1. Die Definition einer „*subsidy*“ in Kap 9 Art x1 mit Verweis auf Art 1 des *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement)* und insofern auch die Notifizierungspflicht nach Kap 9 Art x2 Abs 1 beziehen sich ausdrücklich nur auf Beihilfen im Zusammenhang mit dem Handel von Waren.

der Begriff Subvention („*subsidy*“) verwendet sondern die Formulierung „*a particular instance of government support related to trade in services*“ gebraucht.<sup>61</sup>

#### *b. Die Informations- und Konsultationsverpflichtungen im CETA-Beihilfenkapitel*

Das Beihilfenkapitel enthält im Wesentlichen Informationspflichten und sieht einen Konsultationsmechanismus vor:

Im Hinblick auf öffentliche Zuwendungen für Dienstleistungen und damit auch für Leistungen der Daseinsvorsorge legt CETA die Verpflichtung fest, der jeweils anderen Vertragspartei auf Anfrage Informationen zu bestimmten Beihilfen zu gewähren und diesbezügliche Fragen zu beantworten (Kap 9 Art x2 Abs 2). Die Vertragsparteien verpflichten sich außerdem dazu, sich auf Anfrage auf informelle Konsultationen einzulassen.<sup>62</sup> Werden auf Grundlage solcher informeller Konsultationen negative Konsequenzen von Beihilfen festgestellt, verpflichten sich die Vertragsparteien dazu, sich um deren Beseitigung zu bemühen (Kap 9 Art x3).<sup>63</sup>

Dieser Konsultationsmechanismus ist ausdrücklich vom Streitbeilegungsmechanismus des CETA-Abkommens ausgenommen (Kap 9 Art x9). Weder die Konsultationspflicht noch die Beseitigung von negativen Konsequenzen gewährter Beihilfen ist auf diesem Weg rechtlich durchsetzbar.

Im Unterschied zum angesprochenen Konsultationsmechanismus unterliegt die Informationspflicht (Kap 9 Art x2 Abs 2) dem (Staat-Staat-)Streitbeilegungsmechanismus des CETA und ist damit als durchsetzbare Verpflichtung ausgestaltet.<sup>64</sup>

Im Vergleich zum derzeit bestehenden EU-Rechtsrahmen kann aus der im Subventionskapitel verankerten Informationspflicht ein Druck zu verstärkten Berichtspflichten im Bereich öffentlicher Zuwendungen resultieren. Denn die Informationspflicht im CETA bezieht sich ganz allgemein auf öffentliche Zuwendungen im Dienstleistungssektor. Demgegenüber sind im EU-Beihilfenregime<sup>65</sup> öffentliche Zuwendungen für nicht-wirtschaftliche Leistungen, bloße Ausgleichszahlungen oder gerechtfertigte und damit rechtlich zulässige Beihilfen, die gewisse Schwellenwerte nicht überschreiten bzw im sozialen und Gesundheitsbereich gewährt werden, von der Notifizierungspflicht nach EU-Beihilfenrecht ausgenommen.

Das unionsrechtliche Beihilfenregime ist über die letzten Jahre dahingehend entwickelt worden, den Mitgliedstaaten bei der öffentlichen Finanzierung von Dienstleistungen der

---

<sup>61</sup> Vgl Kap 9 Art x2 Abs 2 und Kap 9 Art x3. Im Hinblick auf die öffentliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge sind damit im Beihilfenkapitel grundsätzlich nur Kap 9 Art x2 Abs 2, Kap 9 Art x3 sowie Kap 9 Art x6, Kap 9 Art x7 und Kap 9 Art x9 relevant.

<sup>62</sup> Kap 9 Art x3 Abs 1 bestimmt: „*The responding Party shall accord full and sympathetic consideration to that request*“.

<sup>63</sup> Kap 9 Art x3 Abs 3 besagt: „*[...] the responding Party shall endeavour to eliminate or minimise any adverse effects of the [...] particular instance of government support [...]*“.

<sup>64</sup> Vgl Kap 9 Art x9, der nur für Art x3 und x4 eine Ausnahme normiert.

<sup>65</sup> Ausführlich zum unionsrechtlichen Beihilfenregime für Daseinsvorsorgeleistungen, *Damjanovic*, Legal Structure (2015) 204 ff; *Klasse*, Public Undertakings, in Heidenhain (Hrsg), European State Aid Law, 2010, 447-498.

Daseinsvorsorge einen relativ weiten Gestaltungsspielraum zu gewähren,<sup>66</sup> und zwar in dreierlei Hinsicht:

Erstens, über das Konzept der **nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**: Die Finanzierung von Einrichtungen, die rein nicht-wirtschaftliche Leistungen erbringen, unterliegen nicht dem EU-Beihilfenregime (in Österreich zB öffentliche Schulen, Sozialversicherungsträger), weil es sich um keine Finanzierung von „Unternehmen“ und damit um keine Beihilfen handelt. Öffentliche Zuwendungen an solche Einrichtungen unterliegen damit auch keiner Notifizierungspflicht. Einrichtungen, die sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Leistungen erbringen (zB öffentliche Universitäten) unterliegen in Bezug auf die Finanzierung der nicht-wirtschaftlichen Leistungen dem EU-Beihilfenregime dann nicht, wenn sie diese beiden Bereiche ordnungsgemäß voneinander trennen.

Zweitens, über das Konzept der bloßen **Ausgleichszahlungen**: Demnach sind öffentliche Zuwendungen für wirtschaftlich erbrachte Daseinsvorsorgeleistungen (DAWIs), die gewisse Kriterien erfüllen (die sog „Altmark-Kriterien“<sup>67</sup>) nicht als Beihilfen anzusehen und gelten damit jedenfalls als zulässig. Derartige Zuwendungen unterliegen – da sie keine Beihilfen sind – auch nicht der Notifizierungspflicht.

Drittens, über das Konzept **gerechtfertigter Beihilfen auf der Grundlage von Art 106 (2) AEUV** (die in einem gewissen Umfang auch von der Notifizierungspflicht ausgenommen sind): Demnach können öffentliche Zuwendungen für wirtschaftlich erbrachte Daseinsvorsorgeleistungen (DAWIs) nach Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt werden, auch wenn sie nicht als bloße Ausgleichszahlungen angesehen werden können, weil sie nicht alle Altmark-Kriterien erfüllen, und damit grundsätzlich als Beihilfen nach Art 107 AEUV zu behandeln sind. Diese öffentlichen Zuwendungen unterliegen aber grundsätzlich (weil sie als Beihilfen zu qualifizieren sind) der Notifizierungspflicht. Die Europäische Kommission hat in ihrem „Beschluss über die Anwendung von Art 106 Abs 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in der Form von Ausgleichsleistungen“<sup>68</sup> derartige Beihilfen allerdings auch von der Notifizierungspflicht ausgenommen, sofern sie gewisse Schwellenwerte nicht überschreiten (EUR 15 Mio/Jahr) oder im Gesundheits- und sozialen Bereich gewährt werden. In diesem Beschluss hat die Kommission darüber hinaus konkretisiert, unter welchen Bedingungen derartige Beihilfen nach Art 106 Abs 2 AEUV als gerechtfertigt gelten. Die Judikatur des EuG<sup>69</sup> lässt allerdings darauf schließen, dass im wohlfahrtsstaatlichen Bereich gewährte Beihilfen – konkret beziehen sich die Judikate auf die Bereiche Sozialversicherungen und Krankenanstalten – auch unter flexibleren Bedingungen als nach Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt angesehen werden können als den von der Kommission in diesem Beschluss angeführten (die primär auf die Netzwerkindustrien abstellen).

---

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Vgl dazu insb die Mitteilung der Europäischen Kommission zur Anwendung der beihilfenrechtlichen Regelungen auf DAI, ABI 2012 C 8/4.

<sup>68</sup> Beschluss 2012/21/EU, L 7/3.

<sup>69</sup> Siehe insb EuG, Rs T-289/03, *BUPA*, Rz 237 oder T-137/10, *CBI*, Rz 88 f.

### Beispiele: **Verstärkte Berichtspflichten für öffentliche Zuwendungen**

Am Beispiel des Abwassersektors: Laut einem Bericht der Europäischen Kommission wurden für die Wasser- und Abfallwirtschaft im Zeitraum von 2005-2010 keinerlei Beihilfen gemeldet.<sup>70</sup> Das kann daran liegen, dass gewährte Zuwendungen entweder den Schwellenwert von EUR 15 Mio/Jahr nicht überschritten haben oder von den Mitgliedstaaten generell als bloße Ausgleichszahlungen (und damit nicht als Beihilfen) angesehen wurden. Nach Kap 9 Art 2 Abs 2 unterliegen die Mitgliedstaaten aber auch hinsichtlich solcher öffentlicher Zuwendungen – auf Anfrage – jedenfalls der Informationspflicht. Oder am Beispiel der Finanzierung von Krankenanstalten dargestellt: Auf Basis des Beschlusses der Kommission [KOM(2011) 9380] werden öffentliche Zuwendungen in diesem Bereich grundsätzlich nicht der Kommission notifiziert. Dennoch greift auch hier die Informationspflicht nach Kap 9 Art 2 Abs 2.

#### *c. Ausnahmen von den Verpflichtungen zum Marktzugang und zur Inländerbehandlung*

Auf Subventionen sind die Bestimmungen des CETA-Investitionskapitels zum Marktzugang sowie zur Nichtdiskriminierung ausdrücklich nicht anwendbar (Kap 10 Art X.14 Abs 5). Zudem ist das Kapitel zum grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel zur Gänze nicht auf Subventionen anwendbar (Kap 11 Art X-01 Abs 2 lit g). Es besteht bei der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen daher grundsätzlich keine Verpflichtung, kanadische Unternehmen gleich zu behandeln wie inländische Unternehmen.

Die öffentliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge könnte aber über das Investitionsschutzkapitel des CETA unter Druck geraten. Kanadische Investoren haben zwar in Bezug auf öffentliche Zuwendungen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit inländischen Anbietern öffentlicher Dienstleistungen und sie können mittels ISDS auch keine Subventionen „einklagen“, wie häufig verkürzt behauptet wird. Kommt es aber zu Änderungen im Subventionsrechtsregime, zB zur Erhöhung von Zuwendungen oder zur Einführung neuer Förderinstrumente, könnten diese Maßnahmen von kanadischen Investoren, die am Markt tätig oder an Unternehmen auf dem relevanten Markt beteiligt sind und selbst keine Subventionen erhalten, unter Berufung auf die Investitionsschutzstandards des CETA angegriffen werden. Diesbezügliche Klagen könnten im vorliegenden Zusammenhang zB dahin gehen, dass Investoren die **Subventionierung von inländischen Anbietern öffentlicher Dienstleistungen für Umsatzeinbußen verantwortlich machen** und dies als **eine Form indirekter Enteignung** oder als einen **Verstoß gegen die billige und gerechte Behandlung** darstellen.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfevorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation SEC (2011) 397, 16f: „Seit Annahme des Pakets im Jahr 2005 haben die Mitgliedstaaten keinerlei Planungen zur Gewährung von Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI im Bereich der Abfall- oder der Wasserwirtschaft gemäß Artikel 106 Absatz 2 AEUV bei der Kommission angemeldet.“

<sup>71</sup> Vgl etwa *Fritz*, Analyse und Bewertung des EU-Kanada Freihandelsabkommens CETA (26.01.2015) 21 f.

CETA birgt daher in Bezug auf die öffentliche Finanzierung von Leistungen das Risiko, dass der Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten für die Gestaltung von Daseinsvorsorgebereichen eingeschränkt werden könnte und die Systeme der öffentlichen Finanzierung – etwa im Bereich der Krankenanstaltenfinanzierung oder des gemeinnützigen Wohnbaus – unter Druck geraten könnten.<sup>72</sup>

#### 4. Öffentliche Beschaffung

##### a. Einleitung

Den Bestimmungen des CETA zum Beschaffungswesen kommt im vorliegenden Zusammenhang wesentliche Bedeutung zu. Durch das Vergaberecht wird maßgeblich determiniert, welche Gestaltungsmöglichkeiten insbesondere den Kommunen bei der Organisation der Daseinsvorsorge zur Verfügung stehen. Zwar statuiert das Beschaffungskapitel keine grundsätzliche Beschränkung der „*Make-or-buy*“-Entscheidung der Kommunen. Problematisch ist aber unter anderem, ob und inwiefern CETA die Zusammenarbeit der Kommunen bei der Daseinsvorsorgeerbringung beeinträchtigen könnte (Stichwort: interkommunale Kooperation), bzw ob und inwiefern Formen der Leistungserbringung durch eine Stadt oder Gemeinde selbst mit den Bestimmungen des CETA-Beschaffungskapitels in Konflikt geraten könnten (Stichwort: *In-house*-Vergabe).

##### b. Grundprinzipien: Nicht-Diskriminierung und Transparenz

Der zentrale Grundsatz im Beschaffungskapitel des CETA ist – ebenso wie im plurilateralen *Agreement on Government Procurement* (GPA) – der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Kap 21 Art IV Abs 1 u 2).<sup>73</sup>

Im Text des CETA, der dieser Studie zugrunde liegt, ist die Bestimmung in Kap 21 Art IV Abs 1 allerdings teilweise lückenhaft wiedergegeben. Es ergibt sich daraus nicht eindeutig, am Maßstab welcher Waren, Dienstleistungen und Anbieter eine weniger günstige Behandlung festgemacht werden soll. Es scheint mit anderen Worten fraglich, ob Kap 21 Art IV Abs 1 ebenso wie Art IV Abs 1 GPA 2012 ein Gebot der Inländerbehandlung (im Vergleich zu EU-inländischen Waren, Dienstleistungen, Anbietern bzw Lieferanten) *und* Meistbegünstigung (im Vergleich zu Waren, Dienstleistungen, Anbietern bzw Lieferanten aus Drittstaaten) enthalten soll, *oder* sich auf die Verbürgung der Inländerbehandlung beschränkt.<sup>74</sup>

In der Folge liegt der Fokus auf dem Grundsatz der Inländerbehandlung. Dieser besagt, dass ausländische Waren, Dienstleistungen und Anbieter bzw Lieferanten nicht weniger günstig

---

<sup>72</sup> S unten III.G.3.

<sup>73</sup> Vgl Art IV Abs 1 u 2 GPA 2012. Textliche Abweichungen sind dem bilateralen Charakter des CETA geschuldet.

<sup>74</sup> Da in Annex 3 im Zusammenhang mit *mass transit vehicles* ausdrücklich auch die Einhaltung des Meistbegünstigungsgrundsatzes normiert wird (vgl CETA 2014, 717, dort FN 81), dürfte sich der Grundsatz der Nichtdiskriminierung sonst wohl nur auf den Aspekt der Inländerbehandlung erstrecken.

behandelt werden dürfen als inländische Waren, Dienstleistungen, Anbieter bzw Lieferanten und stellt somit ein Diskriminierungsverbot dar.<sup>75</sup>

Für kanadische Bieter bedeutet Inländerbehandlung innerhalb der EU

*„treatment no less favourable than that accorded by a Member State or a sub-central region of a Member State, including its procuring entities, to goods and services of, and suppliers located in, that Member State or sub-central region, as the case may be.“*

Was eine günstigere bzw ungünstigere Behandlung darstellt, ist in Kapitel 21 nicht näher geregelt.<sup>76</sup> Aus der Formulierung „*no less favourable*“ kann jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass kanadische Bieter in irgendeiner Weise günstiger zu behandeln wären als EU-inländische Bieter. Es sind jedoch sowohl *de jure* als auch *de facto* Diskriminierungen kanadischer Bieter untersagt.

Hervorzuheben ist weiters die Bestimmung des Kap 21 Art IV Abs 6, wonach die Vertragsparteien bzw die Vergabestellen keine sogenannten „*offsets*“ verlangen bzw berücksichtigen dürfen. Darunter sind Kompensationsgeschäfte zu verstehen, die die lokale Entwicklung fördern oder die Zahlungsbilanz verbessern sollen (Kap 21 Art I lit k). Dazu zählen „*Domestic-content*“-Klauseln, die Lizenzierung von Technologie, Investitionserfordernisse, Kompensationshandel oder ähnliche Anforderungen.

Diese Verpflichtung im CETA ist zwar bereits im GPA 2012 enthalten. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass gegenüber Kanada im Rahmen des GPA aus Reziprozitätsüberlegungen wesentliche Einschränkungen hinsichtlich der erfassten Beschaffungsvorgänge bestehen. Beschaffungen von Waren und Dienstleistungen auf Ebene der Länder und Gemeinden fallen gegenüber kanadischen Anbietern nicht unter das GPA 2012.<sup>77</sup> Das ändert sich mit CETA grundlegend.

Für nicht vergabespezifische Maßnahmen schließt Kap 21 Art IV Abs 7 die Anwendung des (vergaberechtlichen) Grundsatzes der Nichtdiskriminierung hingegen aus. Dies gilt etwa für Maßnahmen, die den Handel mit Dienstleistungen betreffen („*measures affecting trade in services*“). Daher sind Maßnahmen, die den Dienstleistungshandel betreffen, die aber nicht vergabespezifisch sind, nicht an Kap 21 Art IV Abs 1 u Abs 2 zu messen.<sup>78</sup> Inwieweit derartige allgemeine Maßnahmen den Diskriminierungsverboten in anderen Kapiteln unterliegen, ist vor dem Hintergrund der konkreten Liberalisierungsverpflichtungen im Einzelfall zu prüfen.

---

<sup>75</sup> Zum Prinzip der Nichtdiskriminierung im GPA, s *Krajewski/Krämer*, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen („Government Procurement Agreement“, GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen, 2013, 9 ff; *Davies*, The national treatment and exceptions provisions of the Agreement on Government Procurement and the pursuit of horizontal policies, in *Arrowsmith/Anderson* (Hrsg), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (2011) 429 (430): „*potentially any non-protectionist objective could be considered within the definition of national treatment*“.

<sup>76</sup> Zum insofern vergleichbaren GPA 2012: *Krajewski/Krämer*, GPA 2012 (2013) 9 f.

<sup>77</sup> S die *notes* zu Annex 2 GPA 2012, verfügbar unter <<https://e-gpa.wto.org/en/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=2&ContentCulture=en>> [30.06.2015].

<sup>78</sup> Die Ausnahme findet sich auch in Art IV:7 GPA 2012 sowie Art III:3 GPA 1994. „Grund dafür ist, dass die Vertragsparteien nicht als Nebenwirkung der wechselseitigen Öffnung des Vergabewesens den gesamten Waren- und Dienstleistungsverkehr liberalisieren wollten“, *Prieß*, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in *Prieß/Berrisch* (Hrsg) *WTO-Handbuch* (2003) Rz 18 [FN getilgt].

Umgekehrt ist ua Kap 10 Art X.6 (Inländerbehandlung) nicht auf Beschaffungen einer Partei anzuwenden (Kap 10 Art X.14 Abs 5 lit a). Gem Kap 11 Art X-01 Abs 2 lit f ist sogar das gesamte Kapitel zum grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel nicht auf Beschaffungen einer Partei anzuwenden. Vergabespezifische Maßnahmen sind daher nur am Maßstab des Kapitels 21 zu messen, allgemeine Maßnahmen nach den Umständen des Einzelfalls an den jeweiligen Bestimmungen der Kapitel 10, 11 oder 12.

Ein weiterer wesentlicher Grundsatz des CETA-Beschaffungskapitels ist jener der Transparenz. Die Vergabestellen haben einen erfassten Beschaffungsvorgang transparent und unparteiisch zu erledigen (Kap 21 Art IV Abs 4). Interessenkonflikte und Korruption sind hintanzuhalten und die betreffenden Vergabeverfahren sind im Einklang mit den Bestimmungen des CETA Beschaffungskapitels durchzuführen. Im Detail wird das Transparenzgebot daher durch die verfahrensmäßigen Anforderungen im Beschaffungskapitel konkretisiert.

### c. Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels

#### i. Vorbemerkung

Das CETA Beschaffungskapitel ist inhaltlich stark an das bereits erwähnte revidierte WTO *Agreement on Government Procurement* (GPA 2012) angelehnt, das im April 2014 in Kraft trat.<sup>79</sup> Ebenso wie das GPA 2012 enthält das CETA einerseits ein grundsätzliches Regelwerk (Kapitel 21, *Government Procurement*) und andererseits eine Reihe von Annexen, aus denen sich die konkreten Marktzugangszugeständnisse im Detail ergeben. Im Vergleich zum GPA ergeben sich gegenüber Kanada vor allem für Beschaffungen auf Ebene der Länder und Gemeinden Änderungen. Diese waren zwar auch vom GPA 2012 schon bisher grundsätzlich erfasst. Allerdings sind im Verhältnis zu Kanada in Annex II GPA 2012 (*Note 1 lit c – e*) aus Reziprozitätsgründen weitreichende Ausnahmen für Beschaffungen auf der subnationalen Ebene normiert.<sup>80</sup>

Kap 21 Art II CETA regelt den Geltungs- bzw Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels (*Scope and Coverage*). Das CETA-Beschaffungskapitel erfasst sämtliche in Frage kommenden Vertragstypen, also etwa Kauf, Leasing, Miete oder Mietkauf. Wenn sämtliche in Kap 21 Art II statuierten Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sind, fällt ein konkreter Beschaffungsvorgang in den Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels. Ob ein Beschaffungsvorgang vom Beschaffungskapitel erfasst ist (*covered procurement*), hängt also insbesondere davon ab, ob einerseits die betreffende Vergabestelle und andererseits die zu beschaffenden Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen von den jeweils übernommenen Marktzugangsverpflichtungen erfasst sind (Kap 21 Art II Abs 2).

---

<sup>79</sup> Das ursprüngliche *Agreement on Government Procurement* (GPA 1994) war im Rahmen der Uruguay-Runde ausgehandelt worden und trat am 1.1.1996 in Kraft. Die revidierte Fassung des *Agreement on Government Procurement* wurde 2012 nach langjährigen Verhandlungen beschlossen. Zum Gang der Verhandlungen vgl *Pitschas*, Die schrittweise Weiterentwicklung des „Agreement on Government Procurement“ (GPA 2012), *VergabeR* 2014, 255 (256 f). Sowohl die EU als auch Kanada haben das revidierte GPA bereits ratifiziert.

<sup>80</sup> Vgl dazu das *Integrated Government Procurement Market Access Information* (e-GPA) Portal der WTO unter <https://e-gpa.wto.org/en/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=2&ContentCulture=en> [30.06.2015].

Dies ergibt sich für die Vertragsparteien im Detail aus insgesamt jeweils sieben Annexen.<sup>81</sup> Diese enthalten auch die jeweils einschlägigen Schwellenwerte, die in Sonderziehungsrechten (SZR<sup>82</sup>) angegeben sind und die je nach Art der Vergabestelle und zu beschaffender Leistung variieren können. Die genaue Höhe der Schwellenwerte hängt vom jeweiligen Umrechnungskurs zum Euro ab.

Für die EU und ihre Mitgliedstaaten liegen die Schwellenwerte

- für von Annex 1 erfasste Vergabestellen bei 130 000 SZR für Waren und Dienstleistungen;
- für von Annex 2 erfasste Vergabestellen bei 200 000 SZR bzw bei 355 000 SZR für Waren und Dienstleistungen; und
- für von Annex 3 erfasste Vergabestellen bei 400 000 SZR für Waren und Dienstleistungen.
- Für Bauleistungen liegt der Schwellenwert einheitlich bei 5 000 000 SZR.

Künftige Änderungen der Schwellenwerte durch die Vertragsparteien sind grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Allerdings wären dabei auch die Schwellenwerte, die das revidierte GPA 2012 vorgibt, zu beachten. Da sich die vereinbarten Schwellenwerte im CETA an den Schwellenwerten im GPA 2012 orientieren, stünde eine Erhöhung der Schwellenwerte im CETA im Widerspruch zum GPA 2012. Einer Senkung der Schwellenwerte im CETA stünde das GPA 2012 jedoch nicht entgegen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf *Note 2* zu Annex 2 hinzuweisen. Darin bringt die EU ihre Bereitschaft zum Ausdruck, weitere – leicht identifizierbare – Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts<sup>83</sup> (etwa in Bereichen sozialer Dienstleistungen oder Bibliotheken) dem niedrigeren Schwellenwert von 200 000 SZR zu unterwerfen, wenn Kanada dies ebenfalls tut.<sup>84</sup> Derzeit gelten die niedrigeren Schwellenwerte im CETA für Krankenhäuser, Schulen, Universitäten und Einrichtungen, die bestimmte soziale Dienstleistungen anbieten, sofern es sich bei ihnen um „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ iSd EU-Vergaberechts handelt.<sup>85</sup>

## ii. Vergabestellen

Annex 1 – Annex 3 legen fest, welche Vergabestellen ab welchen Schwellenwerten den Bestimmungen des CETA-Beschaffungskapitels unterliegen.

Annex 1 erfasst zentralstaatliche Vergabestellen (*central government entities*) auf Ebene der EU bzw der einzelnen Mitgliedstaaten. Für Österreich sind in Annex 1 neben den Bundesministerien auch das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, die Österreichische Forschungs- und Prüfzentrum Arsenal Gesellschaft mbH, die Bundesanstalt für Verkehr, die Bundesbeschaffung GmbH sowie die Bundesrechenzentrum GmbH explizit

---

<sup>81</sup> Vgl Kap 21 Art II Abs 4. Vgl für Kanada CETA 2014, 633 ff, für die EU und ihre Mitgliedstaaten CETA 2014, 658 ff.

<sup>82</sup> Dabei handelt es sich um eine auf einem Währungskorb (US-Dollar, Euro, japanischer Yen,ritisches Pfund) basierende Rechnungseinheit des Internationalen Währungsfonds.

<sup>83</sup> Dazu sogleich.

<sup>84</sup> Vgl CETA 2014, 715.

<sup>85</sup> Die unterschiedlichen Schwellenwerte ergeben sich aus Reziprozitätserwägungen mit Blick auf die Zugeständnisse Kanadas im GPA 2012 (355 000 SZR) bzw im CETA-Beschaffungs-Annex 2 (200 000 SZR).

angeführt. Zusätzlich sind von Annex 1 „alle sonstigen zentralen Verwaltungsbehörden, einschließlich ihrer regionalen und lokalen Untergliederungen [erfasst], vorausgesetzt, sie haben keinen industriellen oder gewerblichen Charakter“.<sup>86</sup> Diese Herangehensweise ist insofern bemerkenswert, als die überwiegende Mehrheit der anderen Mitgliedstaaten die erfassten Stellen abschließend auflistet. Österreich erweitert jedoch – wie auch schon im GPA 1994 und im revidierten GPA 2012 – die explizite Auflistung um diese offene Formulierung. Eine Folge dieses flexibleren Zugangs ist, dass im Einzelfall ein (Staat-Staat-) Schiedsgericht darüber entscheiden könnte, ob eine bestimmte Einrichtung als „zentrale Verwaltungsbehörde“ anzusehen ist und damit den Bestimmungen des CETA-Beschaffungskapitels unterliegt.

Annex 2 erfasst Vergabestellen unterhalb der zentralstaatlichen Ebene (*sub central government entities*). Davon sind einerseits alle regionalen und lokalen Vergabestellen erfasst und andererseits alle Vergabestellen, bei denen es sich um Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinn des EU-Vergaberechts handelt.<sup>87</sup> Ausdrücklich genannt sind Krankenhäuser, Schulen, Universitäten und Einrichtungen, die bestimmte soziale Dienstleistungen anbieten.<sup>88</sup> Im Vergleich zu anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts gelten für die genannten Einrichtungen geringere Schwellenwerte (200 000 SZR statt 355 000 SZR bei Waren und Dienstleistungen). Die unterschiedlichen Schwellenwerte ergeben sich aus Reziprozitätserwägungen mit Blick auf die Zugeständnisse Kanadas im GPA 2012 (355 000 SZR) bzw im CETA Beschaffungs-Annex 2 (200 000 SZR).

Annex 3 legt fest, für welche *Sektorenauftraggeber* (Versorgungsunternehmen) die Bestimmungen des CETA-Beschaffungskapitels gelten. Erfasst sind demnach Auftraggeber, deren Beschaffungen unter die SektorenRL (derzeit RL 2004/17/EG) fallen, bei denen es sich um öffentliche Auftraggeber (zB gem Annex 1 oder Annex 2) oder öffentliche Unternehmen<sup>89</sup> handelt und die in folgenden Daseinsvorsorgebereichen Netze bereitstellen oder betreiben: *Wasser, Energie* (Gas, Wärme, Elektrizität) oder *Transport* (Versorgung der Allgemeinheit mit [Nah-]Verkehrsleistungen<sup>90</sup>; Eisenbahndienste).<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> Die Klausel lautet im Original: „*All other central public authorities including their regional and local subdivisions provided that they do not have an industrial or commercial character*“, CETA 2014, 692.

<sup>87</sup> Gem Art 1 Abs 9 RL 2004/18/EG gilt als *Einrichtung des öffentlichen Rechts* „jede Einrichtung, die

- zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
- Rechtspersönlichkeit besitzt und
- überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.“

<sup>88</sup> Vgl CETA 2014, 714 f.

<sup>89</sup> Gem Art 2 Abs 1 lit b RL 2004/17/EG handelt es sich dabei um „jedes Unternehmen, auf das der Auftraggeber aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“.

<sup>90</sup> Erfasst ist die Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsdienstleistungen auf der Schiene (innerstädtisch: „*urban railway*“), mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, Oberleitungsbus oder Seilbahn („*cable*“).

<sup>91</sup> Hinsichtlich der Beschaffung von *mass transit vehicles* – gemeint sind Nahverkehrsfahrzeuge wie Straßenbahnen, Busse, U-Bahnen etc – gilt für kanadische Bieter sowohl der Grundsatz der Inländerbehandlung als auch der Meistbegünstigung, s CETA 2014, 717 (dort FN 81).

Im Wasserbereich sind primär Auftraggeber iSd RL 2004/17/EG erfasst, die im Bereich der Bereitstellung und des Betriebs fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser oder der Einspeisung von Trinkwasser in solche Netze tätig sind. Sofern die Netze eines konkreten Auftraggebers auch der Ableitung oder Klärung von Abwässern dienen, soll zudem auch dieser Bereich von Annex 3 erfasst sein.<sup>92</sup> CETA bzw die SektorenRL enthalten zwar unterschiedliche Formulierungen hinsichtlich der Abwasserentsorgung und -behandlung; inhaltlich dürfte es hier jedoch keine Abweichungen geben.<sup>93</sup>

Im Bereich des Annex 3 ergibt sich durch CETA eine weitreichende Marktöffnung im Vergleich zum GPA 2012. Im Rahmen des GPA 2012 besteht nämlich aus Reziprozitätserwägungen gegenüber Kanada ein umfassender Vorbehalt hinsichtlich der Vergaben von Sektorenauftraggebern.<sup>94</sup> Im Rahmen des CETA müssen die Vergaben von Sektorenauftraggebern nun auch für Güter und Lieferanten sowie Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer aus Kanada geöffnet werden.

### iii. Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen

Die von der EU übernommenen sachlichen Marktzugangsverpflichtungen sind in Annex 4 bis Annex 6 festgelegt. Aus diesen Annexen ergibt sich im Einzelfall, welche Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen den Bestimmungen des CETA-Beschaffungskapitels konkret unterliegen. Die Marktzugangszugeständnisse folgen hinsichtlich der verschiedenen Leistungen unterschiedlichen Ansätzen:

Sofern nichts Abweichendes bestimmt wird, gilt das CETA Beschaffungskapitel für die Beschaffung aller Waren durch die in Annex 1 bis Annex 3 erfassten Vergabestellen.<sup>95</sup>

Im Dienstleistungsbereich gilt das Beschaffungskapitel hingegen nur für die explizit aufgelisteten Bereiche. Aus Sicht der Daseinsvorsorge ist vor allem der Bereich der Umweltdienstleistungen einschlägig (CPC prov 94). Der Sektor Umweltdienstleistungen erfasst zunächst die zentralen Bereiche der Abwasserentsorgung und Abfallentsorgung. Weiters fallen in die Kategorie Umweltdienstleistungen Leistungen in so unterschiedlichen Bereichen wie Straßenreinigung und Schneeräumung, Emissionsmonitoring und Luftreinhaltung, Lärmschutz sowie Naturschutz.

Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive kann in diesen Bereichen folgende Ausnahme von Bedeutung sein, die in den Anmerkungen zu Annex 5 normiert ist: Demnach sind Dienstleistungen, die aufgrund eines per Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsentscheidung begründeten Ausschließlichkeitsrechts von einem bestimmten Anbieter beschafft werden müssen, vom Beschaffungskapitel ausgenommen.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Vgl CETA 2014, 716 (dort FN 79): „For greater certainty, it is noted that if and where such networks include the disposal and treatment of sewage, that part of the operation shall also be covered“.

<sup>93</sup> Eine Abweichung ergibt sich im Vergleich zum GPA 2012, das die Bereiche der Abwasserentsorgung und -behandlung nicht erfasst.

<sup>94</sup> S EU Annex 3 Note 6 lit a und lit h GPA 2012.

<sup>95</sup> So enthält etwa Annex 4 hinsichtlich der Beschaffung durch die jeweiligen Verteidigungsministerien eine detaillierte Liste erfasster Waren.

<sup>96</sup> Vgl note 3 zu Annex 5, CETA 2014, 726.

#### iv. Dienstleistungskonzessionen

Ein besonders heikles Thema für die Daseinsvorsorge sind Dienstleistungskonzessionen. Erinnerung sei an die Anstrengungen, die notwendig waren, um die Wasserversorgung – vorerst (!) – vom Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungskonzessions-RL auszunehmen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern Dienstleistungskonzessionen vom CETA-Beschaffungskapitel erfasst sind.

Zunächst ist zu klären, ob Dienstleistungskonzessionen überhaupt vom Begriff *covered procurement* erfasst sind und damit grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels fallen. Eine Definition der Dienstleistungskonzession findet sich im CETA Beschaffungskapitel nicht. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass unter einer Dienstleistungskonzession im Wesentlichen ein Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung zu verstehen ist, wobei die Gegenleistung für die Erbringung entweder allein im Recht der Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.<sup>97</sup> Die Besonderheit der Dienstleistungskonzession – und damit auch das **Abgrenzungsmerkmal zum Dienstleistungsauftrag** – besteht also in der bedungenen Gegenleistung. Der Konzessionsnehmer erhält als Gegenleistung primär das Recht, seine eigene Leistung wirtschaftlich zu nutzen bzw kommerziell zu verwerten und trägt auch das damit verbundene wirtschaftliche Risiko selbst.

Ob ein Beschaffungsvorgang vom CETA Beschaffungskapitel erfasst ist, bestimmt sich nach Kap 21 Art II Abs 2. Wie erwähnt müssen sämtliche Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sein, damit ein konkreter Beschaffungsvorgang als „*covered procurement*“ dem CETA Beschaffungskapitel unterliegt. Dazu zählen:

- Öffentlicher Zweck<sup>98</sup>;
- Vertragliche Vereinbarung;
- Im persönlichen Anwendungsbereich (Beschafter, die in den Annexen 1 – 3 erfasst sind);
- Im sachlichen Anwendungsbereich (Waren oder Dienstleistungen oder eine Kombination von beidem, wie in den Annexen 4 – 6 näher spezifiziert);
- Über dem jeweiligen Schwellenwert;
- Keine Ausnahme in Kap 21 Art II Abs 3 oder den Annexen der Vertragsparteien.

Zunächst ist festzuhalten, dass die EU – anders als Kanada – **keine explizite Ausnahme** für Dienstleistungskonzessionen in den Annexen verankert hat.<sup>99</sup> Vor diesem Hintergrund ist es daher entscheidend, ob die Vergabe einer Dienstleistungskonzession einen erfassten Beschaffungsvorgang darstellt. Die meisten der angeführten Tatbestandsmerkmale beziehen sich unterschiedslos auf Dienstleistungsaufträge und -konzessionen. Fraglich ist

---

<sup>97</sup> Vgl Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.

<sup>98</sup> Beschaffungen zum Zweck des kommerziellen (Wieder-)Verkaufs oder zur Herstellung von Waren bzw zur Erbringung von Dienstleistungen die für den kommerziellen (Wieder-)Verkauf gedacht sind, unterliegen nicht den Bestimmungen des CETA Beschaffungskapitels (Kap 21 Art II lit (a) (ii)).

<sup>99</sup> Der kanadische Annex X-07 enthält folgende Ausnahme für Dienstleistungskonzessionen:

1. *This Chapter does not include procurement:*

*(e) of services contracts, excluding construction services contracts, which grant to a supplier the right to provide and exploit a service to the public as complete or partial consideration for the delivery of a service under a procurement contract.*

jedoch, ob Dienstleistungskonzessionen in den sachlichen Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels fallen und damit als erfasste Beschaffungsvorgänge gelten.<sup>100</sup> Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass kein eigener Annex für Dienstleistungskonzessionen besteht. Weiters ist die Kategorie der Dienstleistungskonzessionen – anders als Baukonzessionen in Annex 6 – auch nicht ausdrücklich im Marktzugangsangebot in Annex 5 genannt.<sup>101</sup> Dies führt zu der Frage, ob Dienstleistungskonzessionen allenfalls *implizit* von Annex 5 erfasst werden könnten und Kanada deshalb eine ausdrückliche Ausnahme normiert hat. Dies würde bedeuten, dass in allen gelisteten Dienstleistungsbereichen auch entsprechende Konzessionsvergaben miterfasst wären.

Unklar ist in diesem Zusammenhang auch die folgende Formulierung, in den *notes* zu Annex 5, die von einer *Erweiterung* („*extending*“) des Anwendungsbereichs hinsichtlich Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen spricht:

„4. *The EU stands ready, should the ongoing revision of EU legislation on public procurement result in a widening of the scope of services and services concessions covered by that legislation, to take up negotiations with Canada in view of extending the mutual coverage of services and services concessions of this Chapter.*“

Daraus [arg: „*extending the mutual coverage of services and services concessions*“] könnte abgeleitet werden, dass Dienstleistungskonzessionen schon jetzt vom Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels erfasst wären. Im Ergebnis ist eine solche Sichtweise jedoch abzulehnen. Dagegen spricht nicht zuletzt, dass in CETA nicht einmal ein entsprechender Schwellenwert für Dienstleistungskonzessionen enthalten ist<sup>102</sup> und die EU ausdrücklich auf die *gegenseitige* Erweiterung des Anwendungsbereichs bedacht ist.

Wie dieser zitierte Passus jedoch verdeutlicht, sind **(weitere) Marktzugangszugeständnisse** der EU in Zukunft **keineswegs ausgeschlossen**. Diese Bekundung der grundsätzlichen Bereitschaft, weitere Dienstleistungsbereiche sowie Dienstleistungskonzessionen dem Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels zu unterstellen, hat zwar lediglich deklarative Bedeutung. Dass es die EU damit aber durchaus ernst meint, zeigt ein Blick auf die aktuellen TTIP-Verhandlungen. Aus einem geleakten *Non-Paper* der Europäischen Kommission geht hervor, dass diese im Rahmen der TTIP-Verhandlungen auch *Public Private Partnerships* (PPP) und Dienstleistungskonzessionen behandeln möchte.<sup>103</sup> Im Ergebnis fällt die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen derzeit nicht unter den Begriff *covered procurement* und ist daher nicht vom CETA Beschaffungskapitel erfasst.

---

<sup>100</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass die EU bis zum Inkrafttreten der KonzessionsvergabeRL im April 2014 über keine entsprechende Außenkompetenz im Bereich der Dienstleistungskonzessionen verfügte, vgl *Krajewski/Krämer*, GPA 2012 (2013) 18.

<sup>101</sup> Annex 6 differenziert zwischen Bauleistungen (*construction services*) und Baukonzessionen (*work concessions*).

<sup>102</sup> Gem Art 8 Abs 1 RL 2014/23/EU beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungskonzessionen 5 186 000 EUR.

<sup>103</sup> S <<https://www.reimon.net/2015/02/16/eu-us-fta-ttip-public-procurement-chapter-coverage-of-public-private-partnerships-ppp/>> [30.06.2015]; für eine kritische Auseinandersetzung mit der Behandlung von PPPs und Dienstleistungskonzessionen im Rahmen von TTIP sei etwa auf das Positionspapier der Arbeiterkammer vom März 2014 verwiesen.

Der klare Wunsch seitens der EU, in Zukunft weitere Dienstleistungsbereiche sowie Dienstleistungskonzessionen dem Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels zu unterstellen, führt zu einer demokratiepolitisch äußerst heiklen Frage. Diese betrifft das Verfahren zur Änderung des Anwendungsbereichs und ob das Europäische Parlament und/oder die nationalen Parlamente einer entsprechenden Erweiterung zustimmen müssten.

In diesem Zusammenhang ist die Bestimmung des Kap 34 Art X.02 Abs 2 hervorzuheben. Danach kann das *Trade Committee*<sup>104</sup> unter anderem Änderungen der Annexe und Protokolle zum CETA beschließen. Die Zustimmung der Parteien hat den jeweiligen internen Anforderungen und Verfahren gemäß zu erfolgen. In diesem Zusammenhang ist auf Art 218 Abs 7 AEUV hinzuweisen, der unter bestimmten Voraussetzungen ein vereinfachtes Verfahren zur Vertragsänderung vorsieht. Nach dieser Bestimmung kann der Rat den Verhandlungsführer ermächtigen, Änderungen eines Abkommens im Namen der Union zuzustimmen, „wenn die Übereinkunft vorsieht, dass diese Änderung im Wege eines vereinfachten Verfahrens oder durch ein durch die Übereinkunft eingesetztes Gremium anzunehmen sind“. Mit Blick auf die Befugnis des *Trade Committees* könnte der Rat wohl eine entsprechende Ermächtigung auf Grundlage von Art 218 Abs 7 AEUV beschließen. Eine Mitwirkung des EU Parlaments an der Vertragsänderung wäre in einem solchen Fall nicht vorgesehen; das EU Parlament wäre lediglich gem Art 218 Abs 10 AEUV zu unterrichten.<sup>105</sup> Konkret führt dies letztlich zu dem äußerst problematischen Ergebnis, dass Dienstleistungskonzessionen in Zukunft auch ohne parlamentarische Zustimmung dem Anwendungsbereich des CETA Beschaffungskapitels unterworfen werden könnten.

#### v. Baukonzessionen

Hinsichtlich Bauleistungen und Baukonzessionen ist zu differenzieren: Annex 6 erfasst Bauleistungen in sämtlichen von CPC prov 51 erfassten Bereichen. Auf Baukonzessionen finden hingegen nur ausgewählte Bestimmungen Anwendung, sofern sie durch unter Annex 1 und 2 fallende Stellen vergeben werden. Aufgrund dieser Formulierung könnte es fraglich erscheinen, was bezüglich Baukonzessionen gilt, die durch eine (nur) unter Annex 3 fallende Stelle vergeben werden. Vor dem Hintergrund, dass die Annexe zum Beschaffungskapitel einem Positivlistenansatz folgen, ergibt sich jedoch, dass derartige Vergaben nicht vom CETA Beschaffungskapitel erfasst sind.

---

<sup>104</sup> In Kapitel 30 (*Administrative and Institutional Provisions*), das nähere Bestimmungen zu den *Committees* enthält, wird das *Trade Committee* allerdings nicht erwähnt; dieses dürfte jedoch gemeint sein, wenn dort vom *CETA Joint Committee* die Rede ist.

<sup>105</sup> Vgl *Schmalenbach*, Art 218 AEUV in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011) Rz 21.

## **Erfasste Beschaffungsvorgänge – Beispiele**

CETA erfasst nur jene Beschaffungsvorgänge, für die mit dem Abkommen sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Dies soll im Folgenden anhand einer Reihe von Beispielen erläutert werden:

Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive ist vor allem der Bereich der Umweltdienstleistungen von Interesse, der zur Gänze von Annex 5 erfasst ist (CPC prov 94). Dieser Sektor erfasst die zentralen Bereiche der Abwasserentsorgung und der Abfallentsorgung. Weiters fallen in die Kategorie Umweltdienstleistungen gem CPC prov 94 Leistungen in so unterschiedlichen Bereichen wie Straßenreinigung und Schneeräumung, Emissionsmonitoring und Luftreinhaltung, Lärm- sowie Naturschutz. Die Wasserversorgung wird vom CETA-Beschaffungskapitel hingegen nicht erfasst (vgl Annex 5). Allerdings sind Einrichtungen, die im Bereich der Wasserversorgung tätig sind, grundsätzlich in Annex 3 des CETA-Beschaffungskapitels erfasst. Vergibt eine entsprechende Einrichtung beispielsweise einen Bauauftrag, dessen Wert den relevanten Schwellenwert von 5 000 000 SZR überschreitet, ist dieser Beschaffungsvorgang vom CETA-Beschaffungskapitel erfasst.

Wenn Universitäten oder Krankenanstalten die Reinigung ihrer Gebäude ausschreiben und der Wert der Dienstleistungen den relevanten Schwellenwert von 200 000 SZR übersteigt, dann sind solche Beschaffungsvorgänge vom CETA-Beschaffungskapitel erfasst: Die genannten Einrichtungen gelten als öffentliche Auftraggeber iSd Annex 2, Dienstleistungen im Bereich der Gebäudereinigung sind im Annex 5 erfasst.

Hingegen folgt aus dem CETA keine Verpflichtung, etwa im Bereich von Verkehrsdienstleistungen im Stadtverkehr, von Eisenbahnverkehrsleistungen oder von Rettungsdienstleistungen wettbewerbliche Ausschreibungen durchzuführen, da in diesen Bereichen keine Marktzugangszugeständnisse in Annex 5 gemacht wurden.

Rettungsdienstleistungen werden vom CETA Beschaffungskapitel nicht erfasst (vgl Annex 5). Insofern berührt das Beschaffungskapitel auch nicht die Frage, wie die Beauftragung mit Rettungsdienstleistungen nach den jeweiligen Landesgesetzen zum Rettungswesen in Österreich erfolgt. Ist eine Einrichtung, die Rettungsdienstleistungen erbringt, jedoch überwiegend öffentlich finanziert, handelt es sich gem Annex 2 um eine erfasste Vergabestelle. Das bedeutet, dass eine solche Einrichtung beispielsweise bei der Beschaffung von Waren (ab einem Schwellenwert von 355 000 SZR) den Bestimmungen des CETA Beschaffungskapitels unterliegt.

### *d. In-house-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit*

Generell setzt die Anwendbarkeit des Vergaberechts einen entgeltlichen Vertrag mit einer rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber getrennten Einrichtung voraus. Dementsprechend sind staatliche Eigenleistungen – etwa durch rechtlich unselbständige Regiebetriebe, die dem Rechtsträger selbst zuzuordnen sind – nicht vom Vergaberecht erfasst.<sup>106</sup> Es steht potentiellen Auftraggebern grundsätzlich frei, ihre öffentlichen Aufgaben mit ihren eigenen personellen und technischen Ressourcen zu erfüllen. Diese Überlegung

---

<sup>106</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 81.

wurde in der Judikatur des EuGH unter bestimmten Voraussetzungen auf Fälle ausgedehnt, in denen der Vertragspartner ein vom Auftraggeber getrennter Rechtsträger ist. Den Ausgangspunkt dieser sogenannten „*In-house*“-Ausnahme bildet die Entscheidung des EuGH in der Rs *Teckal*<sup>107</sup>: Die Ausnahme setzt demnach *erstens* voraus, dass die „Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ... wie über ihre eigenen Dienststellen [ausübt]“ (Kontrollkriterium) und *zweitens*, dass diese Person „ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“ (Wesentlichkeitskriterium).<sup>108</sup> Im Einzelfall können auch mehrere öffentliche Auftraggeber gemeinsam die entsprechende Kontrolle ausüben.<sup>109</sup> Aus Wettbewerbsüberlegungen gilt die *In-house*-Ausnahme jedoch in der Regel nicht, wenn ein privater Wirtschaftsteilnehmer am Kapital der kontrollierten juristischen Person unmittelbar beteiligt ist.<sup>110</sup>

Aus dem Gesagten geht umgekehrt hervor, dass Konstellationen, in denen der Dienstleistungserbringer eine vom öffentlichen Auftraggeber verschiedene Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, nicht *per se* vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind.<sup>111</sup> Problematisch ist die *Teckal*-Judikatur können öffentlich-öffentliche (insb interkommunale) Kooperationen vor allem dann sein, wenn die beteiligten Gebietskörperschaften und Rechtsträger keine der gemeinsamen Kontrolle unterliegende Einrichtung mit dieser Aufgabe betrauen. In seiner zentralen Entscheidung in der Rs *Stadtreinigung Hamburg* legte der EuGH die Voraussetzungen dar, unter denen er eine entsprechende vergaberechtsfreie Betrauung dennoch für zulässig erachtet.<sup>112</sup>

Die neuen EU-VergabeRL positivieren nun weitgehend die Judikatur des EuGH und enthalten erstmals detaillierte Bestimmungen zu *In-house*-Vergabe und interkommunaler Kooperation.<sup>113</sup> Vor diesem Hintergrund gilt es zu untersuchen, ob durch CETA die Möglichkeiten für die *In-house*-Vergabe oder die interkommunale Zusammenarbeit in Zukunft eingeschränkt werden könnten.<sup>114</sup> Aus den Ausführungen zum Anwendungsbereich des CETA Beschaffungskapitels wird zunächst deutlich, dass sich die Frage hinsichtlich Dienstleistungen in der Praxis von vornherein nur für ausdrücklich in Annex 5 erfasste Dienstleistungsbereiche stellt. Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive sind

---

<sup>107</sup> EuGH, Rs C-107/98 (*Teckal*) Slg 1999, I-8121. Zu den Auswirkungen auf diverse Beteiligungsmodelle und zur nachfolgenden Entwicklung etwa *Potacs*, Neubestimmung der *In-house*-Vergabe, ZfV 2005, 513 (514 f); *ders*, Öffentliche Unternehmen, in B. Raschauer (Hg) Wirtschaftrecht<sup>3</sup> (2010) Rz 936.

<sup>108</sup> EuGH, Rs C-107/98 (*Teckal*) Rz 50. Es kommt also insb darauf an, ob sich der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers (also etwa der Gebietskörperschaft) „formal von ihm unterscheidet und [...] ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt“ (ibid Rz 51).

<sup>109</sup> StRsp, s etwa EuGH, Rs C-340/04 (*Carbotermo*), Rz 60; Rs C-324/07 (*Coditel Brabant*) Rz 46 ff.

<sup>110</sup> EuGH, Rs C-26/03 (*Stadt Halle*) Slg 2005, I-1, Rz 49

<sup>111</sup> EuGH Rs C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*) Slg 2009, I-4747, Rz 33.

<sup>112</sup> EuGH Rs C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*) Rz 47. Zur weiteren Entwicklung der Judikatur etwa *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 92 f.

<sup>113</sup> Vgl Art 12 RL 2014/24/EU, Art 28 RL 2014/25/EU sowie Art 17 2014/23/EU.

<sup>114</sup> Zur Unklarheit, inwiefern derartige Vorgänge vom GPA erfasst sind, vgl *Anderson/Arrowsmith*, The WTO regime on government procurement: past, present and future, in *Arrowsmith/Anderson* (Hrsg), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform (2011) 3 (52); *Wang/Perin/Casalini*, Addressing purchasing arrangements between public sector entities: what can the WTO learn from the EU's experience?, in *Arrowsmith/Anderson* (Hrsg), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform (2011) 253 (271): „the GPA has not expressly addressed the issue ... and there is no WTO case law to clarify the situation ... leaving its Parties with significant and unchecked discretion“.

das – derzeit – im Wesentlichen die wichtigen Bereiche Abfall und Abwasser. Ein weiteres relevantes Thema könnte aber beispielsweise auch der Bereich der Gebäudereinigung sein.

Die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern CETA *In-house*-Vergaben und interkommunale Kooperationen beeinträchtigen könnte, hängt entscheidend von der Auslegung der enthaltenen Ausnahmebestimmung ab. Anders als die sehr umfangreichen Tatbestände in den neuen EU-VergabeRL ist die Ausnahme in CETA äußerst knapp und allgemein gehalten.<sup>115</sup>

Annex 7 enthält eine Ausnahmebestimmung, die für *In-house*-Vergaben und interkommunale Kooperationen einschlägig ist (Annex 7 Abs 1 lit e). Demnach findet das CETA-Beschaffungskapitel keine Anwendung auf:

*„goods and services that are procured by a covered entity internally or that are supplied by one covered entity to another.“*

Der erste Fall („*procured by a covered entity internally*“) spricht die *In-house*-Vergabekonstellation an und nimmt diese vom Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels aus. Mit Blick auf die differenzierte *In-house*-Definition in der Judikatur des EuGH oder in den neuen Vergaberichtlinien ist die Formulierung „*procured ... internally*“ vergleichsweise rudimentär und (potentiell) weit gefasst. Die EU legt sich damit im Rahmen des CETA nicht auf ein detailliertes Verständnis der *In-house*-Konstellation fest. Es können daher unterschiedliche *In-house*-Vergabesituationen – etwa im Sinn der vom EuGH entwickelten Kriterien oder auch nach der PSO-VO<sup>116</sup> – von der Ausnahme erfasst werden. Mangels näherer Erläuterung, was unter „*procured ... internally*“ zu verstehen ist, bleibt hier allerdings auch ein Spielraum für einschränkende Interpretationen durch Streitschlichtungsinstanzen. So ist etwa nicht auszuschließen, dass ein (Staat-Staat) Schiedsgericht im Streitfall die Anforderungen an „*procured ... internally*“ enger fasst, als dies etwa in den neuen VergabeRL vorgesehen ist.

Zur Verdeutlichung: Ein entsprechendes Gremium könnte beispielsweise die Vergabe an ein „Schwesterunternehmen“<sup>117</sup> (sogenanntes „horizontales *In-house*-Geschäft“) als vergaberelevanten Vorgang betrachten, während diese Konstellation nach den neuen VergabeRL einen Fall der *In-house*-Vergabe darstellen kann (Art 12 Abs 2 RL 2014/24/EU). Auch im Unionsrecht war die Frage bis zum Inkrafttreten der neuen VergabeRL letztlich nicht geklärt.<sup>118</sup> Diese Rechtsunsicherheit ist im Zusammenhang mit der unbestimmten Ausnahme in Annex 7 des CETA jedoch ungleich höher. In diesem Zusammenhang ist nicht einmal klar, ob ein entsprechendes Streitschlichtungsgremium die Möglichkeit horizontaler *In-house*-Vergaben überhaupt anerkennt.

---

<sup>115</sup> Vgl etwa Art 12 RL 2014/24/EU.

<sup>116</sup> Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70, ABl (EG) 2007 L 315/1. Die Bezeichnung „PSO“ steht für *public service obligations*, also für Verpflichtungen, im Zusammenhang mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen.

<sup>117</sup> Gemeint ist die Vergabe zwischen zwei Tochterunternehmen, die von einem gemeinsamen Mutterunternehmen kontrolliert werden.

<sup>118</sup> Vgl GA Mengozzi, Schlussanträge vom 23.01.2014, Rs C-15/13, Rz 33 ff.

Auch die zweite Ausnahmekonstellation ist vergleichsweise wenig bestimmt und erfasst die Erbringung einer Leistung von einer erfassten Vergabestelle an eine andere erfasste Vergabestelle („*supplied by one covered entity to another*“). Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive ist insbesondere von großer Bedeutung, ob und inwieweit interkommunale Kooperationen unter den Begriff „*supplied by one covered entity to another*“ fallen. Dabei ist vor allem auch an jene nicht-institutionalisierten Konstellationen zu denken, in denen zwei oder mehrere öffentliche Auftraggeber (auf vertraglicher Basis) zusammenarbeiten, ohne jedoch eigens eine (der gemeinsamen Kontrolle unterliegende) Einrichtung für die interkommunale Zusammenarbeit zu schaffen und mit dieser Aufgabe zu betrauen. Nach dem Wortlaut können sowohl institutionalisierte als auch rein vertragliche Kooperationsformen unter die Ausnahmebestimmung in Annex 7 subsumiert werden. Die eigentliche Problematik, die auch schon im Zusammenhang mit der *In-house*-Vergabe erörtert wurde, besteht in der weitgehenden Unbestimmtheit der Formulierung „*supplied by one covered entity to another*“. Da im CETA etwa nicht auf die Zusammenarbeit zur Erreichung eines den beteiligten Vergabestellen *gemeinsamen* Ziels abgestellt wird, geht das durch Annex 7 Abs 1 lit e abgedeckte Spektrum öffentlich-öffentlicher Kooperationen sogar über unionsrechtlich zulässige vergabefreie öffentlich-öffentliche Kooperationsformen hinaus.<sup>119</sup> Umgekehrt kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Streitschlichtungsgremium die Ausnahme eng auslegt bzw zusätzliche Anforderungen an öffentlich-öffentliche Kooperationen stellt.

Im Ergebnis erweist sich die rudimentäre Formulierung der Ausnahmen als zweiseitig. Die beiden Ausnahmen belassen der EU zwar einerseits wesentliche Gestaltungsspielräume hinsichtlich der detaillierten Anforderungen an *In-house*-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen. Andererseits können die unbestimmten Formulierungen zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, da die Anforderungen, die im Rahmen des CETA an *In-house*-Vergaben oder interkommunale Kooperationen gestellt werden, letztlich beträchtlich vom unionsrechtlich (einigermaßen) etablierten Verständnis abweichen könnten.

#### *e. Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien?*

Öffentliche Beschaffer verfügen über ein großes finanzielles Potential, die Rede ist von 18% des BIP in der EU.<sup>120</sup> Soweit Beschaffung auch zur Verfolgung strategischer Beschaffungsziele genutzt werden kann, handelt es sich daher um ein ganz wesentliches politisches Steuerungsinstrument. Insbesondere die neue VergabeRL 2014/24/EU bzw die neue SektorenRL 2014/25/EU enthalten detaillierte Bestimmungen hinsichtlich der Berücksichtigung von Sozial- und Umweltaspekten bei der Beschaffung.<sup>121</sup> Auch diesbezüglich sind die Bestimmungen im Beschaffungskapitel des CETA vergleichsweise rudimentär. Es ist daher fraglich, ob und inwieweit Bestimmungen des CETA der

---

<sup>119</sup> Vgl etwa EuGH Rs C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*); Rs C-386/11 (*Piepenbrock*); Rs C-15/13 (*Technische Universität Hamburg*); zur Kodifikation der bisherigen Rsp in den neuen VergabeRL vgl etwa Art 12 Abs 4 RL 2014/24/EU.

<sup>120</sup> KOM(2011) 896 endg, 3.

<sup>121</sup> Vgl etwa S. Mayr, Vergaberecht als Schlüssel zu mehr Nachhaltigkeit – Verkehrte Welt oder Paradigmenwechsel im Unionsrecht?, in Breitenlechner et al (Hrsg), Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht (2015), 63 (82 ff).

Berücksichtigung sozialer oder umweltbezogener Kriterien bei der Beschaffung entgegenstehen könnten.

Während eine Berücksichtigung ökologischer Aspekte an mehreren Stellen im CETA ausdrücklich angesprochen wird,<sup>122</sup> sucht man nach expliziten Bestimmungen zur Berücksichtigung sozialer Kriterien vergeblich.<sup>123</sup> Zwar ist daraus nicht zwangsläufig darauf zu schließen, dass die Berücksichtigung sozialer Aspekte im CETA-Beschaffungskapitel ausgeschlossen wäre.<sup>124</sup> So enthält Kap 21 Art IX Abs 9 ganz eindeutig eine demonstrative, also beispielhafte Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien. Dennoch besteht bezüglich der Berücksichtigung sozialer oder beschäftigungspolitischer Aspekte eine beträchtliche Rechtsunsicherheit.

Im europäischen Vergaberecht haben sich die Standards zur Berücksichtigung von Sozial- und Umweltaspekten angesichts der rudimentären Regelungen in den RL zunächst vor allem in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt.<sup>125</sup> Im Rahmen des CETA Beschaffungskapitels würde im Endeffekt ein (Staat-Staat-)Schiedsgericht über die Zulässigkeit der Berücksichtigung sozialer Aspekte, etwa in Form von technischen Spezifikationen (Stichwort: *fair trade*) oder Zuschlagskriterien, entscheiden. Eine Entscheidungspraxis, die restriktiver wäre als jene auf EU-Ebene, könnte zu schwerwiegenden Wertungswidersprüchen führen und könnte in letzter Konsequenz Druck in Richtung einer Anpassung auf unionaler Ebene erzeugen.

#### f. Fazit

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten:

Die Bestimmungen des Beschaffungskapitels sind nur anzuwenden, wenn sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels eröffnet sind.

Der genaue Geltungsbereich ist detailliert in einer Reihe von Annexen separat für Kanada bzw die EU und ihre Mitgliedstaaten festgelegt.<sup>126</sup> Ob ein Vergabevorgang in den Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels fällt, ergibt sich dementsprechend aus einer Zusammenschau der erfassten Vergabestellen, der festgelegten Schwellenwerte sowie der einbezogenen Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen.

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen fällt im Ergebnis derzeit nicht unter den Begriff „*covered procurement*“ und ist daher vorerst nicht vom CETA Beschaffungskapitel erfasst. Allerdings hat die EU in Annex 5 ihre Bereitschaft bekundet, über eine Erweiterung der erfassten Dienstleistungsbereiche bzw ein Einbeziehen von Dienstleistungskonzessionen zu verhandeln. In diesem Zusammenhang ist auch auf die

---

<sup>122</sup> Vgl Kap 21 Art IX Abs 6 (mit Blick auf technische Spezifikationen); Kap 21 Art IX Abs 9 (mit Blick auf Zuschlagskriterien).

<sup>123</sup> Vgl auch *Fischer-Lescano/Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von attac/München (Oktober 2014) 27.

<sup>124</sup> Ebenso zur ähnlich gelagerten Frage im Kontext des GPA 2012 *Krajewski/Krämer*, GPA 2012(2013) 23.

<sup>125</sup> S *Mayr* in Breitenlechner et al (2015)70 ff.

<sup>126</sup> Für Kanada vgl CETA 2014, 633 ff, für die EU und ihre Mitgliedstaaten vgl CETA 2014, 658 ff.

demokratiepolitisch problematische Möglichkeit einer vereinfachten Vertragsänderung hingewiesen. Die Entscheidung, Dienstleistungskonzessionen dem Anwendungsbereich des CETA zu unterstellen könnte durch eine entsprechende Änderung der Annexe ohne Mitwirkung des Europäischen Parlaments erfolgen.

Als problematisch könnten sich weiters die in Annex 7 normierten Ausnahmen für *In-house*-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen erweisen. Es ist nicht gänzlich auszuschließen, dass die weitgehende Unbestimmtheit dieser Ausnahmen letztlich dazu führt, dass im Rahmen des CETA strengere Anforderungen an die für die Daseinsvorsorge besonders bedeutenden Instrumente der *In-house*-Vergabe oder der interkommunalen Kooperation gestellt werden.

Zwar können sich kanadische Unternehmer nicht unmittelbar auf Bestimmungen des CETA Beschaffungskapitels berufen.<sup>127</sup> Soweit eine Marktöffnung im Bereich des Beschaffungswesens erfolgt, ist eine *de jure* oder *de facto* Diskriminierung kanadischer Anbieter gegenüber EU-inländischen Anbietern aber CETA-widrig.

## 5. Wettbewerb, Staatsunternehmen und Monopole

Kapitel 19 über die **Wettbewerbspolitik** ist rein deklarativer Natur. Es wird festgelegt, was nach den Rechtsordnungen der jeweiligen Vertragsparteien ohnehin gilt, nämlich dass wettbewerbswidrige Geschäftspraktiken zu ahnden sind und dass auch Unternehmen, die Daseinsvorsorgeleistungen erbringen, dem Wettbewerbsrecht grundsätzlich unterliegen, sofern dies nicht die Erfüllung ihrer Gemeinwohlaufgaben beeinträchtigt. Letztere Bestimmung ist Art 106 Abs 2 AEUV nachgebildet. Nachdem die Bestimmungen des Wettbewerbskapitels keinem CETA-Streitschlichtungsverfahren unterliegen (Kap 19 Art X-03 Abs 1), sind hier keine zusätzlichen Auswirkungen auf die Daseinsvorsorge zu erwarten. Im Rahmen des Unionsrechts wird auch in Zukunft der EuGH beurteilen, wann eine Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die Daseinsvorsorgebereiche erfolgt.

Kapitel 20 zu den **Staatsunternehmen, Monopolen oder Unternehmen mit besonderen Rechten** ergänzt gewissermaßen das Kapitel über die öffentliche Beschaffung und hat prinzipiell einen weiten Anwendungsbereich: Es gilt zunächst für alle Staatsunternehmen (*state enterprises*), also Unternehmen, die sich im Besitz der öffentlichen Hand befinden oder überwiegend von dieser kontrolliert werden.<sup>128</sup> Weiters gilt das Kapitel auch für Monopole und sämtliche private Unternehmen, denen *in irgendeiner Art und Weise* besondere Rechte oder Privilegien eingeräumt werden, die einen effektiven Wettbewerb

---

<sup>127</sup> Vgl Kap 33 Art 14.16 CETA, dazu bereits unter I. Umgekehrt könnten auch europäische Bieter sich gegenüber Kanada schon aufgrund dieser Bestimmung nicht unmittelbar auf Bestimmungen des CETA Beschaffungskapitels berufen. Näher zur Problematik der Umsetzung in Kanada vgl *Collins*, Globalized Localism: Canada's Government Procurement Commitments under the CETA (23.02.2015) 13.

<sup>128</sup> In Anlehnung an die Definition eines "öffentlichen Unternehmens" in Art 2 Abs 1 lit b SektorenRL 2004/17/EG wird man hinsichtlich der geforderten Kontrolle etwa darauf abstellen können, ob die öffentliche Hand die Mehrheit des Kapitals des Unternehmens hält, über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens ernennen kann.

durch andere Unternehmen wesentlich erschweren bzw verhindern<sup>129</sup> (zB könnte darunter auch eine besondere staatliche Förderung fallen). Damit ist Kap 20 besonders auch im Zusammenhang mit der Daseinsvorsorge von Relevanz, werden doch öffentliche Dienstleistungen zum Teil als staatliche Monopole oder von staatlichen Unternehmen erbracht.

Die Verpflichtungen in Kapitel 20 sind sehr allgemein formuliert. Im Wesentlichen legt Kapitel 20 fest, dass die erfassten Unternehmen bei ihren Käufen und Verkäufen von Gütern und Dienstleistungen kanadische Anbieter nicht diskriminieren dürfen und jenseits der Aktivitäten, die sie zur Erfüllung ihrer Gemeinwohlverpflichtungen durchführen, nach kommerziellen Grundsätzen operieren müssen. Da diese Verpflichtungen grundsätzlich dem CETA-Streitschlichtungsmechanismus unterliegen, also von den (Staat-Staat)Schiedsgerichten anzuwenden bzw auszulegen sind, könnten sich daraus potentiell weitreichende Konsequenzen ergeben. Im Detail sind die Auswirkungen nicht vorherzusehen. Zum jetzigen Zeitpunkt lässt sich jedoch Folgendes konstatieren:

Klar ist zunächst, dass das Kapitel nicht auf öffentliche Beschaffungsvorgänge zum Zweck der staatlichen Bedarfsdeckung anwendbar ist (Kap 20 Art 2 Abs 2). Bei Einkäufen, die nicht unter die öffentliche Beschaffung fallen, sowie bei Verkäufen haben die von Kapitel 20 erfassten Unternehmen jedoch einen besonderen Nichtdiskriminierungsgrundsatz zu beachten (Kap 20 Art 4). Insofern ist diese Bestimmung als „Auffangregelung“ ergänzend zum Beschaffungskapitel zu lesen.

Welche Anforderungen sich aus diesem Nichtdiskriminierungsgrundsatz im Detail ergeben, ergibt sich (jedenfalls zum Teil) aus Kap 20 Art 5: Demnach müssen die erfassten Unternehmen – jenseits der Aktivitäten, die sie zur Erfüllung ihrer Gemeinwohlverpflichtungen durchführen – grundsätzlich nach kommerziellen Grundsätzen operieren. Die Verpflichtung, nach kommerziellen Grundsätzen zu operieren, könnte aufgrund der unbestimmten Formulierung auch als Verpflichtung verstanden werden, sich nicht wettbewerbswidrig zu verhalten. Anders als das oben behandelte Wettbewerbskapitel ist Kapitel 20 nicht vom Streitschlichtungsmechanismus ausgenommen, weshalb die Bestimmungen grundsätzlich der Auslegung durch ein (Staat-Staat-)Schiedsgericht unterliegen. Damit würde sich jedoch die Beurteilung, inwieweit solche Unternehmen dem Wettbewerbsrecht unterliegen sollen, vom EuGH zu den (Staat-Staat)Schiedsgerichten verlagern bzw neben dem EuGH auch von (Staat-Staat)Schiedsgerichten zu beurteilen sein. Denn bei einer entsprechenden Lesart würde die Bestimmung im Wesentlichen dasselbe aussagen wie Art 106 Abs 2 AEUV (oder das CETA-Wettbewerbskapitel). Unmittelbare Auswirkungen auf staatliche Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge ergeben sich derzeit wohl nicht. Allerdings könnten sich aus künftigen schiedsgerichtlichen Entscheidungen spezifische Anforderungen an das „kommerzielle“ Verhalten öffentlicher Unternehmen ergeben.

---

<sup>129</sup> Kap 20 Art 1 Abs 1 iii) spricht von „*any special rights or privileges, substantially affecting the ability of any other enterprise to provide the same good or service in the same geographical area under substantially equivalent conditions and allowing [the entity] to escape, in whole or in part, competitive pressures or market constraints*“.

## 6. Innerstaatliche Regulierung

Für die Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen sind eine Vielzahl von nationalen Vorschriften und Standards relevant, mit denen öffentliche Zielsetzungen wie zB Gesundheit, Umweltschutz oder Versorgungssicherheit verfolgt werden und sichergestellt werden soll, dass die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen in einer auf die Bedürfnisse der Benutzer bestmöglich abgestimmten Weise erfolgen kann. Man denke zB an Bestimmungen über Anlagengenehmigungen, Berufsausübungs- und Zugangsvoraussetzungen, Zuverlässigkeitserfordernisse oder Universaldienstvorgaben. Aus einer Perspektive der Handelsliberalisierung werden solche Vorschriften grundsätzlich als „nicht tarifäre Handelshemmnisse“ in den Blick genommen.<sup>130</sup> Handelsabkommen, wie auch CETA, suchen dieses Spannungsverhältnis im Sinne der Handelsliberalisierung einerseits dahingehend aufzulösen, dass der Einsatz von bestimmten Regelungsinstrumenten als unzulässige Marktzugangsbeschränkungen verboten wird (zB Bedarfsprüfungen, dazu oben). Andererseits enthalten Handelsabkommen, wie auch das CETA, Disziplinen für die innerstaatliche Regulierung (*Domestic Regulation*), mit denen sichergestellt werden soll, dass Regulierungen und Standards den Handel nicht über ein „notwendiges“ Maß hinaus beschränken. Es liegt auf der Hand, dass Disziplinen für die innerstaatliche Regulierung die politischen Gestaltungsspielräume der demokratisch legitimierten Gesetzgebung einschränken und insgesamt in einem deutlichen Spannungsverhältnis zur Regelungsautonomie der Vertragsparteien stehen. Wie weitreichend dieses Konfliktpotenzial ist, hängt im Einzelnen von der Ausgestaltung des Handelsabkommens ab, konkret vom Anwendungsbereich und vom Inhalt der Disziplinen für die innerstaatliche Regulierung. Dies soll im Folgenden für CETA untersucht werden.<sup>131</sup>

### a. Anwendungsbereich

Kapitel 14 enthält Disziplinen für die innerstaatliche Regulierung sowohl in Bezug auf materielle Bestimmungen (Zulassungskriterien, Qualifikationserfordernisse) als auch mit Blick auf Verfahrensbestimmungen (für Genehmigungs- und Qualifikationsverfahren)<sup>132</sup>, die sich auf die Erbringung von Dienstleistungen (in den verschiedenen Modi) auswirken.<sup>133</sup>

Verschiedene Maßnahmen sind allerdings vom Anwendungsbereich des Kapitels über innerstaatliche Regulierung ausgenommen:

---

<sup>130</sup> Vgl dazu im GATS-Kontext Raza in Prausmüller/Wagner (2014) 74ff.

<sup>131</sup> Vgl im Kontext des Unionsrechts die DienstleistungsRL 2006/123/EG; vgl dazu Klamert, *Services Liberalization in the EU and the WTO* (2014) 176 ff.

<sup>132</sup> Vgl die Begriffsbestimmungen in Kap 14 Art X.1 Abs 3.

<sup>133</sup> Kap 14 Art X.1 Abs 1 lautet: „*This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to licensing requirements and procedures and qualification requirements and procedures that affect:*

*a) cross-border supply of services as defined in Chapter X; and*

*b) the supply of a service or pursuit of any other economic activity, through commercial presence in the territory of another Party, including the establishment of such commercial presence; and,*

*c) the supply of a service through the presence of a natural person in the territory of the other Party, in accordance with Article 5.2 of Chapter X].“*

Entgegen dem insofern irreführenden Wortlaut („and“ deutet eine kumulative Verknüpfung zw lit a, lit und lit c an), dürften auch Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Kapitels fallen, die sich nur auf eine Erbringungsart auswirken.

Das betrifft zum einen bestehende nicht-konforme Maßnahmen, die sich die Vertragsparteien gem Annex I vorbehalten haben. Zum anderen hat die EU folgende Sektoren von der Anwendung des Kapitels ausgenommen (Kap 14 Art X.1 Abs 2 lit b):

*„Health, education, and social services, gambling and betting services, the collection, purification, and distribution of water, as set out in the EU’s schedule to Annex II, and audio-visual services.“*

Damit sind einige wesentliche Daseinsvorsorgebereiche vom Anwendungsbereich des Kapitels über innerstaatliche Regulierung ausgenommen, dies aber eben nur nach Maßgabe der jeweiligen Vorbehalte in Annex II. Die Vorbehalte für Gesundheit, Bildung und soziale Dienstleistungen sowie für die Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser in Annex II weisen jedoch – siehe dazu näher unten – einige Lücken auf und werfen dazu Auslegungsfragen auf (zB mit Bezug auf Mischfinanzierungen bzw auf den sozialen Wohnbau). Regelungsbereiche wie zB die Abwasser- und Abfallentsorgung fallen in keinen der ausdrücklich genannten Sektoren und sind damit nicht vom Anwendungsbereich des Kapitels ausgenommen. Die Ausnahme knüpft außerdem nur an Annex II-Ausnahmen der EU an: Weitergehende österreichische Annex II-Vorbehalte zu Gesundheit, Bildung und Soziales bewirken daher keine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kapitels über innerstaatliche Regulierung.

#### *b. Disziplinen*

CETA enthält eine Reihe von Anforderungen, denen Zulassungs- und Genehmigungsvoraussetzungen und -verfahren sowie Qualifikationserfordernisse und -verfahren gerecht werden müssen (Kap 14 Art X.2). Weitgehend handelt es sich dabei um rechtsstaatliche Mindestanforderungen – etwa die Hintanhaltung von Willkür (Abs 1); die Möglichkeit einer unabhängigen rechtlichen Kontrolle behördlicher Entscheidungen (Abs 6); oder das Verbot der Erhebung prohibitiv hoher Gebühren (Abs 8) – die insoweit kein besonderes Konfliktpotenzial aufweisen.

Einige Anforderungen sind hingegen – mit Blick auf die nationale Regelungsautonomie – durchaus konfliktrichtig:

Generell könnte die Verpflichtung, dass materielle Genehmigungskriterien und Vorgaben für Genehmigungsverfahren auf klaren, transparenten und objektiven Kriterien beruhen müssen (Kap 14 Art X.2 Abs 2), dort zu Konflikten führen, wo Entscheidungen auf Interessenabwägungen beruhen oder wo Entscheidungen unter Unsicherheit getroffen werden und mit Blick auf das Vorsorgeprinzip zB angesichts einer nicht hinreichend klaren wissenschaftlichen Risikoeinschätzung wirtschaftliche Aktivitäten im Zweifel untersagt oder beschränkt werden.

Als problematisch könnte sich auch die Bestimmung erweisen, die verlangt, dass Verfahren so einfach wie möglich zu gestalten sind. Die Regelung in Kap 14 Art X.2 Abs 7 lautet:

*„Each Party shall ensure that licensing and qualification procedures are as simple as possible and do not unduly complicate or delay the supply of a service or the pursuit of any other economic activity.“* [Hervorhebung hinzugefügt]

Zunächst ist zu betonen, dass sich diese Bestimmung im CETA nur auf das Verfahren, nicht aber auf die materiellen Zulassungs- und Genehmigungsvoraussetzungen oder die Qualifikationserfordernisse bezieht. Anders als etwa im GATS (Art VI:4 u 5 GATS) ist in diesem Zusammenhang nur von „*licensing and qualification procedures*“ die Rede. Die inhaltlichen Anforderungen an eine Genehmigung bleiben durch CETA (Kap 14 Art X.2 Abs 7) insoweit unberührt. Allerdings müssen die einschlägigen Verfahren so einfach wie möglich („*as simple as possible*“) ausgestaltet werden und dürfen die Erbringung der Dienstleistung oder Ausübung der sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit nicht übermäßig („*unduly*“) verkomplizieren oder verzögern. Wann ein Verfahren so einfach wie möglich ausgestaltet ist oder was im Einzelfall unter einer übermäßigen Verkomplizierung oder Verzögerung zu verstehen ist, ist denkbar unbestimmt und daher konfliktträchtig. In Österreich wurden – wie in der EU insgesamt – in den letzten Jahren im Interesse der Umweltvorsorge und des langfristigen, generationenübergreifenden Umweltschutzes verschiedenste Verfahren zur Prüfung der Natur- und Umweltverträglichkeit von Plänen und Projekten (zB Raumordnungspläne, Infrastrukturprojekte zB im Bereich Abfallwirtschaft, Energie oder Bergbau) eingeführt. Diese Verfahren sind mit Blick auf ihre Zielsetzungen aufwändig. Dazu kommt, dass in diesen Verfahren ebenso wie in einer Reihe von weiteren Umweltverfahren die Beteiligung der Öffentlichkeit deutlich ausgeweitet wurde und insbesondere Umwelt-NGOs Beteiligungs- und Klagerechte eingeräumt wurden. Die Ausgestaltung dieser Verfahren könnte durch die CETA-Verpflichtung (Kap 14 Art X.2 Abs 7) dahingehend unter Druck geraten, Verfahren möglichst wenig handelshemmend auszugestalten.<sup>134</sup> Verfahrensregelungen, die zu aufwändigen und vor allem langen Verfahren führen, könnten im Rahmen eines Staat-Staat-Schiedsverfahrens von Kanada mit dem Argument angegriffen werden, dass sie nicht so einfach wie möglich („*as simple as possible*“) ausgestaltet seien oder eine wirtschaftliche Tätigkeit übermäßig verzögerten.

Einige der hier angesprochenen Verfahrensbestimmungen, etwa jene zur Öffentlichkeitsbeteiligung, beruhen auf Verpflichtungen aus internationalen Umweltschutzabkommen (zB der sog Aarhus-Konvention). In einem speziellen Kapitel des CETA (Kap 25 *Trade and Environment*) unterstreichen die Mitgliedstaaten den Wert internationaler Umweltschutzabkommen, betonen das Bemühen, solche Abkommen effektiv umzusetzen und anerkennen das Recht, ein hohes Niveau der Umweltschutzgesetzgebung zu verfolgen. Diese Bekenntnisse leiden freilich unter dem Mangel, dass für ihre Durchsetzung spezielle institutionelle Arrangements bzw bloße Konsultationsmechanismen vorgesehen sind, während das Kapitel über innerstaatliche Regulierung dem allgemeinen und sanktionsbewehrtem Staat-Staat-Streitschlichtungsmechanismus des CETA unterworfen ist.<sup>135</sup> Die allgemeinen Rechtfertigungstatbestände des CETA für Maßnahmen im Interesse von Gesundheit, Umwelt- und Tier- und Pflanzenschutz und dem Schutz natürlicher Ressourcen (Kap 32 Art X.02) verweisen ihrerseits wiederum auf einen „Notwendigkeitstest“, über dessen Ausgang das CETA-Streitschlichtungstribunal entscheidet.

Mit Blick auf künftige Handelsabkommen wie zB TTIP wird das Konfliktpotenzial eines Kapitels zur innerstaatlichen Regulierung insbesondere danach zu beurteilen sein, welchen

---

<sup>134</sup> Siehe dazu auch im Zusammenhang mit Wasser im Naturzustand unten III.B.4.

<sup>135</sup> Siehe auch dazu unten III.B.4.

Anwendungsbereich diese Regelungen haben und ob sich die entsprechenden Disziplinen sowohl auf materielle Standards als auch auf Verfahrensregelungen beziehen.

## 7. Investitionsschutz

### a. Vorbemerkung

Kapitel 10 CETA enthält unter dem Titel *Investment* die zentralen Bestimmungen über Investitionen, Investitionsschutz und das in der Öffentlichkeit besonders intensiv diskutierte Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*).<sup>136</sup>

Kapitel 10 unterteilt sich in sechs Abschnitte und umfasst insgesamt 43 Artikel, drei Annexe, eine Erklärung sowie eine *Joint Declaration*. Abschnitt 1 enthält Bestimmungen zu *Scope and Definitions*, Abschnitt 2 zu *Establishment of Investments*, Abschnitt 3 zu *Non-Discriminatory Treatment*, Abschnitt 4 zu *Investment Protection*, Abschnitt 5 zu *Reservations and Exceptions* und Abschnitt 6 zu *Investor-State Dispute Settlement*.

Bestimmungen zum Thema Investitionen enthalten beispielsweise auch die Kapitel 15 Finanzdienstleistungen (*Financial Services*) oder Kapitel 32 Ausnahmebestimmungen (*Exceptions*).

Die Abschnitte des Investitionskapitels zur Niederlassung bzw. Tätigkeit von Investitionen (*Establishment of Investments*) und zur Nichtdiskriminierung (*Non-Discriminatory Treatment*) wurden bereits oben erörtert.<sup>137</sup> Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Investitionsschutzregime des CETA ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Wie jedoch schon in der Einleitung dargelegt, sind einige fokussierte Anmerkungen zum Investitionsschutz unumgänglich, wenn die Auswirkungen von CETA auf die Daseinsvorsorge geprüft und eingeschätzt werden sollen. Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen dabei im Folgenden die Bestimmungen zum Anwendungsbereich und zum (materiellen) Investitionsschutz.

### b. Anwendungsbereich und Definitionen

Abschnitt 1 regelt den Anwendungsbereich des Investitionskapitels und definiert zentrale Begriffe. Das Investitionskapitel ist grundsätzlich auf alle Maßnahmen anwendbar, die von einer Partei in ihrem Gebiet ergriffen, eingeführt oder aufrechterhalten werden und die sich insbesondere auf Investoren der anderen Partei oder erfasste Investitionen (*covered investments*) beziehen (Kap 10 Art X.1 Abs 1 CETA).

Entscheidend für die Reichweite des Investitionskapitels ist die Bedeutung der zentralen Begriffe der „Investition“, der „erfassten Investition“ und des „Investors“ (siehe die Definitionen in Kap 10 Art X.3).

---

<sup>136</sup> Statt vieler *P. Eberhardt et al*, Verkaufte Demokratie. Wie die CETA-Regeln zum Schutz von Investoren das Allgemeinwohl in Kanada und der EU bedrohen, AK et al (November 2014).

<sup>137</sup> S oben II.B.

CETA verwendet einen sogenannten kapitalbasierten Investitionsbegriff, der zu einem weiten Anwendungsbereich führt. Erfasst sind Vermögenswerte jeder Art, die direkt oder indirekt im Eigentum eines Investors stehen bzw von diesem kontrolliert werden und die typische Charakteristika einer Investition aufweisen. Dazu zählen etwa eine relative Dauer, der Einsatz von Kapital oder anderen Ressourcen, Profiterwartungen oder die Übernahme eines gewissen Risikos. Eine indikative Liste zählt mögliche Arten von Vermögenswerten auf, die als Investitionen in Frage kommen. Erfasst sind beispielsweise: Unternehmen als solche; Wertpapiere, Anteilsrechte oder andere Unternehmensbeteiligungen; Schuldverschreibungen; Anleihen; Kredite an ein Unternehmen; Ansprüche, die sich etwa aus Konzessionen, Bauaufträgen oder ähnlichen Verträgen ergeben; jede Form von beweglichem und unbeweglichem Eigentum; geistige Eigentumsrechte; vertragliche Leistungsansprüche etc (Kap 10 Art X.3).

Ein Blick auf die Definition des Unternehmensbegriffs in Kap 10 Art X.3 macht deutlich, dass auch öffentliche Unternehmen vom Investitionsbegriff erfasst sind. Aus Sicht der Daseinsvorsorge könnte dies unter anderem dann problematisch sein, wenn öffentliche Unternehmen als „Vergleichsmaßstab“ für die Nichtdiskriminierung herangezogen werden: Ein kanadischer Investor könnte so etwa einen Verstoß gegen die Inländerbehandlung geltend machen, wenn er findet, weniger günstig behandelt zu werden als ein öffentliches Unternehmen, das Dienstleistungen der Daseinsvorsorge erbringt.<sup>138</sup> Sollte ein Schiedsgericht eine entsprechende Verletzung feststellen, würde dies letztlich weitreichende Konsequenzen für Organisation und Finanzierung des entsprechenden Daseinsvorsorge-sektors nach sich ziehen.

Eine gewisse Begrenzung des weiten Investitionsbegriffs ergibt sich aus der Definition der „erfassten Investitionen“ (*covered investment*). Darunter sind insbesondere nur rechtmäßig getätigte Investitionen im Gebiet einer Vertragspartei zu verstehen.

Zum Begriff des Investors ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Investorenbegriff Akteure erfasst, die eine Investition beabsichtigen, tätigen oder getätigt haben. Damit wird deutlich, dass sich zwar das Investitionskapitel grundsätzlich sowohl auf die Phase des Marktzugangs (*pre-establishment*), als auch auf die Post-establishment-Phase erstreckt;<sup>139</sup> die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (ISDS) erstreckt sich jedoch nicht auf die *Pre-establishment*-Phase, sondern setzt erst mit der wirtschaftlichen Betätigung (*post establishment*) ein.<sup>140</sup>

Die Definition des Investorenbegriffs soll unter anderem verhindern, dass sich Briefkastenfirmen auf den Investitionsschutz und insbesondere auf die Bestimmungen zum ISDS berufen können. Dementsprechend sollen als Investoren unter anderem nur Unternehmen gelten, die im Gebiet „ihrer“ Vertragspartei „*substantial business activities*“

---

<sup>138</sup> Beispielsweise ging das Tribunal in *UPS v Canada*, Award on the Merits, vom 24.07.2007, *implizit* davon aus, dass das Staatsunternehmen „*Canada Post*“ eine Investition sei und somit grundsätzlich als Vergleichsmaßstab in Frage kommen könnte (vgl etwa Rz 173 ff). Im Ergebnis lehnte die Mehrheit der Schiedsrichter die Ansprüche, die UPS geltend machte, ab.

<sup>139</sup> Erfasst ist jeder Akteur „*that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party*“, CETA 2014, 150. Damit wird deutlich, dass sich Kapitel 10 grundsätzlich sowohl auf die *pre-establishment* Phase als auch auf die *post-establishment* Phase erstreckt. S dazu näher oben II.B.2.

<sup>140</sup> Zu den Schwierigkeiten der Grenzziehung siehe oben II.B.2.

entfalten. Was darunter zu verstehen ist, regelt CETA nicht näher und hängt damit letztlich von der Interpretation eines Schiedstribunals ab.<sup>141</sup> Die schützende Wirkung dieser Bestimmung ist damit insoweit beschränkt, als in der Schiedspraxis keine besonders hohen Anforderungen an *substantial business activities* gestellt werden.<sup>142</sup>

### c. Investitionsschutzstandards

Section 4 des CETA-Investitionskapitels enthält unter dem Titel *Investment Protection* unter anderem die zentralen materiellen Investitionsschutzstandards: das Gebot der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*, FET) und den Schutz vor direkter oder indirekter Enteignung.<sup>143</sup>

Die oftmals unbestimmte Formulierung beider Standards hat Schiedstribunalen in der Vergangenheit einen sehr weiten Auslegungs- und Beurteilungsspielraum eingeräumt. Lässt sich die Reichweite eines Standards aber nicht einigermaßen zuverlässig abschätzen, kann sich daraus eine unangemessene Beeinträchtigung der staatlichen Regelungshoheit ergeben.<sup>144</sup> Die mangelnde Vorhersehbarkeit könnte zu einer selbst auferlegten Zurückhaltung (sog „*regulatory chill*“) führen.<sup>145</sup> Investoren könnten auch versuchen, die staatliche Entscheidungsfindung und Regulierung durch Klagsdrohungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

Die CETA-Vertragsparteien haben versucht, Schwächen, die sich in der Vergangenheit im Bereich des Investitionsschutzes offenbart haben, punktuell zu beseitigen. So soll beispielsweise durch präzisere Definitionen der gerechten und billigen Behandlung oder der indirekten Enteignung der weite Interpretationsspielraum der Schiedstribunale eingedämmt werden.<sup>146</sup>

Vor diesem Hintergrund argumentiert nicht zuletzt die Europäische Kommission immer wieder, dass damit die anerkannten Mängel bestehender ISDS-Mechanismen im Kontext des CETA „behoben“ wurden. An der Wirksamkeit der vorgenommenen „Verbesserungen“ muss jedoch in mehrfacher Hinsicht gezweifelt werden. Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive sind insbesondere die folgenden Aspekte kritisch zu hinterfragen:

Ganz allgemein ist zu fragen, wie wirksam die Präzisierungen des FET-Standards sowie der indirekten Enteignung sind, die den Ermessensspielraum der Schiedsgerichte einschränken sollen. Damit hängt außerdem die Frage zusammen, wie wirksam der Import von materiellen Investitionsschutzstandards aus anderen Abkommen ausgeschlossen ist. Die Frage, wie wirksam die Anforderungen sind, die an die Tätigkeit eines Unternehmens gestellt werden (*substantial business activities*), um ein unerwünschtes „*forum shopping*“

---

<sup>141</sup> Vgl auch *Fritz*, Analyse und Bewertung (2015) 9.

<sup>142</sup> Vgl etwa im Rahmen des Energiecharta-Vertrags: *AMTO v Ukraine*, Award, 26.03.2008, §§ 68 f.

<sup>143</sup> CETA 2014, 158 ff.

<sup>144</sup> Vgl auch Europäische Kommission, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP (2014) PDF: S 8.

<sup>145</sup> Vgl etwa *P. Eberhardt*, Investment Protection at a Crossroads. The TTIP and the Future of International Investment Law, Friedrich Ebert Stiftung (Juli 2014) 7 f.

<sup>146</sup> S Europäische Kommission, Public consultation (2014) 6; krit etwa *Van Harten*, Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA, Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper No. 59 (2014) 5 f.

durch Briefkastenfirmen zu vermeiden, wurde oben bereits behandelt. Dazu zeigte sich, dass in der Praxis keine besonders hohen Anforderungen an das Vorliegen von *substantial business activities* geknüpft werden.

Zunächst zur Präzisierung des FET-Standards: Zur Veranschaulichung der Problematik kann auf die Entscheidung des NAFTA-Schiedstribunals in *Bilcon v Canada* verwiesen werden.<sup>147</sup> Die Entscheidung – es ging um eine Investorenklage aus Anlass der Nichterteilung einer Umweltverträglichkeitsprüfungsgenehmigung für ein Bergbauvorhaben – soll an dieser Stelle nicht vertieft behandelt oder bewertet werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist ein Aspekt hervorzuheben: die völlig unterschiedliche Beurteilung der Schiedsrichter, ob Kanada gegen die FET-Verpflichtung aus Art 1105 NAFTA verstoßen hat oder nicht. Dabei ist bemerkenswert, dass alle drei Schiedsrichter von derselben Formulierung des FET-Standards – wie in der Entscheidung *Waste Management*<sup>148</sup> präzisiert – ausgehen:

*„the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.“<sup>149</sup>*

Die Schiedsrichter sind sich auch einig, dass es sich dabei um eine „hohe Schwelle“ handelt, dh dass der FET-Standard einen relativ weiten Regelungsspielraum belässt.<sup>150</sup> Während die Mehrheit der Schiedsrichter auf dieser Grundlage eine Verletzung bejaht, kommt ein Schiedsrichter, *Donald McRae*, zu einem völlig anderen Ergebnis. Nicht nur, dass *McRae* im konkreten Fall eine Verletzung verneint. Nach seiner Ansicht bedeutet die getroffene Entscheidung letztlich, dass eine bloß potentielle innerstaatliche Rechtsverletzung *per se* eine Verletzung des FET-Standards darstellen würde.<sup>151</sup> Damit könnte jede (behauptete) innerstaatliche Rechtsverletzung vor einem Schiedstribunal geltend gemacht werden.

Unabhängig davon, welche Auffassung im Einzelfall zutreffen mag: Die Entscheidung verdeutlicht eindrucksvoll, dass auch eine präzisere, strengere Formulierung die enormen Interpretationsspielräume der Schiedsgerichte nicht wirksam beschränkt. Hinzu kommt, dass ein Schiedsgericht bei der Beurteilung der gerechten und billigen Behandlung im Rahmen des CETA auch die „legitimen Erwartungen“ eines Investors berücksichtigen kann (Kap 10 Art X.9 Abs 4). Diese können sich aus „*specific representations*“ seitens des Staates ergeben. Diese äußerst unbestimmte Formulierung erhöht die Unvorhersehbarkeit des FET-Standards.<sup>152</sup>

---

<sup>147</sup> *Bilcon v Canada*, Award on Jurisdiction and Liability, 17.03.2015. Es handelt sich dabei um ein Schiedsverfahren im Rahmen der NAFTA (Kapitel 11).

<sup>148</sup> *Waste Management Inc. v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004.

<sup>149</sup> *Ibid* § 98.

<sup>150</sup> *Bilcon v Canada*, Award on Jurisdiction and Liability, §§ 442 ff bzw *Bilcon v Canada*, Dissenting Opinion *Donald Mc Rae*, §§ 2, 32.

<sup>151</sup> *Bilcon v Canada*, Dissenting Opinion *Donald Mc Rae*, §§ 34 ff.

<sup>152</sup> Vgl etwa *Bernasconi-Osterwalder*, Reply to the European Commission’s Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), IISD Report (June 2014) 9; *P. Eberhardt et al*, Verkaufte Demokratie (2014) 14.

Ähnliches gilt auch für die sogenannte „indirekte Enteignung“, die in der Praxis den Hauptanwendungsfall von Enteignungen darstellt: Im CETA werden drei der Kriterien für eine rechtmäßige Enteignung in die Abgrenzung von indirekter Enteignung und zulässiger Regulierungsmaßnahme integriert (Kap 10 Art X.11 bzw Annex X.11 Abs 3): Eine **nicht-diskriminierende Maßnahme**, die der **Verfolgung legitimer staatlicher Ziele** dient und die unter **Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahren** zustande gekommen ist, wird **in der Regel** keine Entschädigungspflicht auslösen. Eine klare Abgrenzung ergibt sich daraus aber trotz aller Bemühungen nicht.<sup>153</sup> Was etwa legitime staatliche Ziele sind, entscheidet ein Schiedsgericht im Einzelfall.<sup>154</sup>

Im Zusammenhang mit öffentlichen Dienstleistungen liegt das Konfliktpotenzial von ISDS vor allem darin, dass staatliche Regulierungsmaßnahmen, die im öffentlichen Interesse getroffen werden, aus Sicht von Investoren als substantielle Minderung des Werts ihrer Investition betrachtet werden können. In solchen Konstellationen stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine (entschädigungslos zulässige) Ausübung des „*right to regulate*“ handelt oder ob dadurch in unzulässiger Weise in die Rechte eines Investors eingegriffen wird („*regulatory taking*“<sup>155</sup>).

### **Auswirkungen des Investitionsschutzkapitels auf Mietzinsobergrenzen bzw eine Mietpreisbremse?**

Eine Senkung der Mietzinsobergrenzen oder die Einführung einer Mietpreisbremse (nach deutschem Vorbild) können in Konflikt mit den Interessen kanadischer Investoren geraten, die derartige Regelungen als indirekte Enteignung werten könnten.<sup>156</sup> Wie erwähnt enthält das CETA detaillierte Vorgaben, wann von einer indirekten Enteignung auszugehen ist (Kap 10 Annex X.11). Zu beachten ist, dass nachteilige wirtschaftliche Auswirkungen allein nicht die Annahme einer indirekten Enteignung rechtfertigen. Es kommt darauf an, ob sich die fragliche Maßnahme wie eine direkte Enteignung auswirkt („*effect equivalent to direct expropriation*“). Die Grenze zum (entschädigungslos auszuübenden) staatlichen „*Right to regulate*“ ist im Einzelfall auf Grundlage einer faktenbasierten Untersuchung zu ziehen, wobei neben den wirtschaftlichen Auswirkungen etwa auch die Erwartungen des Investors und die Zielsetzung und Absicht des Normsetzers zu berücksichtigen sind. Nichtdiskriminierende Maßnahmen, die der Verfolgung legitimer öffentlicher Ziele dienen, stellen in der Regel keine indirekten Enteignungen dar, wenn nicht ein exzessives Missverhältnis zwischen dem Regelungszweck und den Auswirkungen der Maßnahme besteht. Ob ein Schiedstribunal die Senkung von Wohnkosten als legitimes öffentliches Ziel beurteilen würde, ist fraglich. Vor dem Hintergrund bestehender Unsicherheiten könnte ein Investor gegebenenfalls versuchen, durch die Androhung einer Klage bereits im Rechtsetzungsprozess Druck auszuüben, um die Einführung einer Maßnahme wie einer Mietzinsobergrenze zu verhindern (*regulatory chill*).

<sup>153</sup> UNCTAD, Expropriation. A Sequel (2012) 91: „*The challenge is old but still unsettled*“.

<sup>154</sup> Jene Kriterien, die zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer direkten Enteignung herangezogen werden (*public purpose, due process, non-discrimination*), werden auch bei der Abgrenzung von zulässigen Regulierungsmaßnahmen und indirekten Enteignungen herangezogen, vgl UNCTAD, Expropriation. A Sequel (2012) 95.

<sup>155</sup> Vgl *Krajewski*, Investment Law and Public Services, in Bungenberg et al (Hrsg), International Investment Law – A Handbook (2015), Rz 21.

<sup>156</sup> Vgl oben II.B.7.c.

Zum Kapitel Subventionen wurde bereits ausgeführt, dass die Gewährung von öffentlichen Zuwendungen im CETA zwar vom Grundsatz der Inländerbehandlung ausgenommen ist, dass CETA für die Frage der Gewährung von staatlichen Beihilfen dennoch nicht folgenlos ist. Das Konfliktpotenzial von ISDS liegt auch im Zusammenhang mit öffentlichen Zuwendungen vor allem darin, dass Änderungen der Zuwendungspraxis oder des rechtlichen Rahmens aus der Sicht von ausländischen Investoren als Verletzung des FET-Standards oder als entschädigungspflichtige indirekte Enteignung angesehen und Klagen ergriffen werden könnten.

Gerade für die adäquate und bedürfnisorientierte Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen kann es notwendig sein, im öffentlichen Interesse auf geänderte Rahmenbedingungen zu reagieren und zB Förderrahmen zu verändern oder neue Qualitätsstandards für die Leistungserbringung einzuführen.

Denkbar wäre etwa folgende Konstellation: Ein Bundesland hat die Wohnbauförderung so gestaltet, dass nur gemeinnützige Bauvereinigungen Wohnbauförderungen beziehen können. Dass ein kanadischer (nicht gemeinnütziger) Investor diese Subvention nicht erhält, kann von diesem nicht als Verletzung der Inländerbehandlung geltend gemacht werden. Wenn das Land die Wohnbauförderrichtlinien jedoch ändert und gemeinnützig Bauvereinigungen höhere Zuwendungen gewährt, könnte ein kanadischer Investor, der behauptet, dadurch einen Schaden zu erleiden, jedoch eine Verletzung von Investitionsschutzstandards (FET, indirekte Enteignung) geltend machen und vor einem ISDS-Tribunal klagen.

Zuletzt ist in diesem Zusammenhang auch der Frage nachzugehen, ob der Import von materiellen Investitionsschutzstandards aus anderen Abkommen in CETA wirksam ausgeschlossen ist.<sup>157</sup>

In der Literatur wurde auf die Meistbegünstigungsklausel als mögliche Schwachstelle im CETA-Investitionskapitel hingewiesen.<sup>158</sup> Auf der Grundlage des Kap 10 Art X.7 Abs 4 ist zwar ein Import von (aus Investorensicht) günstigeren ISDS-Verfahrensbestimmungen ausgeschlossen; ein Import günstigerer *materieller* Standards ist jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern davon abhängig, ob die fragliche Vertragspartei im Zusammenhang mit derartigen Verpflichtungen *Maßnahmen* gesetzt hat.<sup>159</sup> Der Begriff der Maßnahme ist dabei weit zu verstehen und erfasst gem Kap 10 Art X.3 neben Gesetzen und Verordnungen etwa auch Entscheidungen, Verwaltungshandeln „oder jede andere Form einer Maßnahme einer Vertragspartei“.<sup>160</sup> Inwiefern sich aus Kap 10 Art X.7 Abs 4 eine wirksame Beschränkung eines Imports von Schutzstandards aus anderen Abkommen ergibt, bleibt angesichts dieser wenig aussagekräftigen Regelung weitgehend unklar.

Vor diesem Hintergrund überrascht es auch, dass die CETA-Vertragsparteien die Wirkung des Meistbegünstigungsgrundsatzes nicht wenigstens auf zukünftige Abkommen beschränkt

---

<sup>157</sup> S dazu auch schon oben II.B.2.

<sup>158</sup> *Tzanakopoulos* JWIT 2014, 501 f; *Van Harten*, Comments (2014) 10 f, 20.

<sup>159</sup> Kap 10 Art X.7 Abs 4: „[...] *absent measures adopted by a Party pursuant to such obligations*“.

<sup>160</sup> CETA 2014, 150.

haben, wie dies etwa im kanadischen *Model BIT* 2004 vorgesehen ist.<sup>161</sup> Dabei wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass das Fehlen einer derartigen Bestimmung für die EU eine weit größere Gefahr darstellen dürfte als für Kanada, da zahlreiche BITs der Mitgliedstaaten weite, unqualifizierte Standards normieren, die dann über die Meistbegünstigungsklausel auch „importiert“ werden können.<sup>162</sup> Könnten sich kanadische Investoren auf diesem Weg auf einen „günstigeren“ – weil weniger restriktiven – FET- oder Enteignungs-Standard berufen, würden die diesbezüglichen Präzisierungsbemühungen im CETA ins Leere laufen.<sup>163</sup>

## 8. Das sogenannte „*Right to regulate*“

Eigentlich ist es eine Selbstverständlichkeit, dass souveränen Staaten in ihrem Hoheitsgebiet das Recht zukommt, im öffentlichen Interesse regulierend tätig zu werden. Wie aus einer Stellungnahme der Europäischen Kommission zum CETA-Verhandlungsergebnis hervorgeht, betrachten sowohl die EU als auch Kanada dieses Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse innerhalb ihrer Hoheitsgebiete „als ein wesentliches Grundprinzip des Abkommens“.<sup>164</sup> Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten in der Daseinsvorsorge auch durch das in CETA verankerte „*Right to regulate*“ abgesichert. Dem stehen in der öffentlichen Diskussion Befürchtungen gegenüber, dass kanadische Investoren bzw in Kanada niedergelassene Investoren mit substanzieller Geschäftstätigkeit in Kanada zB gegen Umweltschutzstandards vorgehen und diese aushebeln können.

Aus einer rechtlichen Perspektive ist zu differenzieren: Einerseits wird der Begriff des „*Right to regulate*“ an mehreren Stellen im CETA verwendet; andererseits kann das „*Right to regulate*“ unabhängig davon gewissermaßen als Kehrseite der materiellen Investitionsschutzstandards verstanden werden. Letzteres zeigt deutlich den defensiven Charakter eines so verstandenen staatlichen Rechts auf Regulierung: denn dieses Recht reicht nur so weit, wie es die Spruchpraxis der ISDS-Tribunale zulässt. Mit dem Anspruch auf gerechte und billige Behandlung (FET) und dem Gebot zur Entschädigung indirekter Enteignungen stehen diesem „Recht“ des Staates zwei wichtige Schutzstandards für Investoren gegenüber, die durch die Spruchpraxis der ISDS-Schiedsgerichte zu einem ausgesprochen durchschlagskräftigen Instrument entwickelt wurden.<sup>165</sup>

Aber auch die positivrechtliche Verankerung des „*Right to regulate*“ hält nicht, was man sich davon verspricht: Zunächst nehmen die Vertragsparteien in der – rechtlich nicht bindenden – Präambel zu CETA auf das „*Right to regulate*“ Bezug.<sup>166</sup> Weiters wird das „*Right to*

---

<sup>161</sup> Vgl Art 9 Abs 3 iVm Annex III Abs 1 Model BIT 2004, verfügbar unter <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.

<sup>162</sup> Vgl Tzanakopoulos JWIT 2014, 501 f, der betont, dass insb die älteren BITs der EU-Mitgliedstaaten weite, unqualifizierte Behandlungsstandards enthalten.

<sup>163</sup> Tzanakopoulos JWIT 2014, 502 bringt das auf den Punkt: „*In any event, the omission of a limitation of retroactive MFN application risks unravelling whatever attempt at modernization [...] the parties thought they had achieved in the CETA investment chapter*“.

<sup>164</sup> Europäische Kommission, Verhandlungsergebnisse (2014) 1.

<sup>165</sup> S dazu oben II.B.7.c.

<sup>166</sup> „*RECOGNIZING that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public*

*regulate*“ in speziellen Vertragskapiteln zu „Handel und Arbeit“ oder „Handel und Umwelt“ verankert (Kap 24 Art 2 bzw Kap 25 Art X.4); gerade im Investitionskapitel, wo eine entsprechende Klarstellung besonders wichtig erschiene, ist das „*Right to regulate*“ hingegen nicht explizit verankert.<sup>167</sup> Damit ist etwa bei der Prüfung einer potentiellen Verletzung des FET-Standards keine Interessenabwägung zwischen dem staatlichen „*Right to regulate*“ und den „legitimen Erwartungen“ nötig. Dass das „*Right to regulate*“ durch die beabsichtigte Präzisierung der materiellen Investitionsschutzstandards wesentlich gestärkt worden sei,<sup>168</sup> trifft im Ergebnis nicht zu, weil und soweit keine effektive Präzisierung erfolgt ist.<sup>169</sup>

### C. Fazit

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass CETA neben Marktzugangs- und Nichtdiskriminierungsfragen eine Vielzahl weiterer Bereiche tangiert, die für die Organisation, Erbringung und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen von großer Bedeutung sind. Dabei wurde auch gezeigt, dass die Regelungsdichte bzw -tiefe in den verschiedenen Bereichen stark divergiert. CETA enthält ähnlich wie das GATS Bestimmungen hinsichtlich der verschiedenen Erbringungsarten des Dienstleistungshandels, geht jedoch in vielen Bereichen über das GATS hinaus („GATS-plus“-Abkommen). Hinzu kommt, dass CETA umfangreiche (materielle und verfahrensrechtliche) Bestimmungen zum Investitionsschutz enthält. Diesbezüglich wurde gezeigt, dass durch die punktuellen Verbesserungen, die die Vertragsparteien in puncto Investitionsschutz vorgenommen haben, keineswegs sämtliche Kritikpunkte ausgeräumt wurden. Zunächst dürfte die Wirksamkeit einiger dieser „Verbesserungen“ zum Teil deutlich überschätzt werden – etwa was die Präzisierung des FET-Standards oder die Vermeidung von Investorenklagen durch Briefkastenfirmen angeht. Dass selbst aus Sicht der Europäischen Kommission immer noch ein großer Verbesserungsbedarf besteht, verdeutlicht die Position, die die EU Kommission mittlerweile im Rahmen des TTIP vertritt. Das von der EU-Handelskommissarin *Cecilia Malmström* vorgelegte Konzeptpapier „*Investment in TTIP and beyond – the path for reform*“<sup>170</sup> hebt unter anderem die zentrale Bedeutung der Etablierung einer Rechtsmittelinstanz hervor.

An den hier geäußerten Kritikpunkten ändern diese Vorschläge zu TTIP im Ergebnis kaum etwas. Dennoch drängt sich in diesem Zusammenhang natürlich die Frage auf, weshalb im Rahmen des CETA – wenn überhaupt – ein schlechteres Investitionsschutzregime verankert werden sollte. In diesem Zusammenhang ist nochmals hervorzuheben, dass die CETA-Verhandlungspartner die Verhandlungen zwar für abgeschlossen erklärt haben; rechtliche Schritte im Sinn einer Paraphierung, Unterzeichnung oder gar Ratifikation sind bislang jedoch nicht erfolgt. Die mehr oder weniger gleichzeitige Verankerung unterschiedlicher Investorenschutzregimes erscheint vor diesem Hintergrund weder rechtlich unumgänglich

---

*health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity*“, CETA 2014, 6. [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>167</sup> Vgl auch *P. Fuchs*, Investment, in *Sinclair et al* (Hrsg), Making Sense of the CETA (2014) 13 (15).

<sup>168</sup> So etwa *Dederer*, Neujustierung der Balance von Investorenschutz und „right to regulate“ (Verfassungsblog, 16.04.2014).

<sup>169</sup> S dazu oben II.B.7.c.

<sup>170</sup> S <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF)> [30.06.2015].

noch sachlich sinnvoll. Vielmehr drängt sich die Frage auf, ob dadurch nicht letztlich die Bemühungen im Rahmen des TTIP konterkariert werden, da es für US-amerikanische Unternehmen relativ leicht sein dürfte, eine Niederlassung in Kanada zu gründen und sich damit auf die Investitionsschutzbestimmungen des CETA zu berufen.

### III. Ausnahmen und Begrenzungen

#### A. Vorbemerkung

Nachdem in Abschnitt II. zentrale Regelungsbereiche und Wirkmechanismen des CETA untersucht wurden, soll in Abschnitt III. der Umfang der tatsächlich übernommenen Verpflichtungen bzw der normierten Vorbehalte und Ausnahmen ausgelotet werden. Vorweg ist festzuhalten, dass das CETA **keine generelle Ausnahme für öffentliche Dienstleistungen** bzw Dienstleistungen der Daseinsvorsorge enthält.

Abschnitt III. ist wie folgt aufgebaut: Zunächst soll eine Reihe eher heterogener Ausnahmebestimmungen untersucht werden, die sich in unterschiedlichen Kapiteln des CETA finden (B.). Danach wird der in CETA erstmals von der EU verfolgte Negativlistenansatz näher analysiert (C.), der für die Regel-Ausnahme-Struktur der Vorbehalte („*reservations*“) der Vertragsparteien entscheidend ist. Sodann wird die Struktur der Verpflichtungslisten näher erläutert und näher auf das Verhältnis zu den Verpflichtungen im GATS eingegangen (D.); im Anschluss werden die daseinsvorsorgerelevanten Vorbehalte näher untersucht, die die EU und Österreich verankert haben (E.-G.). Bei der Untersuchung der Ausnahmen und Vorbehalte wird soweit tunlich auf einen von *Krajewski* entwickelten Analyserahmen zurückgegriffen, mit dem Vorbehalte bzw Ausnahmebestimmungen hinsichtlich öffentlicher Dienstleistungen in Handelsabkommen in zweifacher Hinsicht bewertet werden können.<sup>171</sup> Der erste Aspekt betrifft den gegenständlichen Geltungsbereich (welche Dienstleistungen bzw Tätigkeiten sind von dem Vorbehalt bzw der Ausnahme erfasst?); der zweite Aspekt betrifft das Schutzniveau (von welchen Verpflichtungen werden die jeweiligen Dienstleistungen bzw Tätigkeiten ausgenommen; beziehen sich Vorbehalte und Ausnahmen auf einzelne Bestimmungen, ganze Kapitel oder gar das gesamte Abkommen?).

#### B. Ausnahmebestimmungen in einzelnen Vertragskapiteln

Sowohl das Investitions-Kapitel als auch die Kapitel zum grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel und zu Finanzdienstleistungen statuieren eingangs eine Reihe von Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des *jeweiligen* Kapitels. Solche Ausnahmen gelten grundsätzlich für die EU und ihre Mitgliedstaaten sowie Kanada in gleicher Weise; sie können – wie im Bereich der audiovisuellen Dienstleistungen bzw *cultural industries* – aber auch für jede Vertragspartei spezifisch ausgestaltet sein.<sup>172</sup> Eine weitere Ausnahme ist in Kapitel 2 (*Initial Provisions and General Definitions*) enthalten. In der Folge sollen die relevanten Ausnahmen dargestellt werden.

---

<sup>171</sup> Vgl etwa *Krajewski*, Public Services in Bilateral Free Trade Agreements of the EU (2011) 22 ff.

<sup>172</sup> Vgl *Krajewski/Kynast*, Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen (1.10.2014) 16.

## 1. Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt

Im Hinblick auf Dienstleistungen der Daseinsvorsorge ist zunächst auf die Ausnahme für Dienstleistungen einzugehen, die mit der Ausübung von hoheitlicher Gewalt bzw. „*governmental authority*“ in Verbindung stehen. Darunter sind im CETA Aktivitäten bzw. Dienstleistungen zu verstehen, die weder zu kommerziellen Zwecken<sup>173</sup> noch im Wettbewerb<sup>174</sup> mit einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern bzw. Dienstleistungserbringern ausgeübt bzw. erbracht werden.<sup>175</sup>

Das GATS enthält eine ganz ähnliche Klausel.<sup>176</sup> Im Unterschied zum GATS sind die entsprechenden Dienstleistungen bzw. Aktivitäten im CETA aber nicht generell von sämtlichen Verpflichtungen ausgenommen. Hinsichtlich der Klauseln im CETA ist vielmehr zu unterscheiden: Im Rahmen des Investitions-Kapitels erstreckt sich die Ausnahme auf die Bestimmungen des Abschnitts 2 (*Establishment of Investments*) und Abschnitts 3 (*Non-Discriminatory Treatment*), soweit letzterer sich auf den Marktzugang bezieht. Das Kapitel zum grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr findet hingegen überhaupt keine Anwendung auf Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden (Kap 11 Art X-01 Abs 2 lit a).

Die Reichweite der Ausnahmeklauseln für Aktivitäten in Ausübung hoheitlicher Gewalt ist nicht abschließend geklärt. Die entsprechende Ausnahme im GATS war bis dato nie Gegenstand eines Streitschlichtungsverfahrens im Rahmen der WTO. Auch in einschlägigen Publikationen der WTO sowie in der Literatur besteht über weite Strecken keine Einigkeit hinsichtlich der Auslegung der Ausnahme. Es ist daher nach wie vor ungewiss, ob und inwieweit beispielsweise Umwelt-, Bildungs- oder Gesundheitsdienstleistungen von dieser Ausnahme erfasst sein können.<sup>177</sup> Die wohl herrschende Meinung vertritt eine restriktive Auslegung.<sup>178</sup> Demnach fallen im Ergebnis nur Aktivitäten im **Kernbereich der staatlichen Souveränität** in den Anwendungsbereich der Ausnahme.

Wie in der Folge gezeigt wird, sollte die Bedeutung der Ausnahme für den Bereich der Daseinsvorsorge nicht überschätzt werden. Dies umso mehr, als die Bedeutung beider Kriterien im Kontext des CETA – so wie im Kontext des GATS – unklar bleibt.

---

<sup>173</sup> Vgl. dazu etwa *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 2003, 341 (351); *Marchetti/Mavroidis*, What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution, EBOR 2004, 511 (530); *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in Curtis/Ciuriak (eds) Trade Policy Research (2004) 303 (395 ff); *Leroux*, What is a "Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority" under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?, Journal of World Trade 2006, 345 (349 ff).

<sup>174</sup> Vgl. dazu etwa *Krajewski*, JIEL 2003, 352 f; *Marchetti/Mavroidis*, EBOR 2004, 531 ff. Zum Konzept der *one-way-competition* vgl. *VanDuzer* in Curtis/Ciuriak (2004) 411 f.

<sup>175</sup> Kap 10 Art X.3 CETA; Kap 11 Art X-08 CETA.

<sup>176</sup> Gem. Art I:3 (b) sind „*services supplied in the exercise of governmental authority*“ vom Geltungsbereich des GATS ausgenommen. Darunter sind gemäß Art I:3 (c) Dienstleistungen zu verstehen, die „*neither on a commercial basis nor in competition with one or more service suppliers*“ erbracht werden.

<sup>177</sup> Vgl. *Howse/Türk*, The WTO negotiations on services: The regulatory state up for grabs, Canada Watch 2002 (9:1-2) 3 (3).

<sup>178</sup> *Krajewski/Kynast*, Auswirkungen (2014) 20.

### a. Erbringung zu kommerziellen Zwecken

Zum Teil wird der Begriff „zu kommerziellen Zwecken“ mit Gewinnorientierung gleichgesetzt. Zum Teil wird vertreten, dass die Erhebung einer gewissen Gebühr oder Abgabe nicht automatisch bedeutet, dass eine Leistung zu kommerziellen Zwecken erbracht wird. Entscheidend sei vielmehr, ob durch die entsprechende Abgaben- oder Gebührenfinanzierung ein Ertrags- oder Kostendeckungsziel verfolgt werde.<sup>179</sup> Die Auffassung, wonach selbst bei bloß kostendeckenden Gebühren von einer Erbringung zu kommerziellen Zwecken auszugehen ist, würde jedenfalls zu einem sehr eingeschränkten Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel führen. Damit käme dieser hinsichtlich zahlreicher Daseinsvorsorgebereiche praktisch keine Schutzwirkung zu.<sup>180</sup>

#### **Beispiel: Gebührenfinanzierte Abwasserentsorgung**

Die Stadt Wien wird als Gemeinde ermächtigt, für die Einleitung von Abwasser in die öffentlichen Kanäle Gebühren zu erheben (§ 15 Abs 3 Z 4 FAG 2008). Dabei darf der mutmaßliche Jahresertrag dieser Gebühren das doppelte Jahreserfordernis für die Erhaltung und den Betrieb sowie für die Verzinsung und Tilgung der Errichtungskosten unter Berücksichtigung einer entsprechenden Lebensdauer nicht überschreiten („doppeltes Äquivalenzprinzip“). Ein entsprechendes Gebührenmodell geht über einen bloßen Beitrag zur Kostendeckung hinaus. Entsprechend würde es sich nach der erläuterten restriktiven Sichtweise jedenfalls um eine Leistungserbringung zu kommerziellen Zwecken handeln.

### b. Erbringung im Wettbewerb

Die reine Koexistenz staatlicher und privater Dienstleistungserbringer genügt nicht, um automatisch von einer *Erbringung im Wettbewerb* auszugehen, da die Ausnahmeklausel ansonsten weitgehend leer liefe.<sup>181</sup>

Entscheidend ist vielmehr die Bestimmung des jeweils relevanten Marktes. Auf die Gleichartigkeit der betreffenden Leistungen kommt es dabei nicht unbedingt an.<sup>182</sup> Auf dem jeweils relevanten Markt können ungleiche Leistungen im Wettbewerb stehen (Bus und Bahn); ebenso können auf den ersten Blick betrachtet gleiche Leistungen letztlich jedoch auf unterschiedlichen Märkten erbracht werden (öffentliche und private Schulen).<sup>183</sup> Bei der Bestimmung des relevanten Marktes kann nach sachlichen und geografischen Aspekten differenziert werden. Bestehen beispielsweise in einem bestimmten Sektor

---

<sup>179</sup> *Adlung*, Öffentliche Dienstleistungen und GATS, in Ehlers/Wolffgang/Lechleitner (Hrsg), Rechtsfragen des internationalen Dienstleistungsverkehrs (2006) 49 (60 f). *Adlung*, Trade in Healthcare (2009), 7 stellt die Frage „[...] what is the status of ambulance services that are provided on a cost-recovery basis by a municipal entity? Are these commercial transactions, despite the absence of profit-seeking intentions?“ und kommt zum Ergebnis: „Possibly yes“.

<sup>180</sup> Vgl etwa *Leroux*, JWT 2006, 354; *Arena*, The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from EU Supranational Dialectic, JWT 2011, 489 (502).

<sup>181</sup> Zur schwankenden Auslegung selbst innerhalb der WTO etwa *Klamert*, Services Liberalization (2014) 256.

<sup>182</sup> *Krajewski*, JIEL 2003, 352 f; *Marchetti/Mavroidis*, EBOR 2004, 531 ff.

<sup>183</sup> *Adlung* in Ehlers/Wolffgang/Lechleitner (2006) 62; *Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009) 82 f.

Gebietsmonopole, ist grundsätzlich nicht von einer Leistungserbringung im Wettbewerb auszugehen.<sup>184</sup> Ausreichend dürfte hingegen sein, wenn es zwar keinen Wettbewerb *im Markt*, aber zumindest einen Wettbewerb *um den Markt* gibt.<sup>185</sup>

### c. Fazit

Die Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt wird durch die Voraussetzungen, dass diese weder „zu kommerziellen Zwecken“ noch „im Wettbewerb“ erbracht werden, nur unzureichend präzisiert. Im Ergebnis bleibt insbesondere unklar, welches marktliche Umfeld und wie viel Wettbewerb maßgeblich dafür sind, dass eine Dienstleistung nicht mehr unter diese Ausnahme fällt. Vor dem Hintergrund der bestehenden Unsicherheiten stellt die Klausel keine zuverlässige und belastbare Ausnahme für zentrale öffentliche Dienstleistungen, wie zB Bildungs- und Gesundheitsdienstleistungen, dar. Mit hinreichender Gewissheit lässt sich nur sagen, dass hoheitliche Kerntätigkeiten wie zB Polizei, Militär und Strafjustiz als Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt anzusehen sind. Im Zusammenhang mit dem Gros der hier interessierenden öffentlichen Dienstleistungen sollte die Bedeutung der Bestimmung hingegen nicht überschätzt werden.

## 2. Sozialversicherung / Pensionskassen

Eine ähnliche Ausnahme enthält auch das Kapitel über Finanzdienstleistungen. Diese unterscheidet sich jedoch auch in einem wesentlichen Punkt von der allgemeinen Ausnahme für Aktivitäten in Ausübung hoheitlicher Gewalt: Maßnahmen hinsichtlich der gesetzlichen Sozialversicherung sowie der öffentlichen Pensionskassen<sup>186</sup> sind *grundsätzlich* vom Anwendungsbereich des Kapitels über Finanzdienstleistungen ausgenommen. Sofern jedoch eine Vertragspartei die Erbringung der jeweiligen Leistungen durch ihre Finanzinstitutionen im Wettbewerb mit anderen zulässt,<sup>187</sup> gilt die Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kapitels 15 nicht (Kap 15 Art 1 Abs 5 lit a).<sup>188</sup>

Ob die Ausnahme im Bereich der Finanzdienstleistungen greift, hängt also allein vom Wettbewerbskriterium ab. Es kommt hingegen nicht darauf an, ob die (Versicherungs-) Leistungen zu kommerziellen Zwecken erbracht werden.

Deutschland hat mit Blick auf die Besonderheiten des deutschen Sozialversicherungssystems eine spezifische Annex II-Ausnahme statuiert, weil das deutsche System Wettbewerbselemente enthält und daher nicht zur Gänze unter den Begriff „*services carried out exclusively in the exercise of governmental authority*“ fallen dürfte.<sup>189</sup> Das österreichische gesetzliche Sozialversicherungssystem (Kranken- und Unfallversicherung) ist hingegen von der Ausnahme in Kapitel 15 erfasst. Deshalb hat Österreich auch keinen

---

<sup>184</sup> VanDuzer in Curtis/Ciuriak (2004) 405.

<sup>185</sup> So auch VanDuzer in Curtis/Ciuriak (2004) 406.

<sup>186</sup> Die vorliegende englische Fassung spricht von „*activities or services forming part of a public retirement plan or statutory system of social security*“.

<sup>187</sup> Die Passage lautet: „*by its financial institutions in competition with a public entity or a financial institution*“, CETA 2014, 251.

<sup>188</sup> Das GATS enthält eine weitgehend vergleichbare Ausnahme im Annex on Financial Services unter Punkt 1 lit b und lit c. Vgl dazu etwa Adlung, Trade in Healthcare (2009), 7 f.

<sup>189</sup> CETA 2014, 1574 f.

entsprechenden zusätzlichen Vorbehalt normiert. Der Unterschied besteht insb darin, dass in Österreich das System der Pflichtversicherung gilt, während in Deutschland eine Versicherungspflicht gilt. Damit steht die gesetzliche Sozialversicherung in Deutschland zumindest teilweise im Wettbewerb mit privaten Anbietern. In Österreich können die Versicherten eine private Krankenversicherung hingegen nur zusätzlich, aber nicht anstatt der gesetzlichen Krankenversicherung wählen, weshalb kein Wettbewerbsverhältnis besteht.<sup>190</sup> Sollte das Sozialversicherungssystem auch in Österreich von der Pflichtversicherung hin zu einem System der Versicherungspflicht umgestaltet werden, fehlte es hier an einer entsprechenden Ausnahme.

### 3. Audiovisuelle Dienstleistungen

Wie bereits eingangs erwähnt, können Ausnahmen auch spezifisch für einzelne Vertragsparteien ausgestaltet sein. Dies trifft im Kontext des CETA insb für die Bereiche Kultur und audiovisuelle Dienstleistungen zu. Die Ausnahme für audiovisuelle Dienstleistungen gilt nur für die EU und ihre Mitgliedstaaten; demgegenüber gilt die (weitere!) Ausnahme für *cultural industries* nur für Kanada (Kap 10 Art X.1 Abs 3 UAbs 2). Dabei handelt es sich keineswegs um eine bloß semantische Abweichung.<sup>191</sup> Beide Formulierungen umfassen zwar etwa die Produktion und Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen. *Cultural industries* gehen aber über den Bereich der audiovisuellen Dienstleistungen hinaus und umfassen zudem etwa die Herstellung und Verbreitung von Musik sowie den Printsektor, also die Publikation und den Vertrieb von Büchern, Magazinen oder Zeitungen.<sup>192</sup>

Im Rahmen des Investitionskapitels besteht für Maßnahmen hinsichtlich audiovisueller Dienstleistungen eine Ausnahme von Abschnitt 2 (*Establishment of Investments*) und Abschnitt 3 (*Non-Discriminatory Treatment*); hingegen besteht keine Ausnahme von den Investitionsschutzbestimmungen (Kap 10 Art X.1 Abs 3 UAbs 1). Die Bestimmungen des Kapitels über grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr sind gem Kap 11 Art X-01 Abs 2 lit a zur Gänze nicht auf Maßnahmen anwendbar, die audiovisuelle Dienstleistungen betreffen. Weiters unterliegen audiovisuelle Dienstleistungen weder den Bestimmungen hinsichtlich Subventionen<sup>193</sup> noch den Bestimmungen des Kapitels über innerstaatliche Regulierung.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> S dazu etwa *Raza*, GATS – Implikationen der Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen auf Gesundheits- und soziale Dienste (2004) 3.

<sup>191</sup> Vgl dazu *Vranes*, TTIP und Kultur – Rechtliche Grundfragen (2015); *Dederer*, TTIP und Kultur. Effektive Sicherung staatlicher Regulierung zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt im geplanten Freihandelsabkommen EU-USA, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Februar 2015).

<sup>192</sup> Vgl die Definition in Kap 32 Art X.01.

<sup>193</sup> Vgl Kap 9 Art x7 CETA.

<sup>194</sup> Vgl Kap 14 Art X.1 Abs 2 lit b UAbs 2 CETA. Dazu ausf *Dederer*, TTIP und Kultur (2015); *Vranes*, Grundfragen (2015).

#### 4. Rechte und Verpflichtungen in Bezug auf Wasser im Naturzustand

Das CETA enthält in Kapitel 2 (*Initial Provisions and General Definitions*) eine Ausnahme für Wasser im Naturzustand, dh insb das Wasser in Seen, Flüssen, Stauseen oder in einem Grundwasserleiter (*aquifer*) (Kap 2 Art X.08).<sup>195</sup>

Die Parteien anerkennen, dass Wasser im Naturzustand keine Ware bzw kein Produkt darstellt und somit nicht den Bestimmungen des Abkommens unterliegt (Kap 2 Art X.08 Abs 1). Diese Klarstellung stellt primär ein politisches Bekenntnis dar, der rechtliche Gehalt scheint mit Blick auf die Rahmenbedingungen der Daseinsvorsorge marginal: Die Parteien haben das Recht, ihre natürlichen Wasserressourcen zu schützen und zu erhalten. CETA verpflichtet die Parteien nicht dazu, eine kommerzielle Nutzung von Wasservorkommen, einschließlich der Gewinnung, Entnahme oder Umleitung in großen Mengen zu Exportzwecken, zu gestatten.<sup>196</sup> Wenn eine Partei die kommerzielle Nutzung einer spezifischen Wasserquelle gestattet, hat sie dies jedoch in einer mit CETA konsistenten Art und Weise zu tun.<sup>197</sup> Wasser in Leitungen sowie Abwasser können zudem nicht als Wasser im Naturzustand betrachtet werden, weshalb die Bestimmung des Kap 2 Art X.08 für die Bereiche der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung keine zentrale Bedeutung haben wird. Diese Bereiche werden jedoch zum Teil von anderen Bestimmungen im CETA erfasst.<sup>198</sup>

Auf Wasser im Naturzustand sind lediglich die Kapitel über „Nachhaltige Entwicklung“ (Kap 23) sowie „Handel und Umwelt“ (Kap 25) anzuwenden. Diese Kapitel unterstreichen jeweils die Bedeutung globaler umweltpolitischer Ziele, Grundsätze und Verträge; sie werden von der Kommission oft als entscheidende Verbesserung gegenüber früheren Handelsabkommen hervorgehoben. Dies ist freilich deutlich zu relativieren:

Zunächst ist hervorzuheben, dass das CETA-Nachhaltigkeitskapitel sowie die Kapitel über Arbeit und Umwelt nicht dem allgemeinen Streitbeilegungsmechanismus des CETA unterliegen, sondern nur spezielle institutionelle Arrangements bzw Konsultationsmechanismen enthalten.<sup>199</sup> Dass ausgerechnet in diesen Bereichen nur eine spezielle *Soft-law*-Konstruktion gewählt wird, ist problematisch: Eine Sanktionierbarkeit von Verstößen gegen die Arbeits- oder Umweltstandards, auf die in den jeweiligen Kapiteln Bezug genommen wird, ist damit nämlich ausgeschlossen.

In Bezug auf Dienstleistungen im Zusammenhang mit Wasser im Naturzustand ist eine Bestimmung hervorzuheben, die sich mit Handel befasst, der den Umweltschutz fördert (*trade favouring environmental protection*, Kap 25 Art X.9). Für Güter und Dienstleistungen mit besonderer Relevanz für den Klimaschutz (*climate change mitigation*) und insbesondere für Güter und Dienstleistungen im Zusammenhang mit erneuerbarer Energie verpflichten sich die Parteien nämlich dazu, besonderes Augenmerk auf den Abbau von Handels- und Investitionshemmnissen zu legen.

---

<sup>195</sup> Ein weiterer Vorbehalt in Bezug auf Wasser ist im EU-Annex II verankert, s dazu III.G.2.

<sup>196</sup> Kap 2 Art X.08 Abs 2.

<sup>197</sup> Kap 2 Art X.08 Abs 3.

<sup>198</sup> S insb unten III.G.2.

<sup>199</sup> Vgl Kap 23 Art 4; Kap 24 Art 8 – 11; Kap 25 Art X.13 – X.16.

Auch wenn Wasser im natürlichen Zustand grundsätzlich weitgehend vom Anwendungsbereich des CETA ausgenommen ist, könnte aus der Anwendbarkeit gerade des Kapitels über „Handel und Umwelt“ auf natürliches Wasser sogar ein besonderer Rechtfertigungsdruck für innerstaatliche Umwelt- und Naturschutzregelungen resultieren. Wenn nationale Vorschriften im Zusammenhang mit der Erzeugung erneuerbarer Energie erfordern, dass zB eine Stromtrasse, ein Windpark oder ein Wasserkraftwerk nicht nur mit Blick auf den Beitrag zum Klimaschutz, sondern auch im Hinblick auf Interessen der Flora, des Landschaftsbildes oder des Kulturgüterschutzes geprüft und gegebenenfalls untersagt werden, könnte das als unnötiges Hemmnis für Dienstleistungen im Zusammenhang mit erneuerbarer Energie angesehen werden.

## C. Negativlistenansatz

### 1. Vorbemerkung: Positivliste vs Negativliste

Hinsichtlich der Struktur der Liberalisierungsverpflichtungen kann allgemein zwischen einem sogenannten Positivlistenansatz (auch: „*Bottom-up*“-Ansatz) und einem Negativlistenansatz (auch: „*Top-down*“-Ansatz) unterschieden werden.<sup>200</sup>

Im Rahmen einer **Positivliste** wird explizit festgelegt, ob und wenn ja, welche Verpflichtungen jede einzelne Vertragspartei im Hinblick auf eine spezifische Dienstleistung übernimmt – „*nothing is bound that is not included*“.<sup>201</sup> Dienstleistungen oder Erbringungsarten, hinsichtlich derer keine Zugeständnisse gemacht werden, bilden daher keinen Gegenstand einer spezifischen Liberalisierungsverpflichtung.

Zur Veranschaulichung sei an die spezifischen Liberalisierungsverpflichtungen im GATS erinnert: Inwieweit im Rahmen des GATS Marktzugang und Inländerbehandlung gewährt werden, hängt davon ab, welche Verpflichtungen die jeweilige Vertragspartei in ihrem „*schedule of specific commitments*“ konkret übernommen hat.<sup>202</sup> Dabei sind die Verpflichtungen in den jeweiligen Dienstleistungsbereichen häufig hinsichtlich der Bereiche Marktzugang und Inländerbehandlung sowie hinsichtlich der einzelnen Erbringungsarten differenziert ausgestaltet.<sup>203</sup>

Beim **Negativlistenansatz** sind die Liberalisierungsverpflichtungen im Rahmen des Abkommens hingegen grundsätzlich umfassend und unbeschränkt – „*everything is bound*“

---

<sup>200</sup> Vgl. *Adlung/Mamdouh*, How to Design Trade Agreements in Services: Top Down oder Bottom-Up?, JWT 2014, 191.

<sup>201</sup> *Adlung/Roy*, Turning Hills into Mountains? Current Commitments under the General Agreement on Trade in Services and Prospects for Change, JWT 2005, 1161 (1164).

<sup>202</sup> Der *schedule* enthält einerseits horizontale Verpflichtungen bzw. Beschränkungen, andererseits sektorenspezifische Verpflichtungen. „Im Gegensatz zu den sektorspezifischen Verpflichtungen beziehen sich die die horizontalen Verpflichtungen nicht bloß auf einen Dienstleistungssektor, sondern auf alle Sektoren, die das betreffende WTO-Mitglied in seine Liste der spezifischen Verpflichtungen aufgenommen hat“, *Simon*, Liberalisierung (2009) 115.

<sup>203</sup> Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass auch ein solcher Positivlistenansatz Elemente eines Negativlistenansatzes beinhalten kann (Ausnahmen im Rahmen der Verpflichtungen), weshalb im GATS strenggenommen eine Mischform beider Ansätze angewendet wird: s etwa *Mattoo/Sauvé*, Regionalism in Services Trade, in *Mattoo/Stern/Zanini* (Hrsg), A Handbook of International Trade in Services (2008) 221 (253).

*unless explicitly excluded*".<sup>204</sup> Das hat zur Folge, dass nur solche Beschränkungen aufrechterhalten oder neu eingeführt werden dürfen, die sich die Vertragsparteien ausdrücklich in den jeweiligen Annexen vorbehalten haben. Daher ist hier auch vom Prinzip „*list it or lose it*“ die Rede.<sup>205</sup>

Die bisherigen Handelsabkommen der EU beruhten im Wesentlichen auf einem Positivlistenansatz. Im Rahmen des CETA entschieden sich die Verhandlungspartner hingegen für einen Negativlistenansatz.<sup>206</sup>

Wenngleich in der Literatur betont wird, dass beide Ansätze grundsätzlich zu vergleichbaren Ergebnissen führen *können*,<sup>207</sup> hat die Verwendung eines Negativlistenansatzes doch weitreichende Konsequenzen, die in der Folge im Kontext des CETA näher untersucht werden sollen.<sup>208</sup>

## 2. Auswirkungen des Negativlistenansatzes im CETA

Im Rahmen eines Abkommens, das dem Positivlistenansatz folgt, müssen jene Bereiche, in denen Zugeständnisse gemacht bzw spezifische Verpflichtungen übernommen werden, wie oben dargelegt, ausdrücklich benannt werden. Demgegenüber können im Rahmen eines Abkommens wie CETA, das dem Negativlistenansatz folgt, nur „*reservations*“ – also Ausnahmen, Beschränkungen und Vorbehalte – hinsichtlich der übernommenen Verpflichtungen statuiert werden.<sup>209</sup>

Im CETA werden diese Vorbehalte für die Kapitel 10, 11, 15 und 16<sup>210</sup> im Rahmen von Annex I bzw Annex II in den sogenannten „*schedules*“ der EU bzw der Mitgliedstaaten festgelegt. Entsprechend enthalten sowohl Annex I als auch Annex II einerseits Vorbehalte, die für die gesamte EU sowie grundsätzlich alle Mitgliedstaaten gelten; andererseits enthalten die Annexe Vorbehalte, die nur für den jeweiligen Mitgliedstaat gelten. Der Umfang der Ausnahmen von den Liberalisierungsverpflichtungen ergibt sich aus der Zusammenschau der EU-weiten sowie der landesspezifischen Ausnahmen in Annex I und Annex II.

---

<sup>204</sup> *Adlung/Roy*, JWT 2005, 1164.

<sup>205</sup> *Mattoo/Sauvé* in *Mattoo/Stern/Zanini* (2008) 253.

<sup>206</sup> Der Negativlistenansatz wurde zunächst im NAFTA 1994 verwendet, s *Mattoo/Sauvé* in *Mattoo/Stern/Zanini* (2008) 254; das Europäische Parlament betrachtete diese Vorgehensweise im Rahmen der CETA-Verhandlungen 2011 „als reine Ausnahme [...], die] nicht als Präzedenzfall für künftige Verhandlungen dienen darf“, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juni 2011 zu den Handelsbeziehungen zwischen der EU und Kanada, P7\_TA(2011)0257, Rz 5.

<sup>207</sup> IdS etwa *Adlung/Mamdouh*, JWT 2014, 215 f; *Mattoo/Sauvé* in *Mattoo/Stern/Zanini* (2008) 253.

<sup>208</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass das CETA in anderen Bereichen (etwa Beschaffung; vorübergehender Aufenthalt natürlicher Personen) *zum Teil* Anhänge enthält, die einem Positivlistenansatz folgen.

<sup>209</sup> In der Folge ist der Einfachheit halber von „Vorbehalten“ die Rede.

<sup>210</sup> Es handelt sich um die Kapitel über Investitionen, grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel, Finanzdienstleistungen sowie maritime Transportdienstleistungen.

Annex I und Annex II unterscheiden sich dabei in einem wesentlichen Punkt: Während Annex I Vorbehalte für *bestehende* Maßnahmen enthält, enthält Annex II Vorbehalte für *bestehende und zukünftige* Maßnahmen.<sup>211</sup>

Die jeweilige Eintragung hat also weitreichende Konsequenzen: Nur soweit eine Ausnahme in Annex II enthalten ist, können die EU bzw die Mitgliedstaaten auch in Zukunft Maßnahmen erlassen, die mit den von der Ausnahme erfassten sogenannten „Disziplinen“<sup>212</sup> (etwa Marktzugang, Inländerbehandlung etc) im Widerspruch stehen. Die in Annex I eingetragenen Ausnahmen „immunisieren“ hingegen nur bereits bestehende nicht-konforme Maßnahmen; sie unterliegen jedoch sowohl dem sogenannten „**Standstill-Effekt**“ als auch dem sogenannten „**Ratchet-Effekt**“.<sup>213</sup>

Eine weitere Folge des Negativlistenansatzes ist, dass neue Dienstleistungen bzw Dienstleistungssektoren, die erst im Lauf der Zeit entstehen, automatisch von den Liberalisierungsverpflichtungen des Abkommens erfasst sind. Dies liegt wiederum daran, dass alle Bereiche, die nicht ausdrücklich von (*bestimmten*) Verpflichtungen ausgenommen sind, dem CETA-Regime unterliegen. Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zum Positivlistenansatz: Danach erstrecken sich die Verpflichtungen einer Partei grundsätzlich nur auf jene Dienstleistungen oder Sektoren, hinsichtlich derer die Partei ausdrücklich Verpflichtungen eingegangen ist. Dienstleistungen, die im Zeitpunkt des Eingehens der Verpflichtung nicht bestanden, sind daher in aller Regel auch nicht von den Verpflichtungen erfasst.<sup>214</sup>

Auch für den Verhandlungsprozess ergeben sich aus dem Negativlistenansatz Konsequenzen. Zunächst betrifft dies die **Verhandlungsdynamik**. Die explizite Herausnahme einzelner Bereiche in der Negativliste könnte unter einem größeren Rechtfertigungsdruck stehen als die fehlende Verpflichtung bei einem Positivlistenansatz.<sup>215</sup> Hinzu kommt, dass gerade Akteure, die mit der Praxis des Negativlistenansatzes bisher weniger vertraut sind, von dieser Regelungstechnik überfordert sein können:

*„[...] the negative list requires a complete and thorough knowledge of the strengths and weaknesses of each and every sector of an economy, which requires much more work and much stronger ability on the part of the host economy.“<sup>216</sup>*

Entsprechend kann die Verwendung der Negativliste auch leichter zu unbeabsichtigten Konsequenzen führen. Irrtümer oder Missverständnisse gehen dabei zulasten der jeweiligen Vertragspartei.<sup>217</sup>

---

<sup>211</sup> Der Begriff „*measures*“ (idF als Maßnahme(n) bezeichnet) umfasst gem der Definition in Kap 2 Art X.01 „*a law, regulation, procedure, requirement or practice*“.

<sup>212</sup> Darunter sind Kategorien von Liberalisierungsverpflichtungen zu verstehen.

<sup>213</sup> Näher zum *Standstill*- und *Ratchet*-Effekt unten III.E.2.

<sup>214</sup> S aber *Adlung/Mamdouh*, JWT 2014, 202, wonach auch bei Anwendung eines Positivlistenansatzes eine Klausel in die Verpflichtungsliste aufgenommen werden kann, wonach alle zukünftigen Dienstleistungen in diesem Bereich ebenfalls von den einschlägigen Verpflichtungen erfasst sind; eine solche Verpflichtung müsste aber wiederum ausdrücklich in die Liste aufgenommen werden.

<sup>215</sup> Die Negativliste identifiziert zudem spezifische Bereiche und Ausnahmen, die in künftigen Verhandlungen gezielt unter Druck gesetzt werden können.

<sup>216</sup> *Shan/Zhang*, Market Access Provisions in the Potential EU Model BIT: Towards a “Global BIT 2.0”?, JWIT 2014, 422 (445).

## D. Verhältnis zu den Verpflichtungen im GATS?

### 1. Grundlegende Fragestellung

Vor dem Hintergrund, dass sich die Anwendungsbereiche von CETA und GATS teilweise überschneiden, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis beider Abkommen zueinander. Im Besonderen stellt sich die Frage, wie es zu beurteilen ist, wenn die Vertragsparteien im bilateralen CETA sog. „GATS-minus“-Verpflichtungen eingehen, also Verpflichtungen, die weniger weit reichen als jene, die sie im GATS eingegangen sind. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass GATS-minus Verpflichtungen in Handelsabkommen nach dem GATS grundsätzlich möglich und zulässig sind. Art V:5 GATS bietet die Möglichkeit, anlässlich des Abschlusses eines Handelsabkommens wie dem CETA, spezifische Zugeständnisse und Verpflichtungen (*commitments*) zurückzunehmen, die im Rahmen des GATS gemacht wurden. Art V:5 GATS verweist insofern auf die Notifikationspflicht und das dazu vorgesehene Ausverhandlungsverfahren (Art XXI:2-4 GATS).

Sogenannte GATS-minus Verpflichtungen sind also keineswegs schlechthin ausgeschlossen. Aber in welchem Ausmaß trifft das zu und wie wirken sich die GATS-minus Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien aus?

CETA beschränkt sich in dieser Hinsicht auf die folgende lapidare Feststellung, die sowohl in Annex I als auch in Annex II enthalten ist: „*The reservations of a Party are without prejudice to the rights and obligations of the Parties under the GATS*“. Die Vorbehalte einer Partei berühren demnach nicht die Rechte und Verpflichtungen, die sich für diese Partei aus dem GATS ergeben. Verpflichtungen, die Österreich im GATS übernommen hat, bleiben von den Vorbehalten in CETA unberührt. Im Kontext des GATS stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen hinsichtlich zweier ebenso wesentlicher wie unterschiedlicher Aspekte: Einerseits geht es um die Grenzen der GATS-Konformität des gesamten Abkommens (und damit um die Wirksamkeit der Ausnahme von der welthandelsrechtlichen Meistbegünstigung); und andererseits um die Wirkung derartiger GATS-minus-Verpflichtungen im bilateralen Verhältnis zwischen der EU bzw. Österreich und Kanada. Die aufgeworfenen Fragen sind in der Folge im Rahmen des Art V GATS zu beurteilen.

### 2. Relevanz

Bevor eine vertiefte Auseinandersetzung mit Art V GATS stattfindet, soll die politische Bedeutung der Fragestellung im konkreten Zusammenhang verdeutlicht werden.

Es wurde bereits erwähnt, dass CETA keine generelle Ausnahme für öffentliche Dienstleistungen enthält.<sup>218</sup>

Ohne an dieser Stelle die Debatte näher zu vertiefen, ist mit der Forderung nach einer generellen Ausnahme für öffentliche Dienstleistungen das Anliegen angesprochen, in

---

<sup>217</sup> Vgl. Adlung/Mamdouh, JWT 2014, 203: „Of course, it is conceivable, in the absence of thorough governmental-internal evaluation and coordination, that the bindings assumed under a top-down approach might, unintentionally, be broader or deeper than those assumed deliberately sector-by-sector“.

<sup>218</sup> Vgl. III.A.

Handelsabkommen eine möglichst weit und demonstrativ gefasste, nicht auf einzelne Sektoren begrenzte, Ausnahme zu verankern, die den Schutz von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge umfassend sicherstellt und damit gewährleistet, dass den sich wandelnden Anforderungen an die öffentliche Daseinsvorsorge im Zeitverlauf angemessen Rechnung getragen werden kann.

Die Forderung, öffentliche Dienstleistungen derart umfassend aus dem Anwendungsbereich des CETA auszunehmen, begegnet in der politischen Diskussion dem Einwand, dies würde den Vorgaben widersprechen, die das GATS für die Zulässigkeit solcher Übereinkommen aufstellt. Auch die Forderung, Österreich müsse im CETA Ausnahmebestimmungen für konkrete daseinsvorsorgerelevante Dienstleistungen (zB für die Abwasserbeseitigung) verankern, die über die *Public-utilities*-Klausel hinausgehend eine möglichst umfassende Ausnahme von den Liberalisierungsverpflichtungen des CETA sicherstellen sollen, trifft auf Einwände: Soweit mit dem GATS bereits weiterreichende Liberalisierungsverpflichtungen eingegangen wurden, seien solche Ausnahmen, die Handlungsspielräume zum Schutz der Daseinsvorsorge sicherstellen sollen, wirkungslos bzw sinnlos, da sich der Vertragspartner, im konkreten Fall also Kanada, ebenso wie andere WTO-Mitglieder jedenfalls auf die GATS-Verpflichtungen berufen könnten.

Allerdings ist zu betonen, dass auch der vorliegende Text von CETA etliche GATS-minus-Verpflichtungen aufweist, etwa mit dem EU-Vorbehalt zu öffentlich finanzierten Gesundheitsdienstleistungen bzw öffentlich finanzierten Sozialdienstleistungen. Damit wird deutlich, dass der nachfolgenden Auseinandersetzung mit Art V GATS auch jenseits des CETA – zB mit Blick auf TTIP und andere EU-Handelsabkommen – große praktische Bedeutung zukommt.

### 3. Im Detail: Art V GATS

Grundsätzlich soll das GATS eine weitergehende wirtschaftliche Integration von einzelnen WTO-Mitgliedern nicht verhindern. Ein Anreiz wird dazu jedoch vielfach nur dann bestehen, wenn bilaterale oder multilaterale Integrationsschritte nicht automatisch – im Wege der Meistbegünstigung – allen WTO-Mitgliedern gleichermaßen zugutekommen. Generell ermöglicht daher Art V GATS den Vertragsparteien eines Handelsabkommens, Zugeständnisse (*commitments*) für den Handel mit Dienstleistungen zu vereinbaren, die nicht zugleich auf alle WTO-Mitglieder erstreckt werden müssen.<sup>219</sup> Damit diese Abweichung vom Grundsatz der Meistbegünstigung oder sonst eine Abweichung von GATS-Disziplinen in Anspruch genommen werden kann, muss ein Handelsabkommen eine Reihe von Anforderungen erfüllen. Diese Anforderungen können wie folgt zusammengefasst werden:<sup>220</sup>

- (1) Das Abkommen muss einen beträchtlichen sektoralen Anwendungsbereich haben („*substantial sectoral coverage*“).

---

<sup>219</sup> Art V GATS stellt strukturell das Pendant zu den für den Warenhandel maßgeblichen Vorgaben des Art XXIV GATT dar (vgl *Pitschas* in *Prieß/Berrisch* (2003) Rz 63 ff), auf die im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen wird.

<sup>220</sup> Insbesondere auf die Bestimmungen für Abkommen, an denen Entwicklungsländer beteiligt sind (GATS Art V:3), wird im Folgenden nicht eingegangen.

- (2) Das Abkommen muss in seinem Anwendungsbereich („*in the sectors covered*“) Diskriminierungen zwischen den Vertragsparteien im Wesentlichen ausschließen oder nach einem angemessenen Zeitplan beseitigen („*absence or elimination of substantially all discrimination*“<sup>221</sup>).
- (3) Gegenüber nicht am Abkommen beteiligten Drittstaaten besteht ein „Verschlechterungsverbot“: Das Abkommen darf gegenüber nicht beteiligten WTO-Mitgliedern insgesamt keine höheren Hemmnisse im Dienstleistungshandel einführen („*raise the overall level of barriers*“).

Zum Kriterium des **beträchtlichen Anwendungsbereichs**: Die Forderung nach einer generellen oder teilweisen Ausnahme von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge aus dem Anwendungsbereich von CETA wirft vor allem die Frage auf, ob CETA in diesem Fall als ein Abkommen mit beträchtlichem sektoralem Anwendungsbereich (*substantial sectoral coverage*) qualifiziert werden kann. Denn nur solche Abkommen können gemäß Art V GATS von der Meistbegünstigung (und anderen GATS-Pflichten) dispensiert werden. In der Praxis enthalten Handelsabkommen häufig sowohl Ausnahmen für ganze Sektoren (zB Finanzdienstleistungen) als auch für Teilsektoren (zB Luftverkehr als Teil von Transportdienstleistungen). Auch CETA enthält in der vorliegenden Fassung bereits Ausnahmen für Teilsektoren wie zB für „audiovisuelle Dienste“ als Teil des Sektors „*Communication Services*“.

Das Kriterium der beträchtlichen Reichweite ist mit Blick auf die Zahl der vom Abkommen erfassten **Sektoren**, mit Blick auf das **Handelsvolumen** und die **Erbringungsweisen** zu beurteilen. Das Abkommen darf dabei keine der vier im GATS genannten Erbringungsarten von Dienstleistungen<sup>222</sup> von vornherein ausschließen. Inwieweit Sektoren aus dem Anwendungsbereich eines Handelsabkommen ausgenommen werden können, ohne dass zugleich das Kriterium der beträchtlichen Reichweite (*substantial coverage*) verfehlt wird, lässt sich damit nicht ohne Weiteres festmachen. Die wenigen Fälle aus der Praxis der WTO-Streitschlichtungsorgane bieten zumindest Anhaltspunkte:

Im Zusammenhang mit der strukturell vergleichbaren Ausnahmebestimmung im GATT (Art XXIV GATT) wurde etwa festgehalten, dass ein beträchtlicher Teil des Handels nicht gleichbedeutend mit dem gesamten Handel sei, aber auch bedeutend mehr umfasse als nur einen Teil des Handels.<sup>223</sup> Diese Aussage kann man grundsätzlich auch auf den Dienstleistungshandel übertragen: Damit ein Abkommen auf Art V GATS gestützt werden kann, müssen **nicht alle Sektoren** erfasst sein; Abkommen, die aber nur ein oder zwei Sektoren erfassen, werden das Kriterium des „beträchtlichen Anwendungsbereichs“ jedenfalls nicht erfüllen.<sup>224</sup>

Mit Blick auf das CETA und die Daseinsvorsorge kann man festhalten, dass das Abkommen jedenfalls zahlreiche Sektoren erfasst und keine der Erbringungsarten des GATS *per se* vom Abkommen ausschließt. Daran würden auch generelle oder weitere Ausnahmebestimmungen für die Daseinsvorsorge nicht zwangsläufig etwas ändern. Denn solange nicht Sektoren oder Dienstleistungen vom Anwendungsbereich ausgenommen

---

<sup>221</sup> GATS Art V:1 lit b [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>222</sup> Zu den Erbringungsarten siehe oben II.A.

<sup>223</sup> *Turkey-Textiles*, WT/DS34/AB/R, para 48 lautet: „[...] *not the same as all the trade and considerably more than merely some of the trade*“ [Hervorhebungen im Original].

<sup>224</sup> Zu Art V GATS sind bisher keine Entscheidungen der Streitschlichtungsorgane dokumentiert.

werden, die quantitativ den wesentlichen Teil der (künftigen) Handelsbeziehungen ausmachen, wird man weiterhin von einem beträchtlichen Anwendungsbereich des Abkommens ausgehen können.<sup>225</sup> Vor diesem Hintergrund stößt jedenfalls die Ausnahme bestimmter sensibler Dienstleistungen aus einem Handelsabkommen, auf keine grundsätzlichen Bedenken – wie zB Ausnahmen für die öffentlichen Gesundheitsdienste;<sup>226</sup> ein „beträchtlicher Anwendungsbereich“ im Sinne von Art V GATS könnte aber auch bei weiter gefassten Ausnahmen für die Daseinsvorsorge bejaht werden.

Zur Forderung nach **umfassender Liberalisierung und Beseitigung von Diskriminierungen** zwischen den Vertragsparteien: Das Abkommen muss in seinem Anwendungsbereich („*in the sectors covered*“) Diskriminierungen zwischen den Vertragsparteien im Wesentlichen ausschließen oder nach einem angemessenen Zeitplan beseitigen („*absence or elimination of substantially all discrimination*“<sup>227</sup>). Der Grundsatz der Inländerbehandlung (*national treatment* im Sinne von Art XVII GATS) soll zwischen den Vertragsparteien möglichst gewahrt bleiben. Das bedeutet jedoch nicht, dass mit einem Abkommen wie dem CETA sämtliche Begünstigungen für nationale Dienstleistungserbringer beseitigt werden müssen. Auch horizontale Beschränkungen zum Schutz von Dienstleistungen in verschiedenen Sektoren bzw Erbringungsarten sind nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

Bei der Prüfung der GATS-Konformität eines Abkommens – konkret bei der Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Gebot der Nichtdiskriminierung – kann dabei der weitere Zusammenhang Berücksichtigung finden, in den ein Abkommen eingebettet ist. Art V:2 GATS lautet: „[...] *consideration may be given to the relationship of the agreement to a wider process of economic integration or trade liberalization among the countries concerned*“. Diese Bestimmung kann dahingehend ausgelegt werden, dass bei Abkommen, die eine über den Dienstleistungshandel hinausreichende umfassende Liberalisierung anstreben, wie dies für die EU-Handelsabkommen der neuen Generation im Allgemeinen anzunehmen ist, ein großzügigerer Prüfungsmaßstab anzulegen ist, als bei Abkommen, die allein auf eine Liberalisierung des Dienstleistungshandels abstellen. Weil CETA nicht nur den Dienstleistungshandel betrifft, wird man den Abbau diskriminierender Maßnahmen und den dafür in Aussicht genommenen zeitlichen Rahmen bei der Prüfung der GATS-Konformität des Abkommens großzügiger veranschlagen können als bei reinen Dienstleistungsabkommen.<sup>228</sup> Dies umso mehr, als CETA beispielsweise Regelungen im Bereich der regulatorischen Kooperation sowie weitreichende Bestimmungen zum Investitionsschutz enthält und sich insgesamt als „*living agreement*“ versteht.<sup>229</sup> Mit Blick auf den insgesamt angestrebten umfassenden Prozess der Liberalisierung der bilateralen Handels- und Investitionsströme zwischen Kanada und der EU kann die Frage, ob mit CETA Diskriminierungen im Wesentlichen beseitigt werden, demzufolge flexibler beurteilt

---

<sup>225</sup> *Cottier/Molinuevo*, Art V GATS in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg) WTO-Trade in Services (2008) Rz 17, betonen allerdings auch die besondere Bedeutung der qualitativen Anforderungen, die bei der Beurteilung der GATS-Konformität an die jeweiligen Zugeständnisse gestellt werden.

<sup>226</sup> *Cottier/Molinuevo* in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (2008) Rz 14.

<sup>227</sup> GATS Art V:1 lit b [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>228</sup> WTO, Guide to the Uruguay Round Agreements (1999) 166; zustimmend *Pitschas* in Prieß/Berrisch (2003), Rz 65.

<sup>229</sup> Gerade die Verankerung gemeinsamer Institutionen (zB gemeinsame Ausschüsse im Bereich der Regulierung) in den Handelsabkommen der neueren Generation soll zur laufenden Angleichung von Standards beitragen und die Liberalisierung vorantreiben.

werden, wenn das „größere Bild“ der angestrebten Liberalisierung in den Blick genommen wird.

Zum **Verbot der Einführung von Barrieren gegenüber Drittstaaten** ist folgendes anzumerken: Gegenüber nicht am Abkommen beteiligten Drittstaaten besteht ein „Verschlechterungsverbot“ (Art V:4 GATS). Das Handelsabkommen darf gegenüber den nicht daran beteiligten WTO-Mitgliedern insgesamt keine höheren Hemmnisse im Dienstleistungshandel einführen („*raise the overall level of barriers*“).<sup>230</sup> Die Beseitigung von Handelsbarrieren zwischen den Vertragsparteien darf also weder *de jure* noch *de facto* durch die Errichtung von Hemmnissen gegenüber Drittstaaten kompensiert werden.<sup>231</sup> Es kommt dabei auf einen gesamthaften Vergleich mit dem vor Abschluss des Abkommens anwendbaren Verpflichtungsniveau an („*compared to the level applicable prior to such an agreement*“). Die Forderung, im CETA Ausnahmen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge vorzusehen, ist nicht mit der Einführung von Beschränkungen gegenüber Drittstaaten verknüpft und gerät von daher nicht in Konflikt mit dem Verbot der kompensatorischen Abschottung („*fortress integration*“) gegenüber Drittstaaten.

**Zusammenfassend** kann man festhalten: Auch ein Abkommen, das Dienstleistungen der Daseinsvorsorge ganz oder sehr großflächig von seinem Anwendungsbereich ausnimmt, kann einen „beträchtlichen Anwendungsbereich“ haben. Das Gebot der möglichst umfassenden Liberalisierung in den erfassten Sektoren („*absence or elimination of substantially all discrimination*“) lässt Ausnahmen und horizontale Beschränkungen zu. Dies umso mehr, wenn man das „größere Bild“ der mit CETA angestrebten Liberalisierung in den Blick nimmt.

Im Einzelnen sind die Kriterien des GATS hier in vielerlei Hinsicht unbestimmt. Art V GATS zielt letztlich darauf ab, durch eine Reihe von Kriterien sicherzustellen, dass die Ausnahme von der Meistbegünstigung nur zu Gunsten einer weitreichenden Binnenliberalisierung zwischen den Vertragsparteien aufgehoben wird und der Grundsatz der Meistbegünstigung nicht durch eine Vielzahl von spezifischen Abkommen ausgehöhlt wird. Diese Zielsetzung ist freilich für die Auslegung von Art V GATS nur bedingt fruchtbar zu machen. Denn angesichts der umstrittenen Wirkungen von Handelsabkommen ist auch das angemessene Gleichgewicht zwischen multilateraler Meistbegünstigung und bilateraler/regionaler Liberalisierung nicht einfach zu bestimmen.<sup>232</sup> Wie die Liberalisierungsanforderungen des Art V GATS auszulegen sind, wird letztlich fallbezogen mit Blick auf ein bestimmtes Abkommen im Wege der Streitschlichtung geklärt. Die Motivation der WTO-Mitgliedstaaten einander zu klagen ist jedoch nicht sehr stark ausgeprägt. Daher – und wohl auch weil das GATS vergleichsweise jung ist – gibt es praktisch keine einschlägigen Streitschlichtungsentscheidungen zu Art V GATS.

Wie weit man mit Blick auf die Kriterien „*substantial coverage*“ und „*substantially all discrimination*“ gehen will, bleibt somit letztlich auch eine Frage der politischen Risikoeinschätzung. Auch die Rücknahme oder Änderungen von bestehenden GATS-Verpflichtungen in Richtung von GATS-minus Verpflichtungen in einem bilateralen

---

<sup>230</sup> Art V:4 GATS.

<sup>231</sup> Cottier/Molinuevo in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (2008) Rz 49.

<sup>232</sup> Die ökonomische Diskussion um Handelsabkommen als Bausteine oder Stolpersteine („*building blocs*“ oder *stumbling blocs*“) für den Aufbau multilateraler Freihandelsbeziehungen weist hier in ganz unterschiedliche Richtungen.

Handelsabkommen ist möglich – wie die bereits ausverhandelten Annex II-Ausnahmen zu Gesundheits- und Sozialdienstleistungen zeigen.

Sofern das dafür im GATS vorgesehene Verhandlungsverfahren eingehalten wird, können solche Verpflichtungsrücknahmen gegenüber allen WTO-Mitgliedstaaten wirksam werden. Ohne die Einhaltung des Prozedere für Neuverhandlungen bleiben die Verpflichtungen im Rahmen des GATS rechtlich unberührt. Vor dem Hintergrund der bereits angesprochenen allgemein eher geringen Motivation der WTO-Mitgliedstaaten einander zu klagen, wird die Festlegung eines spezifischen Niveaus der wechselseitigen Verpflichtungen in CETA allerdings faktisch zu einer bilateralen Neuordnung zwischen den Vertragsparteien führen, die auch hinter dem GATS zurückbleibende Liberalisierungsverpflichtungen einschließt.

Den rechtspolitischen Sinn solcher bilateraler „GATS-minus“-Verpflichtungen kann man jedenfalls in der Richtungsweisung für künftige Handelsabkommen bzw für die Weiterentwicklung des GATS sehen: Mit den in CETA verankerten Schutzmaßnahmen und Ausnahmen können die von der EU für die Daseinsvorsorge angestrebten Liberalisierungsniveaus und Handlungsspielräume aufgezeigt werden. Zugleich kann sichergestellt werden, dass der Spielraum für künftige Neuverhandlung von daseinsvorsorgerelevanten Liberalisierungsverpflichtungen auf WTO-Ebene nicht durch ein bilaterales Abkommen wie CETA versperrt wird. Den Ausnahmeregelungen, die zum Schutz der Daseinsvorsorge in CETA verankert werden, kann man insofern wichtige politische Signalwirkung zumessen.

### **Konsolidierte EU-Verpflichtungsliste im GATS**

Die ursprüngliche GATS-Verpflichtungsliste der EU aus dem Jahr 1994 erfasst (nur) die Verpflichtungen der EG sowie ihrer damaligen 12 Mitgliedstaaten. Jene Mitgliedstaaten, die wie Österreich der EU 1995 bzw 2004 beigetreten waren, hatten hingegen eigene Verpflichtungslisten hinterlegt. Österreich verankerte im Rahmen des GATS keine der *Public-utilities*-Klausel<sup>233</sup> vergleichbare horizontale Ausnahme mit Blick auf Dienstleistungen der Daseinsvorsorge. Vielmehr hat Österreich im GATS in wichtigen Sektoren der Daseinsvorsorge weitreichende Liberalisierungsverpflichtungen übernommen, so etwa in den Bereichen Abwasserentsorgung, Abfallentsorgung oder soziale Dienste (jeweils unbeschränkter Marktzugang bzw unbeschränkte Inländerbehandlung in der wichtigen *mode 3*).

Seit 2004 wurden im Rahmen der WTO Verhandlungen zur Erarbeitung einer – die EU und alle EU-Mitgliedstaaten umfassenden – konsolidierten Liste geführt. Durch die konsolidierte Verpflichtungsliste würde die *Public-utilities*-Klausel auch auf Österreich erstreckt. Dies wäre aus einer Daseinsvorsorgeperspektive ausgesprochen wichtig, da Österreich wie bereits erwähnt bislang über keine entsprechende horizontale Ausnahme für sämtliche Bereiche der Daseinsvorsorge verfügt. Sofern die konsolidierte Verpflichtungsliste also in Kraft tritt, würden die österreichischen GATS-Verpflichtungen in sämtlichen Sektoren (etwa im Bereich der Abwasserentsorgung etc) dieser wesentlichen Einschränkung unterliegen.

---

<sup>233</sup> Dazu unten III.G.1.

Weiters würde etwa die (horizontale) Beschränkung der Inländerbehandlung bei Subventionen auf Österreich erstreckt. Allerdings scheitert das Inkrafttreten der konsolidierten Liste bisher an EU-internen Auffassungsunterschieden hinsichtlich der Zuständigkeit zur Ratifizierung.<sup>234</sup> Auch ein Gutachten des EuGH konnte bislang nicht dazu beigetragen, dass die konsolidierte Verpflichtungsliste in Kraft tritt.<sup>235</sup>

## E. Annex I – Aufbau und Wirkungsweise

### 1. Aufbau

Zunächst soll in Kürze der Aufbau des Annex I bzw der darin enthaltenen Vorbehalte skizziert werden, bevor anschließend auf die spezifische Wirkungsweise des Annex I eingegangen wird.

Den eigentlichen Listen, die die konkreten Vorbehalte beinhalten, ist einleitend ein Abschnitt vorangestellt, der insb Erläuterungen und Klarstellungen enthält.<sup>236</sup> Zunächst werden die Verpflichtungen (unter Angabe der jeweiligen Artikel in den betroffenen Kapiteln) angeführt, von denen in der Folge Ausnahmen im Hinblick auf bestehende nicht-konforme Maßnahmen statuiert werden können.

Die einzelnen Vorbehalte sind wie folgt aufgebaut: Sie enthalten zunächst Angaben zu Sektor und Sub-Sektor, auf die sich die Ausnahme bezieht. Dabei ist es auch möglich eine horizontale Ausnahme für alle Sektoren einzutragen („*all sectors*“). Sodann ist darzulegen, auf welche Verpflichtung(en) sich ein Vorbehalt bezieht, also etwa Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsanforderungen etc. Außerdem sind in Annex I die Maßnahmen – etwa Verordnungen, Richtlinien oder Gesetze – anzuführen, auf die sich der Vorbehalt bezieht. Erfasst sind die angeführten Rechtsakte zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des CETA sowie auf deren Basis ergangene Maßnahmen („*subordinate measures*“). Im Fall einer EU-Richtlinie sind auch die innerstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen erfasst. Weiters ist die mangelnde Konformität der bestehenden Maßnahme mit den einschlägigen CETA-Verpflichtungen zu erläutern und anzuführen, auf welche Formen bzw Aspekte des Dienstleistungshandels – also auf Investitionen und/oder grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel etc – sich die Ausnahme bezieht.

---

<sup>234</sup> Communication from the European Communities and its Member States, S/C/W/273 (9.10.2006) 4: „[...] this consolidated schedule shall enter into force on a date specified by the EC, following the completion of the internal decision-making procedures of the European Communities and its Member States where appropriate“.

<sup>235</sup> EuGH GA 1/08, wobei der EuGH ua feststellte, dass die fraglichen Abkommen in die gemischte Zuständigkeit von (damals) EG und Mitgliedstaaten fallen.

<sup>236</sup> CETA 2014, 1200 ff.

## 2. Wirkungsweise: *Standstill* und *Ratchet*

Die Wirkung der in Annex I verankerten Vorbehalte ergibt sich im Zusammenspiel mit den jeweiligen Ausnahmebestimmungen in relevanten Kapiteln, also insb über Investitionen oder grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel.

**Nach Maßgabe** der konkreten Vorbehalte in **Annex I** sind folgende Bestimmungen des CETA Investitionskapitels **nicht auf die Aufrechterhaltung bestehender nicht-konformer Maßnahmen** (auf EU-, Bundes- oder Landesebene) **anzuwenden** (Kap 10 Art X.14 Abs 1 lit a CETA): Kap 10 Art X.4 (Marktzugang), Kap 10 Art X.5 (Leistungsanforderungen); Kap 10 Art X.6 (Inländerbehandlung); Kap 10 Art X.7 (Meistbegünstigung) und Kap 10 Art X.8 (Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung).<sup>237</sup> Auch bestehende nicht-konforme Maßnahmen auf Ebene der Gemeinden sind nicht an diesen Bestimmungen zu messen. Aus Gründen der Handhabbarkeit werden die auf dieser Ebene bestehenden nicht-konformen Maßnahmen allerdings nicht explizit in Annex I aufgelistet.<sup>238</sup>

Das Konzept der Negativliste in Kombination mit der Beschränkung der Annex I-Vorbehalte auf nicht-konforme Maßnahmen, die bei Inkrafttreten des Abkommens bestehen, bewirkt den sogenannten ***Standstill-Effekt***, also die Festschreibung des gesetzlichen bzw regulatorischen Status Quo und somit des im Zeitpunkt des Inkrafttretens tatsächlich bestehenden Liberalisierungsniveaus.<sup>239</sup>

Spätere Änderungen von nicht-konformen Maßnahmen, die die Parteien im Rahmen von Annex I beibehalten, sind nur möglich, sofern dadurch die Konformität mit den Bestimmungen des CETA-Investitionskapitels nicht weiter eingeschränkt wird (Kap 10 Art X.14 lit c CETA).<sup>240</sup> Entscheidend ist, dass die Frage, ob eine spätere Änderung zu einer Einschränkung der Konformität führt, im Vergleich zur Maßnahme „*as it existed immediately before the amendment*“ beurteilt wird.

Daraus resultiert der sogenannte ***Ratchet-Effekt*** (auch „Sperrklinken-Effekt“): autonome Liberalisierungsmaßnahmen, die eine Vertragspartei *nach* Inkrafttreten des CETA im Bereich des Annex I erlässt, können später nicht mehr zurückgenommen werden. Die Bestimmung bewirkt im Ergebnis, dass solche autonom beschlossenen Liberalisierungsschritte automatisch Bestandteil der Verpflichtungen der Vertragspartei

---

<sup>237</sup> Für den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel vgl die entsprechende Bestimmung des Kap 11 Art X.06 Abs 1 lit a; erwähnt sei außerdem Kap 15 Art 9, der die entsprechende Bestimmung für den Bereich der Finanzdienstleistungen enthält.

<sup>238</sup> S dazu sogleich.

<sup>239</sup> Folgt ein Abkommen dem Positivlistenansatz, ist ein vergleichbarer *Standstill-Effekt* grundsätzlich nur in weit eingeschränkterem Maß gegeben, nämlich soweit eine spezifische Verpflichtung eingetragen wurde. So können etwa im GATS-Kontext das tatsächliche Liberalisierungsniveau und die Liberalisierungsverpflichtung auseinanderfallen. Verpflichtet sich eine Partei zu weniger, als sie ohnehin gewährt, steht die GATS-Verpflichtung einer späteren restriktiveren Handhabung nicht entgegen, sofern das Niveau der GATS-Verpflichtung dabei nicht unterschritten wird. Vgl dazu auch *Michaelis* in *Hilf/Oeter* (2010) Rz 59.

<sup>240</sup> Für den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel vgl die entsprechende Bestimmung des Kap 11 Art X.06 Abs 1 lit c.

werden.<sup>241</sup> Es kommt daher zu einem „lock-in“ künftiger Liberalisierungsmaßnahmen, deren Rücknahme wird dadurch ausgeschlossen. Indem Liberalisierung so zur Einbahnstraße wird und erfolgte Liberalisierungsschritte „einzementiert“ werden, werden künftige politische Handlungsspielräume zunehmend eingeschränkt.

*Standstill* und *Ratchet* am Beispiel von Postdienstleistungen:

Die EU hat in Annex I einen Vorbehalt hinsichtlich Postdienstleistungen verankert. Demnach können die Mitgliedstaaten die Aufstellung von Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen, die Herausgabe von Postwertzeichen (Briefmarken) sowie die Zustellung von Einschreibsendungen im Rahmen von Gerichts- oder Verwaltungsverfahren im Einklang mit den jeweiligen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränken.

Angenommen in einem Mitgliedstaat X wurde die Zustellung von Einschreibsendungen im Rahmen von Gerichts- oder Verwaltungsverfahren bereits vor Inkrafttreten des CETA liberalisiert, so wird X bei Inkrafttreten des CETA auf dieses tatsächliche Liberalisierungsniveau verpflichtet. Dies wird als **Standstill-Effekt** bezeichnet. Bei einem Negativlistenansatz ist dabei das tatsächliche Liberalisierungsniveau entscheidend. Bei einem Positivlistenansatz ist der *Standstill* auf die eingetragene Liberalisierungsverpflichtung beschränkt; diese kann jedoch hinter dem tatsächlichen Liberalisierungsniveau zurückbleiben. Im Rahmen des GATS ist dies häufig der Fall. Die Staaten erhalten sich damit Policy-Spielräume.

Liberalisiert Staat X nach Inkrafttreten des CETA auch noch die Aufstellung von Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen, bewirkt der **Ratchet-Effekt**, dass auch diese vom Staat X autonom vorgenommene Liberalisierung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Das Liberalisierungsniveau bei Inkrafttreten des Abkommens stellt daher keine „Rückfalloption“ für X dar.

### 3. Ausnahme für bestehende nicht-konforme Maßnahmen auf Ebene der Gemeinden

Die Gemeinden spielen im Zusammenhang mit der Daseinsvorsorge in Österreich eine zentrale Rolle. Daher stellt sich die Frage, inwiefern kommunale Maßnahmen von den Liberalisierungsverpflichtungen in CETA erfasst sind. Vorwegzunehmen ist, dass Maßnahmen auf Gemeindeebene **nicht generell vom CETA ausgenommen** sind, wie dies manchmal in der politischen Diskussion vereinfachend behauptet wird.

Wie sich aus den Ausführungen zum Negativlistenansatz ergeben hat, müssten im Rahmen des CETA grundsätzlich auch bestehende nicht-konforme Maßnahmen auf Ebene der Gemeinden im Annex I aufgelistet werden, wenn die Parteien sie beibehalten wollen. Eine derartige Auflistung wäre praktisch jedoch kaum zu bewältigen.

---

<sup>241</sup> Hingegen können nachfolgende autonome Liberalisierungsschritte bei Anwendung eines Positivlistenansatzes (etwa im Rahmen des GATS) jederzeit bis zum Niveau der eingetragenen Verpflichtung rückgängig gemacht werden.

Deshalb wird im CETA eine Ausnahme für bestehende nicht-konforme Maßnahmen auf Ebene der Gemeinden statuiert.<sup>242</sup> Bestehende nicht-konforme Maßnahmen werden so behandelt, als wären sie in Annex I aufgelistet. Zukünftige Maßnahmen auf Ebene der Gemeinden sind von der Ausnahme hingegen nicht erfasst. Diesbezüglich käme es im Einzelfall darauf an, ob ein passender Vorbehalt in Annex II eingetragen wurde.<sup>243</sup>

Da die bestehenden nicht-konformen Maßnahmen auf Ebene der Gemeinden wie Annex I Ausnahmen wirken, unterliegen sie insb auch dem *Ratchet*-Effekt. Nach Inkrafttreten des Abkommens gesetzte Liberalisierungsschritte können also später grundsätzlich nicht „zurückgenommen“ werden.

Eine problematische Konsequenz daraus könnte sein, dass spätere **Rekommunalisierungen** durch das CETA ausgeschlossen werden.<sup>244</sup> Im Einzelfall wäre auch zu prüfen, ob eine entsprechende Rekommunalisierung von einem der Vorbehalte in Annex II gedeckt wäre, denn Annex-II Vorbehalte können künftige Maßnahmen rechtfertigen. Allerdings bestehen in Annex II wesentliche Lücken hinsichtlich etlicher Daseinsvorsorgebereiche (zB Abwasser und Abfall).<sup>245</sup>

## F. Annex II – Aufbau

Der Aufbau des Annex II gleicht grundsätzlich jenem des Annex I. Den eigentlichen Listen mit den Vorbehalten (*schedules*) ist einleitend wiederum ein Abschnitt vorangestellt, der Erläuterungen und Klarstellungen enthält.<sup>246</sup>

Zunächst werden die Verpflichtungen (unter Angabe der jeweiligen Artikel in den betroffenen Kapiteln) angeführt, von denen in der Folge in den *Schedules* Ausnahmen bzw Vorbehalte verankert werden sollen. Die Ausnahmen bzw Vorbehalte ermöglichen hinsichtlich bestimmter Sektoren, Sub-Sektoren oder einzelner Aktivitäten nicht nur die Beibehaltung bestehender nicht-konformer Maßnahmen, sondern auch und insbesondere die **Einführung neuer und restriktiverer Maßnahmen oder Beschränkungen, die nicht mit den in CETA etwa im Investitionskapitel oder im Kapitel über den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr übernommenen Verpflichtungen in Einklang stehen.**<sup>247</sup>

Die einzelnen Vorbehalte sind wie folgt aufgebaut: Zunächst finden sich wie in Annex I Angaben zu Sektor und Sub-Sektor, auf die sich die Ausnahme bezieht, wobei auch ein horizontaler Vorbehalt für alle Sektoren möglich ist („*all sectors*“). Sodann ist darzulegen, auf welche Verpflichtung(en) sich ein Vorbehalt bezieht. Auch der Anwendungsbereich bzw

---

<sup>242</sup> Vgl die einschlägigen Bestimmungen in Kap 10 Art X.14 Abs 1 sowie Kap 11 Art X-06 Abs 1 CETA.

<sup>243</sup> Vgl auch *Gould, Public Services*, in *Sinclair et al* (Hrsg), *Making Sense of the CETA* (2014) 35 (37).

<sup>244</sup> Vgl etwa *Fritz*, *Auf Kollisionskurs mit der Demokratie: TTIP und CETA in Hamburg. Folgen der EU-Handelsabkommen mit den USA und Kanada, Campact* (2015) 18; *Attac Österreich, TTIP, CETA und TiSA – Auswirkungen der Freihandelsabkommen auf Städte und Gemeinden in Österreich* (2014) 3 f.

<sup>245</sup> Dazu sogleich ausführlich.

<sup>246</sup> CETA 2014, 1497 ff.

<sup>247</sup> Je nach Kapitel können darunter ua Verpflichtungen hinsichtlich „*National Treatment*“, „*Most-Favoured-Nation Treatment*“, „*Market Access*“, „*Performance Requirements*“ oder „*Senior Management and Board of Directors*“ fallen.

die Reichweite des Vorbehalts ist näher zu erläutern. Bestehende Maßnahmen können dabei vor allem aus Transparenzgründen angeführt werden. Weiters sind im einleitenden Abschnitt des Annex II Bestimmungen zur Interpretation der Vorbehalte sowie Begriffsbestimmungen und Erläuterungen der verwendeten Abkürzungen enthalten. Besonders hervorzuheben ist die Klarstellung, wonach sich eine Ausnahme bzw ein Vorbehalt auf EU-Ebene auch auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten (auf nationaler oder subnationaler Ebene) erstreckt, sofern ein Mitgliedstaat nicht von der Anwendung dieser Ausnahme bzw dieses Vorbehalts ausgeschlossen ist.

Abschließend ist jedoch zu betonen, dass sich die Vorbehalte sowohl in Annex I als auch in Annex II immer nur auf bestimmte Disziplinen – beispielsweise Marktzugang oder Inländerbehandlung – beziehen. Die Geltung anderer Disziplinen – etwa für innerstaatliche Regulierung, Beschaffung oder Subventionen – bleibt von diesen Vorbehalten unberührt.<sup>248</sup> Zur Vermeidung von Missverständnissen soll dieser Aspekt noch einmal verdeutlicht werden: Behalten sich die EU oder die Mitgliedstaaten das Recht vor, „jegliche Maßnahmen“ („*any measure*“) im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen in einem bestimmten Bereich zu erlassen, bedeutet das nicht, dass ein Mitgliedstaat sämtliche regulatorische Maßnahmen erlassen könnte, die irgendwelchen Bestimmungen im CETA widersprechen.<sup>249</sup> Vielmehr dürfen solche Maßnahmen nur den explizit im Vorbehalt genannten Verpflichtungen in bestimmten Kapiteln widersprechen. In den Ausführungen zu den einzelnen Vorbehalten werden daher die Verpflichtungen und Kapitel, auf die sich die Vorbehalte jeweils beziehen, immer eingangs ausdrücklich erwähnt.

## **G. Daseinsvorsorgerelevante Ausnahmen der EU und Österreichs (Annex I + II)**

Sowohl Österreich als auch die EU haben in Annex II eine Reihe daseinsvorsorgerelevanter Vorbehalte verankert. Der Umfang der Verpflichtungen Österreichs im Rahmen des CETA ergibt sich daher letztlich aus dem Zusammenspiel der in den jeweiligen Annexen I und II verankerten Vorbehalte und Ausnahmen. Dieser komplexen Verknüpfung wird am ehesten eine thematisch gegliederte Darstellungsweise gerecht.

### **1. *Public-utilities*-Klausel**

Der EU-Annex II des CETA enthält zunächst die sogenannte *Public-utilities*-Klausel. Es handelt sich dabei um einen standardmäßigen Vorbehalt der EU, dessen große Relevanz für den Schutz öffentlicher Dienstleistungen immer wieder hervorgehoben wird. Der Vorbehalt lautet wie folgt:

*In all EU Member States, services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators.*

---

<sup>248</sup> Krajewski/Kynast, Auswirkungen (2014) 25.

<sup>249</sup> S etwa die Vorbehalte für öffentlich finanzierte Bildungs-, Gesundheits- oder Sozialdienstleistungen: CETA 2014, 1509 ff.

*Public utilities exist in sectors such as related scientific and technical consulting services, R&D services on social sciences and humanities, technical testing and analysis services, environmental services, health services, transport services and services auxiliary to all modes of transport. Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations. Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical.*

*This reservation does not apply to telecommunications and to computer and related services.*<sup>250</sup>

Allerdings besteht schon hinsichtlich des zentralen Begriffs der „*public utilities*“ Unklarheit. Dieser hat „weder im internationalen Handelsrecht noch im Recht der EU eine klare Bedeutung“.<sup>251</sup>

Während der englische Sprachgebrauch eine Beschränkung auf (im Wesentlichen) netzgebundene Versorgungsleistungen in Bereichen wie Energie und Wasser nahelegt und möglicherweise auch weitere Bereiche wie Post, Telekom und ÖPNV<sup>252</sup> erfasst,<sup>253</sup> geht die demonstrative Aufzählung in Abs 2 der Klausel klar über diesen relativ eng begrenzten Bereich hinaus und nennt beispielsweise auch bestimmte Forschungs- oder Gesundheitsdienstleistungen.

Hier spiegelt sich auch die einleitend angesprochene Schwierigkeit wider, Dienstleistungen der Daseinsvorsorge klar zu definieren. Letztlich beruht der Bedeutungsgehalt immer auch auf einer politischen Wertentscheidung in einer bestimmten Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt.<sup>254</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, dass es für die Beantwortung der Frage, was eine *public utility* darstellt, darauf ankommt, was die zuständigen Stellen in einem Mitgliedstaat (auf nationaler oder lokaler Ebene) als *public utility* ansehen. Welche öffentlichen Dienstleistungen im Einzelfall als *public utilities* von der Ausnahme erfasst sein können, bleibt indes einigermaßen unklar. Zur Klärung von strittigen Fällen sind im Rahmen des CETA letztlich die Staat-Staat-Streitschlichtungsorgane zuständig.

Im Hinblick auf die Reichweite der *Public-utilities*-Klausel ist zu differenzieren:

Aus den näheren Angaben zu dem Vorbehalt geht hervor, dass die *Public-utilities*-Klausel im Rahmen von CETA für alle Mitgliedstaaten gilt und sich *grundsätzlich* auch auf alle Sektoren erstreckt. Die demonstrative Aufzählung möglicher Sektoren, in denen *public utilities* bestehen können, verdeutlicht, dass diesbezüglich seitens der EU keine abschließende Festlegung beabsichtigt ist.<sup>255</sup> Allerdings wird explizit klargestellt, dass der Vorbehalt keine Anwendung auf die Bereiche Telekommunikation und Computerdienstleistungen („*computer and related services*“) findet.

---

<sup>250</sup> CETA 2014, 1500.

<sup>251</sup> *Krajewski* in Prausmüller/Wagner (2014) 144.

<sup>252</sup> *Krajewski/Kynast*, Auswirkungen (2014) 22.

<sup>253</sup> Die Kommission spricht insofern von „misleading and confusing“, s Europäische Kommission, Commission Proposal for the Modernisation of the Treatment of Public Services in EU Trade Agreements (26.10.2011) 4.

<sup>254</sup> *Krajewski* in Prausmüller/Wagner (2014) 145 f; *Arena*, JWT 2011, 491.

<sup>255</sup> Dies wird durch die Formulierung „*such as*“ deutlich.

Hinsichtlich des verankerten Schutzniveaus ist zu betonen, dass sich die *Public-utilities*-Klausel ausschließlich auf **bestimmte Aspekte des Marktzugangs** bezieht. Genauer gesagt deckt sie – im Bereich von Dienstleistungen, die als *public utilities* angesehen werden – Marktzugangsbeschränkungen entweder in Form der Einrichtung (bzw. Beibehaltung) öffentlicher Monopole oder in Form einer Verleihung ausschließlicher Rechte an eine begrenzte Anzahl privater Dienstleistungserbringer.<sup>256</sup> Weitere Beschränkungen des Marktzugangs etwa durch Bedarfsprüfungen, Rechtsformerfordernisse etc sind durch die *Public-utilities*-Klausel hingegen nicht gedeckt.

Schließlich ist zu betonen, dass die *Public-utilities*-Klausel auch keine Ausnahme von anderen Bestimmungen wie der Inländerbehandlung oder dem Investitionsschutz darstellt.<sup>257</sup>

## 2. Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser

### a. Der Vorbehalt in Annex II

Wie bereits weiter oben ausgeführt, enthält Kap 2 Art X.08 eine Bestimmung, wonach Wasser im Naturzustand keine Ware bzw. kein Produkt darstellt und somit nicht den Bestimmungen des Abkommens unterliegt – mit Ausnahme der Kapitel über „Handel und Umwelt“ sowie „Nachhaltige Entwicklung“.<sup>258</sup>

Gestattet eine Partei die kommerzielle Nutzung einer spezifischen Wasserquelle, hat sie jedoch grundsätzlich im Einklang mit den Bestimmungen des CETA vorzugehen. Allerdings hat die EU in Annex II einen Vorbehalt für die Bereiche Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser eingetragen (*collection, purification and distribution of water*).

Die EU behält sich (und den Mitgliedstaaten) damit das Recht vor, **jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen bezüglich der Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser** zu erlassen oder beizubehalten. Der Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung und erstreckt sich auf die Kapitel Investitionen und grenzüberschreitender Dienstleistungshandel.

Der Vorbehalt verweist auf die Industrieklassifikation ISIC rev 3.1: 41.<sup>259</sup> Demnach ist unter dem Aspekt der Reinigung (*purification*) die Reinigung bzw. Reinhaltung zu Wasserversorgungszwecken zu verstehen. Die **Abwasserbehandlung** ist hingegen von dieser ISIC-Kategorie (und damit vom Vorbehalt der EU) **nicht erfasst**. Die diesbezüglich

---

<sup>256</sup> „The main exception relating to economic public services for the EU is the existing EU “public utilities” (PU) limitation in the GATS, which preserves the right to limit the total number of suppliers of a particular service either through the creation and maintenance of a public monopoly, **or by the allocation of exclusive rights to a limited number of private operators**, for certain services considered to be of “public utility”.“ Europäische Kommission, Commission Proposal for the Modernisation of the Treatment of Public Services in EU Trade Agreements (26.10.2011) 3 [Hervorhebung hinzugefügt].

<sup>257</sup> ZB dürfte bei der Verleihung ausschließlicher Rechte daher nicht aufgrund der Inländer- bzw. Ausländereigenschaft zwischen potentiellen Erbringern differenziert werden. Vgl. Europäische Kommission, Modernisation (2011) 3.

<sup>258</sup> S. oben III.B.4.

<sup>259</sup> ISIC steht für „International Standard Industrial Classification of All Economic Activities“; verfügbar ist diese Klassifikation unter <<http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc02/isic.pdf>> [30.06.2015].

einschlägige ISIC-Kategorie 9000 umfasst ua die Sammlung, den Transport sowie die Behandlung und Entsorgung von Abwässern.<sup>260</sup> Allerdings finden sich weder in Annex I noch Annex II diesbezügliche spezifische Vorbehalte der EU. Anders als beispielsweise Deutschland<sup>261</sup> hat **Österreich auch keinen spezifischen Vorbehalt hinsichtlich des Abwasserbereichs** eingetragen.<sup>262</sup> Damit kommt als möglicher Vorbehalt im Abwasserbereich nur die *Public-utilities*-Klausel in Betracht, die jedoch auf Marktzugangsbeschränkungen in Form öffentlicher Monopole oder ausschließlicher Rechte beschränkt ist.<sup>263</sup>

#### b. Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Abfallwirtschaft

##### **Das Zusammenspiel der Vorbehalte**

Die Annex II-Ausnahme für die Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser ermöglicht die Beibehaltung und spätere Einführung jeglicher Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung der einschlägigen Dienstleistungen. Auch andere Marktzugangsbeschränkungen als Monopole oder ausschließliche Rechte – etwa Rechtsformenerfordernisse oder Bedarfstests – sind von dieser Ausnahme erfasst. Daher wäre etwa auch eine Regelung, wonach eine Beteiligung Privater an der Gemeindewasserversorgung nur im Rahmen einer GmbH möglich ist, an der eine Gemeinde mit mindestens 51% beteiligt ist, im Lichte der CETA-Verpflichtungen zum Marktzugang nicht zu beanstanden.

Die Ausnahme für die Wasserversorgung erfasst jedoch – wie oben dargelegt – nicht auch die Abwasserbehandlung. Hier kann als Ausnahme – wie auch für die Abfallwirtschaft – nur die *Public-utilities*-Klausel herangezogen werden. Die *Public-utilities*-Klausel ermöglicht den Mitgliedstaaten, Marktzugangsbeschränkungen in Form von Monopolen oder ausschließlichen Rechten beizubehalten oder neu einzuführen.

Andere Marktzugangsbeschränkungen als Monopole oder ausschließliche Rechte – etwa Rechtsformenerfordernisse oder Bedarfstests<sup>264</sup> – deckt die *Public-utilities*-Klausel hingegen nicht ab. Solche Beschränkungen sind daher (auch) in Bezug auf die Abwasserbeseitigung und die Abfallwirtschaft – anders als für die Wasserversorgung – nicht durch eine Annex II-Ausnahme abgesichert.

<sup>260</sup> S im Detail ISIC rev. 3.1, 175 f.

<sup>261</sup> “Germany reserves the right to maintain or adopt or maintain any measure prohibiting the cross-border provision of services and requiring establishment with respect to the supply of waste management services, other than advisory services.

Germany reserves the right to adopt or maintain any measure relating to the designation, establishment, expansion, or operation of monopolies or exclusive services suppliers providing waste management services”, CETA 2014, 1572.

<sup>262</sup> In diesem Zusammenhang ist jedoch auch darauf hinzuweisen, dass Österreich im Rahmen des GATS in der für den Abwasserbereich besonders bedeutsamen *Mode 3 (commercial presence)* eine uneingeschränkte Liberalisierungsverpflichtung eingegangen ist. Hinsichtlich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung ist Österreich zwar ebenso wie Deutschland im GATS keinerlei Verpflichtungen eingegangen; dennoch hat Österreich im CETA auf eine diesbezügliche Einschränkung der Verpflichtungen verzichtet; vgl dagegen etwa den deutschen Vorbehalt: CETA 2014, 1572.

<sup>263</sup> S dazu oben III.G.1.

<sup>264</sup> Als potenzielle Beschränkungen der Grundfreiheiten stehen solche Maßnahmen im EU-Binnenmarkt jedenfalls unter Rechtfertigungsbedarf.

Eine Regelung, wonach eine Beteiligung Privater an der Abwasserbeseitigung nur im Rahmen einer GmbH möglich ist, an der eine Gemeinde mit mindestens 51% beteiligt ist, wäre daher im Lichte der CETA-Verpflichtungen zum Marktzugang verboten. Auch eine Bestimmung, die zB für die Sammlung von Altstoffen eine Anzeigepflicht mit Bedarfsprüfung vorsieht, wäre nicht von der *Public-Utilities-Klausel* gedeckt. Eine solche Bestimmung könnte allenfalls mit Blick auf damit verbundene Umweltschutzerwägungen als eine nicht verbotene Marktzugangsregelung legitimiert werden.<sup>265</sup>

### c. Fazit zum Thema Wasser im CETA

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das besonders sensible Thema Wasser im CETA an mehreren Stellen angesprochen wird. Die weiter oben erläuterte Bestimmung in Kap 2 Art X.08 bezieht sich auf Wasser im Naturzustand, also etwa Grundwasser oder Wasser in Flüssen oder Seen. Die dort getroffene Klarstellung, dass es sich dabei um keine Ware handelt, hat jedoch vor allem deklarative Bedeutung. Denn damit ist keineswegs ausgeschlossen, dass die Vertragsparteien eine kommerzielle Wassernutzung zulassen – etwa die Abfüllung von Trinkwasser in Flaschen zu Exportzwecken. Wo dies der Fall ist, hat die kommerzielle Nutzung im Einklang mit dem CETA zu erfolgen. Dh beispielsweise, dass eine Ungleichbehandlung kanadischer Unternehmen nicht zulässig wäre. Für Unternehmen, die bereits am Markt tätig sind, gelten die Bestimmungen zum Investitionsschutz und steht die Investor-Staat-Streitbeilegung zur Verfügung.

Aus Sicht der Daseinsvorsorge ist hervorzuheben, dass die EU im Bereich der Wasserversorgung in Annex II einen weitreichenden Vorbehalt für die Bereiche Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser verankert hat. Allerdings ist die Wasserversorgung weder durch die Klarstellung in Kapitel 2 noch durch die Ausnahme in Annex II vom Investitionsschutz des CETA ausgenommen.<sup>266</sup>

## 3. Bildung, Gesundheit und Soziales

Bevor auf die sektorspezifischen Ausnahmen in den Bereichen Bildung, Gesundheit und Soziales eingegangen wird, sollen zwei Aspekte behandelt werden, die für sämtliche dieser Sektoren von Bedeutung sind. Erstens betrifft dies die Veräußerung von staatlichen Unternehmen oder öffentlichen Einrichtungen in den angesprochenen Sektoren. Diesbezüglich hat die EU in Annex I einen eigenen Vorbehalt verankert. Sodann soll die Frage behandelt werden, was unter „öffentlich finanzierten Dienstleistungen“ zu verstehen ist. Da in allen drei genannten Sektoren diesbezügliche Vorbehalte bestehen, ist es zweckmäßig, die entsprechende Analyse dazu vor die Klammer zu ziehen.

---

<sup>265</sup> Siehe dazu oben zur entsprechenden Klarstellung in Kap 10 Art X.4: „*measures seeking to ensure the conservation and protection of natural resources and environment including limitations on the availability, number and scope of concessions granted [...]*“.

<sup>266</sup> Ebenfalls nicht vom Vorbehalt erfasst ist der Transport von Wasser über weitere Strecken in Pipelines, vgl ISIC rev. 3.1, p 129. Da das österreichische Rohrleitungsgesetz gem § 1 Abs 1 leg cit nicht für die gewerbsmäßige Beförderung von Wasser in Rohrleitungen gilt, hat auch der diesbezügliche Annex I Vorbehalt Österreichs im Wassersektor keine Relevanz, vgl CETA 2014, 1230.

a. *Veräußerung bestehender staatlicher Unternehmen und öffentlicher Einrichtungen*

Die EU hat in Annex I einen Vorbehalt für die Sektoren Gesundheit, Soziales und Bildung eingetragen (CPC 92, CPC 93).<sup>267</sup> Dieser bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich auf Investitionen.

Der Vorbehalt betrifft die Veräußerung<sup>268</sup> bestehender staatlicher Unternehmen (*state enterprise*) bzw öffentlicher Einrichtungen (*governmental entity*), die mit der Erbringung von Gesundheits-, Sozial- oder Bildungsdienstleistungen betraut sind. Der Begriff des staatlichen Unternehmens erfasst dabei auch solche Unternehmen, die erst nach Inkrafttreten des CETA gegründet werden, sofern sie ausschließlich der Veräußerung bestehender staatlicher Unternehmen oder öffentlicher Einrichtungen dienen.

Jeder Mitgliedstaat kann im Zuge der Veräußerung eine Beteiligung von Investoren aus Kanada bzw aus Nicht-Vertragsstaaten (sowie von deren jeweiligen Investitionen innerhalb der EU) gänzlich untersagen bzw anderen Beschränkungen unterwerfen; ebenso kann der Mitgliedstaat die Kontrolle der Eigentümer über das neu entstandene Unternehmen Beschränkungen unterwerfen. Weiters dürfen im Zuge der Veräußerung Staatsbürgerschaftserfordernisse hinsichtlich der Unternehmensleitung sowie Beschränkungen der möglichen Anzahl von Dienstleistungserbringern beibehalten oder neu eingeführt werden.

Es ist bemerkenswert, dass dieser Vorbehalt die Wirkungsweise des Annex I massiv modifiziert: Es wird nämlich ausdrücklich bestimmt, dass **auch Maßnahmen, die nach Inkrafttreten des CETA erlassen werden** – und die die zum Zeitpunkt der Veräußerung die beschriebenen Beteiligungsverbote und -beschränkungen bzw sonstigen Beschränkungen (Unternehmenskontrolle, Staatsbürgerschaftserfordernisse, Anzahl der Dienstleistungserbringer) statuieren – als „**bestehende Maßnahmen**“ gelten. Damit unterliegen diese Maßnahmen weder dem *Standstill*- noch dem *Ratchet*-Effekt. Die Mitgliedstaaten können derartige Verbote bzw Beschränkungen daher bis zur tatsächlichen Veräußerung erlassen bzw modifizieren und damit die betreffenden Rahmenbedingungen der Veräußerung festlegen. Die spätere „Rücknahme“ derartiger Veräußerungen deckt der Vorbehalt grundsätzlich nicht ab. Allerdings könnte beim Verkauf ein Rückkaufs- oder Vorkaufsrecht (im Fall eines geplanten Weiterverkaufs) vereinbart werden. Eine derartige Vereinbarung könnte als „*limitation on the ownership*“ durchaus vom Vorbehalt erfasst sein.

b. *Vorbehalte hinsichtlich öffentlich finanzierter Dienstleistungen*

In den Sektoren Bildung, Gesundheit und Soziales hat die EU *jeweils* weit gefasste Vorbehalte verankert, wonach Maßnahmen bezüglich Dienstleistungen „*which receive public funding or state support in any form, and are therefore not considered to be privately*

---

<sup>267</sup> CETA 2014, 1206 f.

<sup>268</sup> „Any EU Member State, when selling or disposing of its equity interests or the assets of an existing state enterprise or an existing governmental entity providing health, social or education services [...]“.

*funded*<sup>269</sup> jeweils von bestimmten Liberalisierungsverpflichtungen ausgenommen sind. Diese Beschränkung soll aus Sicht der Kommission wesentlich zum Schutz von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge beitragen.<sup>270</sup> Allerdings ist die Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Finanzierung weniger klar, als es auf den ersten Blick scheint.<sup>271</sup>

Zunächst stellt sich die Frage, in welche Kategorie Dienstleistungen fallen, die weder zur Gänze öffentlich noch zur Gänze privat finanziert werden. Es stellt sich also die Frage, wie mit **Mischfinanzierungen** umzugehen ist und ob sich die Liberalisierungsverpflichtungen tatsächlich ausschließlich auf privat finanzierte Dienstleistungen beschränken.

Versteht man die Wendung „*in any form*“ als quantitatives Element, erfasst der Vorbehalt sämtliche Dienstleistungen, die auch nur teilweise staatlich finanziert oder gefördert werden. Demnach wären rein privat finanziert erbrachte Dienstleistungen von den Liberalisierungsverpflichtungen erfasst.<sup>272</sup>

Eine restriktive Auslegung der Wendung „*public funding or state support in any form*“ könnte das Element „*in any form*“ jedoch nicht als quantitatives Element verstehen sondern als staatliches Ermessen nur hinsichtlich der gewählten Form der Finanzierung (direkte Förderung; Steuererleichterungen etc) auffassen.

Letztlich dürften gute Gründe für ein weites Verständnis sprechen. Wie ein Schiedstribunal die fragliche Wendung im Streitfall auslegen würde, ist allerdings unklar. Daher wäre eine diesbezügliche Klarstellung im CETA notwendig.

Es kann nicht zur Gänze ausgeschlossen werden, dass die Wendung „öffentlich finanzierte“ Bildungs-, Gesundheits- oder Sozialleistungen von Schiedsgerichten restriktiv interpretiert wird.<sup>273</sup> So könnte ein Tribunal zB vertreten, dass als öffentlich finanzierte Leistungen im Fall von Mischfinanzierungen nur solche gelten, die überwiegend öffentlich finanziert sind. Es wäre für teilweise öffentlich finanzierte Bildungs-, Gesundheits- oder Sozialleistungen kein Vorbehalt eingetragen und Kanada könnte im Wege eines Staat-Staat-Schiedsverfahrens für kanadische Unternehmen eine nichtdiskriminierende Behandlung bei der Erbringung dieser Leistungen verlangen.

Hinzu kommt noch, dass der Vorbehalt keine Ausnahme von den Investitionsschutzstandards in Kap 10 Abschnitt 4 darstellt. Änderungen im innerstaatlichen Finanzierungsregime, die den Marktanteil eines bereits etablierten privaten kanadischen Bildungsanbieters oder Krankenhausbetreibers verringern, könnten daher zu einem Investor-Staat-Schiedsverfahren führen. In diesem Zusammenhang ist noch einmal der weite Investitionsbegriff im CETA hervorzuheben. Erfasst sind etwa auch

---

<sup>269</sup> ZB CETA 2014, 1510.

<sup>270</sup> Europäische Kommission, Schutz öffentlicher Dienste in der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) und in anderen EU-Handelsabkommen (04.07.2014).

<sup>271</sup> *Krajewski/Kynast*, Auswirkungen (2014) 24 f, die mit der in CETA gewählten Klausel etliche Probleme ausgeräumt sehen und jedenfalls mischfinanzierte Dienstleistungen für ausgenommen halten.

<sup>272</sup> Fraglich könnte freilich sein, ob erst ab einem gewissen Anteil öffentlicher Mittel von einer öffentlichen Finanzierung auszugehen ist.

<sup>273</sup> Zu möglichen Auslegungsalternativen s oben III.G.3.b.

Unternehmensbeteiligungen kanadischer Investoren etc, was im Ergebnis zu einem sehr weiten Kreis potentieller Kläger führt.

Unabhängig davon, wie mit Mischfinanzierungen aus öffentlichen und privaten Mitteln umzugehen ist, stellt sich die Frage, welche Formen der Finanzierung unter *public funding* bzw *state support in any form* iSd CETA zu verstehen sind. So ist beispielsweise unklar, ob die Finanzierung einer Leistung über vom (privaten) Leistungsempfänger bezahlte – hoheitlich auferlegte – Gebühren eine Form der öffentlichen oder privaten Finanzierung darstellt.<sup>274</sup> Unklar ist auch, ob Beiträge zu einer gesetzlichen Krankenversicherung als *öffentliche Finanzierung* gelten. Genauer wäre zu fragen, ob mittels Beiträgen zur öffentlichen Krankenversicherung finanzierte Leistungen als öffentlich finanziert gelten können. Aufgrund der hoheitlichen Natur der gesetzlichen Sozialversicherung<sup>275</sup> erschiene dies jedenfalls nicht unplausibel.

Weniger problematisch dürfte die Abgrenzung jedenfalls sein, wenn die Leistung durch private Beiträge lediglich (in relativ geringem Ausmaß) mitfinanziert wird. Zu denken wäre etwa an (nicht-kostendeckende) Studien-, Behandlungsbeiträge etc: Eine Mischfinanzierung dürfte – wie oben dargelegt – der Qualifikation als öffentlich finanzierte Leistung nicht entgegenstehen, zumal der überwiegende Anteil der Kosten in diesen Fällen aus öffentlichen Mitteln gedeckt wird.<sup>276</sup>

Wie sich aus der Formulierung der jeweiligen Vorbehalte ergibt – diese beziehen sich auf *services*, nicht *service suppliers* – kommt es bei der Frage der öffentlichen bzw privaten Finanzierung auf die Finanzierung der konkreten Dienstleistung und nicht des Dienstleistungserbringers an.

Soweit zB eine öffentlich finanzierte Universität auch Leistungen anbietet, die zur Gänze privat finanziert werden (MBA-Programm, das vollständig über Studienbeiträge finanziert wird etc), handelt es sich dabei um privatfinanzierte (Bildungs-)Dienstleistungen. Die Regelung derartiger Dienstleistungen ist nicht vom einschlägigen Vorbehalt erfasst und unterliegt daher – vorbehaltlich sonstiger Ausnahmen und Vorbehalte – den Liberalisierungsverpflichtungen des CETA. Decken hingegen die Kursgebühren, die zB für einen Volkshochschulkurs bezahlt werden, nicht sämtliche Kosten der Dienstleistungserbringung, handelt es sich um eine zumindest zum Teil öffentlich finanzierte Dienstleistung, die – nach der hier vertretenen weiten Lesart – vom Vorbehalt erfasst ist, nach restriktiver Lesart hingegen nicht zwangsläufig.

<sup>274</sup> Näher *Krajewski/Kynast*, Auswirkungen (2014) 32, die als Beispiel privat entrichtete, hoheitlich auferlegte Abfallgebühren bei bestehendem Anschlusszwang anführen. Ein weiteres Beispiel könnten etwa Kanalgebühren bei bestehendem Anschlusszwang darstellen. Die konkreten Ausnahmen im CETA betreffen jedoch den Bereich der *environmental services* gerade nicht, sodass diese Beispiele im vorliegenden Zusammenhang nicht zu vertiefen sind.

<sup>275</sup> Diese kommt in der Ausnahme der gesetzlichen Sozialversicherung vom Anwendungsbereich des Kapitels über Finanzdienstleistungen zum Ausdruck; vgl auch Art I:3 lit b GATS iVm Annex on Financial Services, Sect 1 (b) (ii). Dazu oben III.B.2.

<sup>276</sup> Wie sich aus den Ausführungen zu Mischfinanzierungen ergibt, wäre in derartigen Konstellationen nicht-kostendeckender Beitragszahlungen die Einordnung der von den Studierenden bzw behandelten Personen bezahlten Beiträge als öffentliche oder private Finanzierung letztlich wohl nicht entscheidend.

In der Folge sollen die daseinsvorsorgerelevanten Ausnahmen und Vorbehalte im CETA der Reihe nach hinsichtlich der Sektoren Bildung, Gesundheit und Soziales näher analysiert werden.

### c. Bildung

Die EU hat in Annex II einen Vorbehalt im Bereich Bildung eingetragen (*education services*, CPC 92). Dieser bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, Leistungsanforderungen sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich auf die Kapitel zu Investitionen und grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung.

Die EU behält sich (und den Mitgliedstaaten) damit zunächst das Recht vor, jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von öffentlich finanzierten Bildungsdienstleistungen zu erlassen oder beizubehalten.<sup>277</sup> Dieser Vorbehalt bezieht sich auf alle Bildungsstufen [(prä-)primär, sekundär, post-sekundär] ebenso wie auf Erwachsenenbildung und sonstige Bildungsdienstleistungen.

Hinsichtlich der Reichweite des Vorbehalts ist auf die allgemeinen Ausführungen zur Frage, was unter öffentlich finanzierten Dienstleistungen zu verstehen ist, zu verweisen.<sup>278</sup>

Die Leistungserbringung durch privat organisierte und auch zu einem großen Teil privat finanzierte Schulen wird in Österreich durch zT weitreichende öffentliche Unterstützungen mitfinanziert. Erbringt eine Privatschule Bildungsdienstleistungen, die auch durch öffentliche Zuwendungen mitfinanziert werden, kann nach der hier vertretenen Ansicht davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um eine öffentlich finanzierte Dienstleistung iSd CETA handelt.

Allerdings kann, wie oben ausgeführt, nicht zur Gänze ausgeschlossen werden, dass die Wendung „öffentlich finanzierte Bildungsleistungen“ von Schiedsgerichten auch anders interpretiert wird.<sup>279</sup>

Hinzu kommt noch, dass der Vorbehalt keine Ausnahme von den Investitionsschutzstandards in Kap 10 Abschnitt 4 darstellt. Änderungen im innerstaatlichen Finanzierungsregime, die den Marktanteil eines bereits etablierten privaten kanadischen Bildungsanbieters (etwa im Bereich der Erwachsenenbildung) verringern, könnten daher zu einem Investor-Staat-Schiedsverfahren führen. Dabei ist auch noch einmal an den weiten Investitionsbegriff zu erinnern, der auch Unternehmensbeteiligungen etc erfasst.

#### - *Sonstige Bildungsdienstleistungen*

Weiters behält die EU sich (und den meisten Mitgliedstaaten, einschließlich Österreichs) das Recht vor, jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von privat finanzierten *sonstigen Bildungsdienstleistungen* zu erlassen oder beizubehalten. Diese Auffangkategorie umfasst Bildungsdienstleistungen, die unter keine der anderen Kategorien fallen. Darunter

---

<sup>277</sup> CETA 2014, 1508.

<sup>278</sup> S dazu oben III.G.3.b.

<sup>279</sup> Zu möglichen Auslegungsalternativen s oben III.G.3.b.

könnten etwa Fahrschulen zu verstehen sein. Sofern ein Mitgliedstaat die Erbringung privat finanzierter Bildungsdienstleistungen durch ausländische Dienstleister erlaubt, kann die Teilnahme der privaten Dienstleistungserbringer von der Erlangung einer beschränkten Anzahl von Konzessionen abhängig gemacht werden. Die Vergabe solcher Konzessionen hat auf einer nicht-diskriminierenden Basis zu erfolgen.

- *Österreichische Vorbehalte: Höhere Bildungsdienstleistungen*

Auch Österreich hat im Bildungsbereich Vorbehalte in Annex I und II verankert. Der einschlägige Vorbehalt in Annex I betrifft den Subsektor der höheren Bildungsdienstleistungen (*higher education services*). Der Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und erstreckt sich sowohl auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung als auch auf Investitionen.

Der Vorbehalt betrifft die Akkreditierung von privat finanzierten Fachhochschul-Studiengängen bzw. Privatuniversitäten. Allerdings bezieht sich der Vorbehalt zum Teil auf eine veraltete Rechtslage. Unter *“Measures”* sind folgende Bestimmungen angeführt:

- *University of Applied Sciences Studies Act*, BGBl I Nr. 340/1993 *as amended*, § 2;
- *University Accreditation Act*, BGBl. I Nr. 168/1999 *as amended*, § 2

Das Universitäts-Akkreditierungsgesetz ist jedoch mit 29.02.2012 außer Kraft getreten. Im Zuge einer umfassenden Neugestaltung im Rahmen des Qualitätssicherungsrahmengesetzes<sup>280</sup> wurden unter anderem ein Gesetz über die externe Qualitätssicherung im Hochschulwesen und die Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria (Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz, HS-QSG) und ein Bundesgesetz über Privatuniversitäten (Privatuniversitätengesetz, PUG) erlassen sowie das Fachhochschul-Studiengesetz (FHStG) geändert. Vor diesem Hintergrund scheint auch die nähere Beschreibung des Inhalts der Ausnahme in der Rubrik *„Description“* teilweise überholt, soweit sie sich etwa auf den Fachhochschulrat bzw. den Akkreditierungsrat bezieht.

Da es sich um einen Vorbehalt im Rahmen des Annex I handelt, könnte es fraglich sein, inwiefern es sich bei den neuen Bestimmungen um bestehende Maßnahmen handelt. Zudem könnte insb. der Verweis auf § 2 FHStG zu eng sein: Darin ist nur eine der intendierten Beschränkungen des Marktzugangs genannt, nämlich, dass der überwiegende Unternehmensgegenstand des Investors in der Errichtung, Erhaltung und im Betrieb von Fachhochschul-Studiengängen liegen muss. Die weiteren Akkreditierungsvoraussetzungen sind hingegen insb. in § 8 FHStG angeführt; diese sind in der Beschreibung des Vorbehalts jedoch allenfalls bruchstückhaft wiedergegeben (Bedarfs- und Akzeptanzerhebung für den vorgeschlagenen Studiengang). Dies könnte vor dem Hintergrund problematisch sein, dass bei der Auslegung der Vorbehalte den unter *„Measures“* genannten Bestimmungen besondere Bedeutung zukommt. Auf die Akkreditierungsvoraussetzungen, wie sie im PUG normiert sind, wird zudem nicht explizit verwiesen. Diese weichen jedoch von den Akkreditierungsvoraussetzungen in § 2 UniAkkG ab.

Die Problematik könnte allerdings durch den zweiten Vorbehalt entschärft werden, den Österreich in Annex II hinsichtlich der Subsektoren der höheren Bildungsdienstleistungen

---

<sup>280</sup> BGBl I 74/2011.

und Erwachsenenbildung (*higher education services, adult education services*) eingetragen hat. Der Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung und erstreckt sich sowohl auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung als auch auf Investitionen.

Einerseits behält sich Österreich das Recht vor, jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von privat finanzierten höheren Bildungsdienstleistungen zu erlassen oder beizubehalten (CPC 923). Andererseits behält sich Österreich das Recht vor, die grenzüberschreitende Erbringung privat finanzierter Erwachsenenbildung durch Hörfunk oder Fernsehen zu verbieten. Eine Erbringung über das Internet ist hingegen nicht ausgeschlossen.

#### *d. Gesundheit*

Hinsichtlich des Bereichs Gesundheit hat die EU in Annex II eine Reihe von Vorbehalten eingetragen: Zwei Vorbehalte beziehen sich auf Humangesundheitsdienstleistungen (CPC 931) mit Ausnahme näher genannter gesundheitsbezogener beruflicher Dienstleistungen, für die ein eigener Vorbehalt verankert wurde.<sup>281</sup>

In der Folge sind insb die beiden Vorbehalte hinsichtlich der Erbringung von Humangesundheitsdienstleistungen von besonderem Interesse.

Der Geltungsbereich der Vorbehalte erstreckt sich insb auf **Krankenanstalten, Rettungsdienstleistungen sowie sonstige Gesundheitsdienstleistungen durch andere Gesundheitseinrichtungen** (zu denken ist etwa an Heilbäder, Kurhotels etc).

Der erste diesbezügliche Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, Leistungsanforderungen sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich auf Teile des Kapitels über Investitionen.<sup>282</sup>

Inhaltlich deckt dieser Vorbehalt unterschiedliche Bereiche ab, wobei jeweils zu differenzieren ist, welche Dienstleistungen von welchem Teil des Vorbehalts erfasst sind:

##### *- Öffentlich finanzierte Gesundheitsdienstleistungen*

Zunächst behält die EU sich (und den Mitgliedstaaten) das Recht vor, **jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von öffentlich finanzierten Dienstleistungen** in den erfassten Bereichen zu erlassen oder beizubehalten.<sup>283</sup>

Im österreichischen Kontext kategorisiert das KAKuG<sup>284</sup> die in seinen Anwendungsbereich fallenden Krankenanstalten nach der Art ihrer Finanzierung wie folgt:

---

<sup>281</sup> CPC 931 except for 9312 Medical and Dental Services and part of 93191 relating to Midwife Services and Services provided by Nurses, Physiotherapeutic and Para-medical services, Psychologist Services, vgl CETA 2014, 1509 ff. S dazu weiter unten. Weiters wurden zwei Vorbehalte hinsichtlich Maßnahmen bezüglich des Einzelhandels mit pharmazeutischen, medizinischen und orthopädischen Produkten verankert, die im Rahmen der vorliegenden Studie jedoch nicht näher behandelt werden. Vgl CETA 2014, 1503 f.

<sup>282</sup> CETA 2014, 1510.

<sup>283</sup> Ausführlich zur Abgrenzung öffentlich und privat finanzierter Dienstleistungen s oben III.G.3.b.

<sup>284</sup> Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz BGBl I/1957 idF BGBl I 32/2014.

- Fonds-Krankenanstalten: alle öffentlichen Krankenanstalten und jene privaten gemeinnützigen Krankenanstalten, die aus den sog Länderfonds finanziert werden;
- Private gemeinnützige Krankenanstalten, die nicht über die Länderfonds öffentlich finanziert werden, sondern auf Grundlage individueller Verträge mit den jeweiligen Sozialversicherungsträgern;
- Private gewinnorientierte Krankenanstalten, die für medizinische Leistungen, die als Versicherungsleistungen gelten, ebenfalls eine öffentliche Finanzierung erhalten (entweder auf Grundlage des PRIKRAF-G<sup>285</sup>, oder – wenn sie nicht unter das PRIKRAF-G fallen – aufgrund individueller Verträge mit den Sozialversicherungsträgern, oder mittelbar, indem die Patienten einen Kostenersatz bei den jeweiligen Sozialversicherungsträgern geltend machen können).<sup>286</sup>

Aus dem Vorbehalt in Annex II, wonach die Mitgliedstaaten jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von öffentlich finanzierten Dienstleistungen in den erfassten Bereichen erlassen oder beibehalten dürfen, folgt zunächst, dass der Zugang kanadischer Krankenanstalten als öffentliche Krankenanstalten und als private gemeinnützige Krankenanstalten nach dem KAKuG eingeschränkt bzw reguliert werden kann, weil diese ganz überwiegend öffentlich finanzierte Gesundheitsdienstleistungen erbringen.<sup>287</sup>

Hinsichtlich der Reichweite des Vorbehalts ist auf die allgemeinen Ausführungen zur Frage, was unter öffentlich finanzierten Dienstleistungen zu verstehen ist, zu verweisen.<sup>288</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht kann davon ausgegangen werden, dass der Vorbehalt auch Beschränkungen hinsichtlich des Marktzugangs von kanadischen Unternehmen als private gewinnorientierte Krankenanstalten deckt, sofern die Leistungen, die sie erbringen sollen, öffentlich (mit-)finanziert werden, etwa über das PRIKRAF-System. Eine Ungleichbehandlung mit anderen privaten gewinnorientierten Krankenanstalten in Österreich wäre in diesem Umfang vom Vorbehalt gedeckt. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn sich kanadische Unternehmen als rein privat finanzierte Krankenanstalten (zB Schönheitskliniken) am österreichischen Markt etablieren möchten.

Freilich kann, wie oben ausgeführt, nicht zur Gänze ausgeschlossen werden, dass die Wendung „öffentlich finanzierte Leistungen“ von Schiedsgerichten auch anders interpretiert wird.<sup>289</sup> So könnte ein Tribunal zB vertreten, dass als „öffentlich finanzierte Leistungen“ im Fall von Mischfinanzierungen nur solche gelten, die *überwiegend* öffentlich finanziert sind. Dann wären die Leistungen privater gewinnorientierter Krankenanstalten, die nur zu einem geringen Teil durch öffentliche Zuwendungen mitfinanziert werden, nicht vom entsprechenden Vorbehalt erfasst. Beschränkungen des Marktzugangs oder Ungleichbehandlungen kanadischer Unternehmen, die solche Leistungen am österreichischen Markt erbringen wollen, stünden damit im Widerspruch zu CETA.

---

<sup>285</sup> Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfondsgesetz BGBl I 165/2004 idF BGBl I 81/2013.

<sup>286</sup> Für eine überblicksmäßige Darstellung des KAKuG und der verschiedenen Kategorien von Krankenanstalten *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg) Öffentliches Wirtschaftsrecht I<sup>3</sup> (2013) 377 ff; *Damjanovic*, Legal Structure (2015).

<sup>287</sup> Dabei ist nach den jeweiligen Leistungen zu differenzieren. Auch öffentliche Fonds-Krankenanstalten können über die Erbringung von Sonderklasse-Leistungen private Einnahmen lukrieren. In einem solchen Fall wäre zu untersuchen, ob es sich dabei um rein privat finanzierte Dienstleistungen handeln könnte.

<sup>288</sup> S oben III.G.3.b.

<sup>289</sup> S dazu oben III.G.3.b.

- *Privat finanzierte Dienstleistungen*

Weiters behält die EU sich (und den Mitgliedstaaten) das Recht vor, jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von privat finanzierten Gesundheitsdienstleistungen durch spezielle Einrichtungen – wie medizinische Labors, Blutbanken etc – zu erlassen oder beizubehalten.<sup>290</sup> Maßnahmen in Bezug **auf privat finanzierte Krankenanstalten- oder Rettungsdienstleistungen** sind hingegen nicht erfasst.

Zudem kann die Beteiligung privater Betreiber am privat finanzierten Gesundheitsnetzwerk lediglich von der **Erteilung einer Genehmigung** (auf nicht-diskriminierender Basis) abhängig gemacht werden bzw einem **Bedarfstest** unterworfen werden. Als wesentliche Kriterien kommen dabei die Anzahl bestehender Einrichtungen bzw die Auswirkungen auf diese, die geografische Verteilung, die Bevölkerungsdichte, die Verkehrsinfrastruktur sowie die Schaffung neuer Arbeitsplätze in Frage.

Der Zugang privater gewinnorientierter Unternehmen zum österreichischen Markt kann im Einklang mit CETA grundsätzlich von einer **Bedarfsprüfung** abhängig gemacht werden. Das KAKuG sieht eine solche Bedarfsprüfung allerdings nur mehr für jene privaten gewinnorientierten Unternehmen vor, die Versicherungsleistungen erbringen und damit öffentliche Zuwendungen erhalten, nicht allerdings für die rein privat finanzierten Krankenanstalten.<sup>291</sup> Das ist vor dem Hintergrund der EU-Grundfreiheiten (insb der Niederlassungsfreiheit) und dem hier einschlägigen Judikat *Hartlauer*<sup>292</sup> zu sehen: Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch eine Bedarfsprüfung lässt sich rechtfertigen, wenn ohne eine solche Beschränkung die Stabilität und Finanzierung des öffentlichen Gesundheitssystems gefährdet sein könnte. Das ist bei einer Öffnung, also dem Wegfall der Bedarfsprüfung für private gewinnorientierte Unternehmen, die öffentliche Zuwendungen erhalten der Fall, nicht aber zwingend bei rein privat finanzierten Krankenanstalten. Für letztere schränkt also schon das Unionsrecht die Möglichkeit einer Bedarfsprüfung ein. Da der Vorbehalt nur eine **nichtdiskriminierende** Konzessionierung und damit auch Bedarfsprüfung vorsieht, darf eine solche grundsätzlich auch nicht für kanadische, rein privat finanzierte Krankenanstalten vorgesehen werden.

- *Rettungsdienstleistungen*

Zusätzlich zum Vorbehalt der EU für öffentlich (mit)finanzierte Rettungsdienstleistungen hat Österreich einen weitergehenden Vorbehalt hinsichtlich **privat finanzierter Rettungsdienstleistungen** verankert.<sup>293</sup> Dieser bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, Leistungsanforderungen sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich wiederum auf Teile des Investitionskapitels. Österreich behält sich das Recht vor, **jegliche Maßnahmen** in Bezug

---

<sup>290</sup> Die einschlägige *Explanatory Note* zur CPC-Auffangkategorie 93199 (*other human health services n. e. c.*) nennt als mögliche Bereiche “*morphological or chemical pathology, bacteriology, virology, immunology, etc., and services not elsewhere classified, such as blood collection services*“, s <<http://unstats.un.org/UNSD/cr/registry/regcs.asp?Cl=9&Lg=1&Co=93199>> [30.06.2015].

<sup>291</sup> § 3 (2a) KAKuG.

<sup>292</sup> EuGH Rs C-169/07 (*Hartlauer*).

<sup>293</sup> CETA 2014, 1521. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Deutschland und etliche andere Mitgliedstaaten zusätzlich zu den Vorbehalten der EU umfangreiche Vorbehalte zu Gesundheitsdienstleistungen verankert haben. Vgl nur für Deutschland Annex I, CETA 2014, 1335 ff.

auf die Erbringung von privat finanzierten Rettungsdienstleistungen zu erlassen oder beizubehalten.

Konzessionen für Rettungsdienstleistungen werden in Österreich direkt auf der Grundlage von Landesgesetzen typischerweise an gemeinnützige Vereine übertragen. Die Bestimmungen über die Konzessionierung von Rettungsdienstleistungen variieren dabei von Bundesland zu Bundesland erheblich. Nachdem die EU allgemein für alle öffentlich finanzierten Gesundheitsdienstleistungen, wozu auch Rettungsdienstleistungen zählen,<sup>294</sup> einen Vorbehalt in Hinblick auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung eingetragen hat und Österreich zusätzlich auch für alle privat finanzierten Rettungsdienstleistungen einen weitreichenden Vorbehalt in Annex II eingetragen hat, ist nicht davon auszugehen, dass aus CETA die Verpflichtung folgt, dieses System der Konzessionierung in den Ländergesetzen zu ändern und Rettungsdienstleistungen grundsätzlich auch für kanadische Unternehmen zu öffnen.

Eine solche Verpflichtung zur Öffnung folgt im Übrigen auch nicht aus dem Beschaffungskapitel des CETA, weil Rettungsdienstleistungen vom CETA Beschaffungskapitel nicht erfasst sind: Der sachliche Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels wird quasi im Sinne einer Positivliste definiert, dh nicht alle Dienstleistungen sind grundsätzlich erfasst (wie im Rahmen des EU-Vergaberechts), sondern nur jene, die in Annex 5 des Beschaffungskapitels ausdrücklich angeführt sind. Da Gesundheits- oder Rettungsdienstleistungen nicht in Annex 5 ausdrücklich angeführt sind, regelt CETA auch nicht, wie Rettungsdienstleistungen zu beauftragen sind, bzw enthält keine Verpflichtung, dass diese auch gegenüber Anbietern aus dem Gebiet des Vertragspartners auszuschreiben sind.

- *Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung*

Der zweite Annex II Vorbehalt der EU hinsichtlich Krankenanstalten, Rettungsdienstleistungen sowie sonstigen Gesundheitsdienstleistungen durch andere Gesundheitseinrichtungen bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung mit Blick auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung.<sup>295</sup>

Die EU behält sich (und den meisten Mitgliedstaaten, einschließlich Österreichs) das Recht vor, in den erfassten Bereichen **jegliche Maßnahmen** zu erlassen oder beizubehalten, **die eine grenzüberschreitende Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen beschränken** bzw die die Niederlassung oder physische Anwesenheit des jeweiligen Dienstleistungserbringers voraussetzen. Es ist daran zu erinnern, dass die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung in CETA sowohl die Erbringung einer Gesundheitsdienstleistung vom Gebiet einer Partei ins Gebiet einer anderen Partei als auch die Erbringung im Gebiet einer Partei an einen Dienstleistungskonsumenten der anderen Partei erfasst.<sup>296</sup>

Im ersten Fall wird eine Gesundheitsdienstleistung etwa über das Internet erbracht (zB medizinische Beratung über das Internet). Allerdings haben die EU und ihre

---

<sup>294</sup> Vgl Zuordnung zu CPC 931.

<sup>295</sup> CETA 2014, 1509.

<sup>296</sup> Vgl Kap 11 Art X-08.

Mitgliedstaaten<sup>297</sup> sich vorbehalten, für die Erbringung von Gesundheitsleistungen in ihrem Hoheitsgebiet grundsätzlich eine Niederlassung bzw (in Bezug auf natürliche Personen) die physische Präsenz in ihrem Hoheitsgebiet verlangen zu können. Für den Betrieb einer Krankenanstalt wird eine solche ohnehin *de facto* erforderlich sein, weil diese naturgemäß eine Betriebsanlage voraussetzt.

Im zweiten Fall geht es um die Frage, ob sich ein Unionsbürger in einer in Kanada niedergelassenen Krankenanstalt behandeln lassen kann (**Patientenmobilität**) – eine Konstellation, die wie erwähnt ebenfalls als grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung im Sinne des CETA gilt. Sofern er dies privat finanziert, ist dies auch heute schon (also ohne das Freihandelsabkommen) grundsätzlich möglich. Eine andere Frage ist aber, ob sich aus CETA eine Verpflichtung ergibt, eine derartige grenzüberschreitende medizinische Behandlung durch die gesetzliche Sozialversicherung des Unionsbürgers, der die Leistung in Anspruch nimmt, zu finanzieren.

Gerade dieser Frage der Kostenerstattung für eine im Ausland in Anspruch genommene medizinische Behandlung kommt praktisch besondere Relevanz zu.<sup>298</sup> Daraus könnten nämlich erhebliche Kosten für das heimische Gesundheitssystem sowie die Volkswirtschaft im Allgemeinen entstehen. Die negativen Folgen für die Finanzierung bzw Verfügbarkeit der entsprechenden Daseinsvorsorgeleistungen in Österreich lassen sich an dieser Stelle nicht abschätzen, wären aber möglicherweise gravierend.<sup>299</sup>

Auf Grundlage des genannten Vorbehalts könnte eine entsprechende Kostenersatzpflicht nur dann mit Sicherheit ausgeschlossen werden, wenn die EU sich und den Mitgliedstaaten damit die Erlassung oder Beibehaltung jeglicher Maßnahme hinsichtlich beider Arten der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung vorbehalten hätte. Dies lässt sich dem Wortlaut des Vorbehalts aber nicht mit Sicherheit entnehmen.<sup>300</sup> Es ist damit nicht klar, ob sich der Vorbehalt auf die Konstellationen der Patientenmobilität bezieht. Der oben erörterte Vorbehalt in Bezug auf öffentlich finanzierte Gesundheitsdienstleistungen bezieht sich jedenfalls nicht auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung und kann daher von vornherein nicht auf den Fall der Patientenmobilität angewendet werden. Im Ergebnis könnten sich daher aus dem CETA Kostenersatzpflichten in Folge von Patientenmobilitätsfällen ergeben, wodurch die öffentliche Finanzierung von medizinischen Leistungen durch gesetzliche Sozialversicherungsträger im Inland unter Druck geraten könnte.

---

<sup>297</sup> Mit gewissen Ausnahmen, die allerdings Österreich nicht betreffen.

<sup>298</sup> EU-intern ist die Patientenmobilität ua in der RL 2011/24/EU geregelt, die in Österreich im EU-Patientenmobilitätsgesetz (EU-PMG) umgesetzt wurde.

<sup>299</sup> Hinsichtlich der einschlägigen Verpflichtungen Österreichs im GATS ist zu differenzieren: hinsichtlich der Erbringungsart der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung (*Mode 1*) ist Österreich keine Bindungen eingegangen; hinsichtlich des Konsums einer Dienstleistung im Ausland (*Mode 2*) ist Österreich hingegen eine unbeschränkte Liberalisierungsverpflichtung eingegangen.

<sup>300</sup> Die relevante Passage lautet „[...] reserves the right to adopt or maintain any measure requiring the establishment or physical presence in their territory of suppliers and restricting the cross border provision of health services from outside their territory“.

- *Gesundheitsbezogene Berufe*

Bezüglich **Dienstleistungen im Bereich der gesundheitsbezogenen Berufe**<sup>301</sup> besteht ebenfalls ein Annex II-Vorbehalt der EU.<sup>302</sup> Dieser betrifft den Marktzugang mit Blick auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung.

Die erfassten Dienstleistungen dürfen demnach nur von natürlichen Personen erbracht werden, die sich physisch im Gebiet der EU aufhalten. In den meisten Mitgliedstaaten der EU, einschließlich Österreichs, setzt die Erbringung der erfassten Dienstleistungen den rechtmäßigen Aufenthalt (*residency*) des Dienstleistungserbringers voraus.

Österreich hat zudem in Annex I einen Vorbehalt verankert, wonach die Erbringung medizinischer Dienstleistungen grundsätzlich voraussetzt, dass der Dienstleistungserbringer über die Staatsangehörigkeit eines EWR-Staats oder der Schweiz verfügt. Dieser Vorbehalt Österreichs bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs sowie der Inländerbehandlung und betrifft das Investitionskapitel.<sup>303</sup> Der Vorbehalt bezieht sich allerdings zum Teil auf eine überholte Rechtslage.

In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass die Bestimmung des genauen Umfangs eines Vorbehalts – und damit des verankerten Schutzbereiches – einigermaßen kompliziert sein kann: Zunächst sind Dienstleistungen von Zahnärzten, Psychologen und Psychotherapeuten nicht vom Geltungsbereich erfasst. Mit anderen Worten erstreckt sich das Staatsbürgerschaftserfordernis von vornherein nicht auf die Dienstleistungserbringung durch Zahnärzte, Psychologen oder Psychotherapeuten. Aufgrund der geänderten innerstaatlichen Rechtslage ist das Staatsbürgerschaftserfordernis allerdings auch für Ärzte entfallen. Die einschlägigen – im Vorbehalt angeführten – Bestimmungen im ÄrzteG wurden mit 31.12.2014 aufgehoben.<sup>304</sup>

Der verbleibende Anwendungsbereich des Vorbehalts umfasst die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der gehobenen medizinisch-technischen Dienste<sup>305</sup> sowie im Bereich der medizinischen Masseure und Heilmasseure. Im Vorbehalt sind unter „*Measures*“ sowohl das MTD-Gesetz<sup>306</sup> als auch das MMHmG<sup>307</sup> angeführt, ohne dass jedoch auf spezifische Bestimmungen in diesen Gesetzen verwiesen wird. Der Vorbehalt ist insofern auch widersprüchlich, als er sich auf den Subsektor „*Medical services*“ bezieht und in der Rubrik „*Industry Classification*“ „*part of CPC 9312*“ angegeben wird; die gehobenen medizinisch-technischen Dienste und wohl auch die medizinischen Masseure und Heilmasseure fallen jedoch unter „*Other human health services*“ (CPC 9319).<sup>308</sup>

---

<sup>301</sup> Konkret handelt es sich um folgende Dienstleistungen: *Medical and Dental Services, Midwife Services, Nursing Services, Physiotherapeutic and Para-medical Services, Psychologist Services.*

<sup>302</sup> CETA 2014, 1511.

<sup>303</sup> CETA 2014, 1222 f.

<sup>304</sup> BGBl I 82/2014.

<sup>305</sup> Diese umfassen gem § 1 MTD-Gesetz den physiotherapeutischen Dienst; den medizinisch-technischen Laboratoriumsdienst; den radiologisch-technischen Dienst; den Diätendienst und ernährungsmedizinischen Beratungsdienst; den ergotherapeutischen Dienst; den logopädisch-phoniatrisch-audiologischen Dienst; sowie den orthoptischen Dienst.

<sup>306</sup> BGBl 460/1992 idF BGBl I 33/2015.

<sup>307</sup> BGBl 169/2002 idF BGBl I 33/2015.

<sup>308</sup> Die österreichische GATS Verpflichtung hinsichtlich der gehobenen medizinisch-technischen Dienste beschränkt den Marktzugang in der hier relevanten *Mode 3* auf natürliche Personen. Beschränkungen hinsichtlich der Inländerbehandlung wurden hingegen nicht eingetragen. Insofern erscheint das in CETA

### e. Soziales

Die EU hat in Annex II zwei Vorbehalte im Bereich der Sozialdienstleistungen eingetragen (*social services*, CPC 933). Sozialdienstleistungen decken eine breite Palette an sehr unterschiedlichen Aktivitäten ab. Darunter fallen Tagesbetreuungseinrichtungen für Kinder ebenso wie Alters- und Pflegeheime oder Beratungsstellen für diverse Lebenslagen etc.

#### - Öffentlich finanzierte Sozialdienstleistungen

Der erste diesbezügliche Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, Leistungsanforderungen sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich auf Teile des Investitionskapitals.<sup>309</sup> Die EU behält sich (und den Mitgliedstaaten) das Recht vor, **jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von öffentlich finanzierten Sozialdienstleistungen** zu erlassen oder beizubehalten.<sup>310</sup> Auch hier stellt sich die Frage, wie mit Mischfinanzierungen umzugehen ist.

Zudem kann die Beteiligung privater Betreiber am privat finanzierten Sozialnetzwerk von der **Erteilung einer Genehmigung** (auf nicht-diskriminierender Basis) abhängig gemacht werden bzw. einem **Bedarfstest** unterworfen werden. Als wesentliche Kriterien kommen dabei die Anzahl bestehender Einrichtungen bzw. die Auswirkungen auf diese, die geografische Verteilung, die Bevölkerungsdichte, die Verkehrsinfrastruktur sowie die Schaffung neuer Arbeitsplätze in Frage.

#### - Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung

Der zweite Annex II Vorbehalt der EU hinsichtlich Sozialdienstleistungen bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung mit Blick auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung.<sup>311</sup>

Die EU behält sich (und den meisten Mitgliedstaaten, einschließlich Österreichs) das Recht vor, in den erfassten Bereichen **jegliche Maßnahmen** zu erlassen oder beizubehalten **die eine grenzüberschreitende Erbringung von Sozialdienstleistungen beschränken** bzw. die die Niederlassung oder physische Anwesenheit des jeweiligen Dienstleistungserbringers voraussetzen.

Da Österreich im Bereich der sozialen Dienste hinsichtlich der hier insb. relevanten Erbringungsart der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung (*Mode 1*) keine Bindungen eingegangen ist, ist die entsprechende Ausnahme jedenfalls GATS-konform.

---

verankerte Staatsbürgerschaftserfordernis nicht GATS-konform. Hinsichtlich der medizinischen Masseurin und Heilmasseurin ist Österreich im GATS hingegen keinerlei Verpflichtungen eingegangen.

<sup>309</sup> CETA 2014, 1511.

<sup>310</sup> Ausführlich zur Abgrenzung öffentlich und privat finanzierter Dienstleistungen s. oben III.G.3.b. Es ist darauf hinzuweisen, dass andere Mitgliedstaaten auch für privat finanzierte Sozialdienstleistungen weitreichende Vorbehalte verankert haben. Vgl. etwa folgenden Annex II Vorbehalt Deutschlands: „Germany reserves the right to adopt and maintain any measure with respect to the provision of privately funded social services other than services relating to Convalescent and Rest Houses and Old People's Homes“, CETA 2014, 1575.

<sup>311</sup> CETA 2014, 1509.

- *Gemeinnütziger Wohnbau*

Das System des gemeinnützigen Wohnbaus in Österreich, wie es im WGG<sup>312</sup> geregelt ist, stellt in der EU eine Besonderheit dar, insofern als sich dieses nicht nur an eine kleine bedürftige Bevölkerungsgruppe richtet,<sup>313</sup> sondern einer breiten Bevölkerungsschicht offen steht (80 bis 90 % der Bevölkerung) und insofern eigentlich als Universaldienstleistung konzeptualisiert ist.

Im Rahmen des EU-Beihilfenrechts argumentiert die Europäische Kommission, dass öffentliche Leistungen im Wohnungssektor,<sup>314</sup> die sich an eine breite Bevölkerungsschicht richten, nicht als „Soziales Wohnen“ klassifiziert werden können. Unter „Sozialem Wohnen“ versteht die Europäische Kommission lediglich **die Bereitstellung von Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen**.<sup>315</sup> Daraus leitet sie dann auch allgemein ab, dass eine öffentliche Finanzierung derartiger umfassenderer Systeme mit dem EU-Beihilfenrecht unvereinbar ist.<sup>316</sup> Auf Ebene des Unionsrechts kann dem entgegengehalten werden, dass der gemeinnützige Wohnbau, selbst wenn das System nicht als soziale Leistung klassifiziert werden kann, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verstanden werden kann. Denn es gibt sehr gute Gründe im öffentlichen Interesse, staatlich geförderten Wohnraum nicht nur den sozial schwächeren Bevölkerungsgruppen, sondern auch einer breiten Bevölkerungsschicht zur Verfügung zu stellen:

*„Die Etablierung eines breiten marktfernen Segments von Mietwohnungen, soll ein zentrales Grundbedürfnis den Marktrisiken entziehen. Das soziale Wohnungswesen wird nicht bloß als soziale Fürsorge verstanden, sondern ist seiner gesellschaftspolitischen Funktion entsprechend an eine überwiegende Mehrheit der urbanen Bevölkerung adressiert.“<sup>317</sup>*

Zudem kommt den Mitgliedstaaten im Rahmen des EU Beihilfenrechts ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung zu, welche Leistungen als Dienstleistungen im allgemeinen Interesse gelten sollen. Insofern kann man argumentieren, dass die Europäische Kommission mit Blick auf den gemeinnützigen Wohnbau ihre Kompetenz bloß manifeste Fehler bei der Definition der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu kontrollieren,<sup>318</sup> überschreitet.<sup>319</sup> Die Kommission geht nämlich davon aus, dass öffentliche Zuwendungen für ein System des gemeinnützigen Wohnbaus nach EU Beihilfenrecht unzulässig sind, schon allein aus dem Grund, weil das System für eine breite Bevölkerungsschicht ausgerichtet ist.<sup>320</sup>

---

<sup>312</sup> Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz BGBl 139/1979 idF BGBl I 100/2014.

<sup>313</sup> Solche im Kern sozialen Leistungen im Wohnungsbereich kennt das österreichische System freilich auch.

<sup>314</sup> In Österreich beziehen sich derartige öffentliche Leistungen auf Steuererleichterungen und Wohnbauförderung nach dem WGG bzw den einschlägigen Bestimmungen der Landesfördergesetze, von denen eine breite Bevölkerungsschicht (indirekt) profitiert.

<sup>315</sup> Vgl Entscheidung 2012/21/EU, ABl 2012 L 7/3.

<sup>316</sup> Vgl zB E 2/2005.

<sup>317</sup> Siehe dazu etwa *Matznetter*, Social Housing Policy in a Conservative Welfare State, *Urban Studies* 2002, 265, 266.

<sup>318</sup> So die Kommission selbst, zB in COM (2011) 900, Rz 1.

<sup>319</sup> So *Damjanovic*, Legal Structure (2015) 227 ff; aM *Storr*, Wohnungsgemeinnützigkeit im Binnenmarkt, *JRP* 2012, 397.

<sup>320</sup> In diesem Zusammenhang ist an den seit Jahren schwelenden „Dutch Case“ zu erinnern, der den gemeinnützigen Wohnbau in den Niederlanden betrifft. Vgl dazu die jüngste erstinstanzliche Entscheidung des EuG in der Rs T-203/10 RENV vom 12.05.2015, welche die Position der Kommission

Österreich hat für den **gemeinnützigen Wohnbau** keinen Vorbehalt im CETA verankert. Es ist aber auch bezweifeln, dass man das österreichische System des gemeinnützigen Wohnbaus (zur Gänze) unter den Vorbehalt für soziale Leistungen subsumieren kann, weil das System – wie oben ausgeführt – weitgehend nicht als soziale Leistung iES sondern als Universalleistung gestaltet ist.

Insofern könnte Kanada im Bereich des gemeinnützigen Wohnbaus Marktzugang für seine Unternehmen geltend machen und dabei auch die spezifischen Kriterien, die nach §§ 1 ff WGG bei der Konzessionierung gemeinnütziger Träger gefordert werden (besondere Rechtsform, Sitz in Österreich, Bedarfsprüfung) auf Grundlage der Bestimmungen zum Marktzugang angreifen.

§ 1 Abs 1 WGG verlangt, dass gemeinnützige Bauvereinigungen in den Rechtsformen einer Genossenschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft zu organisieren sind und ihren Sitz im Inland haben müssen. § 3 WGG sieht eine Bedarfsprüfung bei der Konzessionierung von gemeinnützigen Bauträgern vor. Diese Kriterien stellen nach CETA unzulässige Einschränkungen des Marktzugangs bzw der Inländerbehandlung dar.<sup>321</sup>

Ein weiteres Problem könnte sich aus dem Investitionsschutz ergeben. So könnte zB ein gewinnorientiertes kanadisches Wohnbauunternehmen, das sich in Österreich am Markt etabliert hat, argumentieren, durch Änderungen im Finanzierungsregime für gemeinnützige Wohnbauträger Marktanteile zu verlieren. Ein solches Unternehmen könnte versuchen, diese Verluste in einem Investor-Staat-Schiedsverfahren geltend zu machen. Dabei ist auch noch einmal an den weiten Investitionsbegriff zu erinnern. Erfasst sind etwa auch Unternehmensbeteiligungen kanadischer Investoren etc, was im Ergebnis zu einem sehr weiten Kreis potentieller Kläger führt.

#### 4. Postdienstleistungen

In Annex I hat die EU einen Vorbehalt für bestimmte Postdienstleistungen verankert (*postal services part of CPC 751, part of CPC 71235, part of CPC 73210*). Der Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und erstreckt sich auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung sowie Investitionen.<sup>322</sup> Unter der Rubrik „Measures“ werden die Postrichtlinie 97/67/EG sowie die beiden Richtlinien zur Änderung der Postrichtlinie, RL 2002/39/EG sowie RL 2008/6/EG angeführt.

Demnach können die Mitgliedstaaten die Aufstellung von Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen, die Herausgabe von Postwertzeichen (Briefmarken) sowie die Zustellung von Einschreibsendungen im Rahmen von Gerichts- oder Verwaltungsverfahren Einrichtungen im Einklang mit den jeweiligen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränken.

Für jene Leistungen, für die eine allgemeine Universaldienstverpflichtung besteht, darf ein Lizenzierungsverfahren eingeführt werden. Dabei kann die Erteilung von Lizenzen an die

---

deutlich stärkt. Die weitere Entwicklung und insb wie der EuGH darüber entscheiden wird, bleibt abzuwarten.

<sup>321</sup> Dazu näher oben II.B.1 bzw II.B.2.

<sup>322</sup> CETA 2014, 1209.

Bedingung geknüpft werden, gewisse Universaldienstpflichten zu übernehmen und/oder Zahlungen in einen Ausgleichsfonds zu leisten.

## 5. Verkehr

Zwar haben die EU und Österreich partielle Vorbehalte im Verkehrsbereich vorgesehen. Ein allgemeiner Vorbehalt, der bestehende und künftige Maßnahmen im Bereich des öffentlichen (Personen-)Verkehrs umfassend absichern würde, wurde hingegen nicht im CETA verankert.

Die EU hat in Annex II einen Vorbehalt im Sektor „*Transport*“, Subsektor „*Road Transport*“ (CPC 712<sup>323</sup>) eingetragen.<sup>324</sup> Der Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung und erstreckt sich sowohl auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung als auch auf Investitionen.

Die EU behält sich (und den Mitgliedstaaten) ua das Recht vor, die grenzüberschreitende Erbringung von Straßenverkehrsdienstleistungen von einer Niederlassung innerhalb der EU abhängig zu machen. Obwohl es sich um einen Annex II Vorbehalt handelt, führt die EU als bestehende Maßnahmen folgende Rechtsakte an, die die Ausübung der jeweiligen Tätigkeiten an eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat der EU knüpfen: VO (EG) 1071/2009<sup>325</sup>, VO (EG) 1072/2009<sup>326</sup> sowie VO (EG) 1073/2009<sup>327</sup>.

Österreich hat einen komplementären Vorbehalt in Annex I verankert,<sup>328</sup> der sich ebenfalls auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung bezieht und sich sowohl auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung als auch auf Investitionen erstreckt. Österreich behält sich damit vor, „ausschließliche Rechte und/oder Genehmigungen“ im Bereich des Personen- oder Gütertransports nur Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats oder juristischen Personen, die ihre „*headquarters*“ in der EU haben, zu erteilen.

---

<sup>323</sup> Die CPC-Kategorie, auf die sowohl der Vorbehalt der EU als auch der komplementäre Annex I Vorbehalt Österreichs (dazu sogleich) verweisen, ist sehr weit; dort ist nicht die Rede von *road transport*, sondern von „*other land transport*“. CPC 712 umfasst unter anderem „*Urban and suburban regularly scheduled multi-stop passenger transportation via highways and other modes of land transport. Services classified here are motor-bus, tramway, trolley bus and similar services generally rendered on a franchise basis within the confines of a single city or group of contiguous cities. These services are provided over predetermined routes on a predetermined time schedule, may provide pick-up and discharge of passengers at any scheduled stop, and are open to any user. Exclusion: Urban and suburban passenger transportation by railway are classified in subclass 71112.*“

<sup>324</sup> CETA 2014, S 1516.

<sup>325</sup> Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers und zur Aufhebung der Richtlinie 96/26/EG des Rates, ABl 2009 L 300/51.

<sup>326</sup> Verordnung (EG) Nr. 1072/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum Markt des grenzüberschreitenden Güterkraftverkehrs (Neufassung), ABl 2009 L 300/72.

<sup>327</sup> Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 561/2006, ABl 2009 L 300/88.

<sup>328</sup> CETA 2014, S 1229.

Unter „Bestehende Maßnahmen“ nennt der österreichische Vorbehalt allerdings nur § 5 Güterbeförderungsgesetz und § 6 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz, die jeweils Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession nach dem jeweiligen Gesetz statuieren. Bei natürlichen Personen kommt es demnach (unter anderem) auf die EWR-Staatsangehörigkeit des Konzessionswerbers an, bei juristischen Personen auf den Sitz bzw eine nicht nur vorübergehende Niederlassung in Österreich. Auf den entsprechenden § 7 Kraftfahrliniengesetz (KfLG), der ein Staatsbürgerschafts- bzw Sitzersfordernis für Personenkraftverkehrsunternehmer im Bereich des Kraftfahrlinienverkehrs statuiert, bezieht sich der Vorbehalt hingegen nicht. Dies ist mit Blick auf das im KfLG normierte Staatsbürgerschaftserfordernis problematisch:

Gem § 7 Abs 1 Z 2 KfLG sind Staatsangehörige und Unternehmen anderer Mitgliedstaaten der EU oder des EWR österreichischen Konzessionswerbern gleichgestellt. Damit ist zwar das Niederlassungserfordernis in § 7 KfLG vom oben erwähnten EU-Vorbehalt erfasst. Auch die Voraussetzung – *nach* Erteilung der Konzession, aber *vor* Aufnahme des Betriebs des konzessionierten Linienverkehrs<sup>329</sup> – eine Niederlassung in Österreich nachzuweisen, dürfte daher nicht mit dem CETA in Konflikt geraten. Hinsichtlich des Staatsbürgerschaftserfordernisses besteht jedoch eine **Lücke**. Dieses ist weder vom österreichischen Vorbehalt noch vom EU Vorbehalt erfasst und steht damit im Konflikt mit der in CETA normierten Inländerbehandlungsverpflichtung.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass § 7 KfLG mit Blick auf das CETA noch aus einem weiteren Grund **problematisch** ist:

§ 7 Abs 1 Z 4 KfLG bestimmt, dass die Konzession zu erteilen ist, wenn diese „auch sonst öffentlichen Interessen nicht zuwiderläuft“. In der Folge sind in Z 4 lit a – lit e beispielhaft Ausschlussgründe angeführt, die teilweise einer Bedarfsprüfung gleichkommen (lit b, c und e). Bedarfsprüfungen sind allerdings nach der Logik des CETA – mangels entsprechenden Vorbehalts – als unzulässige Marktzugangsbeschränkungen zu qualifizieren (vgl Kap 10 Art X.4). Da für diesen Aspekt weder Österreich noch die EU einen entsprechenden Vorbehalt verankert haben, gerät § 7 Abs 1 Z 4 KfLG in Konflikt mit den CETA-Marktzugangsverpflichtungen.

## 6. Freizeit, Kultur und Sport

Die EU hat in Annex II eine facettenreiche Ausnahme im Bereich Freizeit, Kultur und Sport eingetragen (*recreational, cultural and sporting services*). Diese bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, der Meistbegünstigung, Leistungsanforderungen sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich sowohl auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung als auch auf Investitionen.

Die EU behält sich (und den Mitgliedstaaten **außer Österreich**) – unter anderem – das Recht vor, jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen bezüglich

---

<sup>329</sup> §§ 7 Abs 1 Z 2 iVm 18 Abs 2 KfLG. Zur älteren – unionsrechtswidrigen – Rechtslage s EuGH Rs C-388/09 (*Yellow Cab*) Rz 37 ff; dazu *Kahl et al*, Kraftlinienverkehr und Unabhängige Verwaltungssenaten, Verkehr und Technik 2011, Teil II, 311 (312f).

**Büchereien, Archiven, Museen oder sonstiger kultureller Dienstleistungen** (CPC 963) zu erlassen oder beizubehalten. In Österreich kann die Erbringung dieser Dienstleistungen hingegen nur von der Erteilung einer Lizenz oder Konzession abhängig gemacht werden.

## H. Rechtfertigungstatbestände

Das CETA enthält auch aus dem EU- bzw WTO-Kontext geläufige Rechtfertigungs- und Schutzklauseln im Interesse von öffentlicher Sicherheit, Ressourcen-, Umwelt- und Gesundheitsschutz. Konkret enthält Kap 32 Art X.02 zwei Rechtfertigungstatbestände (*general exceptions*), auf deren Grundlage staatliche Maßnahmen, die bestimmte Schutzziele verfolgen und notwendig bzw verhältnismäßig sind, gerechtfertigt werden können, auch wenn sie eigentlich gegen eine Verpflichtung aus dem CETA verstoßen.

Die beiden Rechtfertigungstatbestände gelten dabei jeweils nur für bestimmte Bereiche des CETA, wobei auffällt, dass Abschnitt 2 (insb Marktzugang) und Abschnitt 3 (Nichtdiskriminierung) des Investitionskapitels von beiden Rechtfertigungstatbeständen erfasst werden:

Einerseits inkorporiert Kap 32 Art X.2 Abs 1 CETA Art XX GATT 1994 ins CETA; die Ausnahme gilt für etliche Bereiche des Warenhandels<sup>330</sup> sowie für Teile des Investitionskapitels (Kap 10 Abschnitt 2 und Abschnitt 3).

Andererseits normiert Kap 32 Art X.2 Abs 2 eine Reihe von Schutzzielen, die eine Abweichung von den Bestimmungen des CETA rechtfertigen können, wenn die staatliche Maßnahme *notwendig* ist; die Ausnahme gilt für Teile des Investitionskapitels (Kap 10 Abschnitt 2 und Abschnitt 3) sowie für die Kapitel zum grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel (Kap 11), zum vorübergehenden Aufenthalt von natürlichen Personen (Kap 12) sowie zu Telekommunikation (Kap 17).

Zunächst zu Art XX GATT: Dieser gliedert sich in den einführenden „*Chapeau*“ sowie die in lit a – lit j genannten Schutzziele. Die Rechtfertigungsprüfung erfolgt in zwei Schritten: Erst wird untersucht, ob eine Maßnahme grundsätzlich unter die lit a – lit j fällt; sodann wird geprüft, ob sie den Anforderungen des *Chapeaus* genügt.<sup>331</sup>

Zu den möglichen Schutzzielen zählen etwa die öffentliche Moral; der Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen; die innerstaatliche Rechtsdurchsetzung; der Schutz nationaler Kulturgüter; oder (unter weiteren Voraussetzungen) der Schutz begrenzter natürlicher Ressourcen. Der *Chapeau* lautet:

*„Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: [lit a – lit j].“*

---

<sup>330</sup> Der Geltungsbereich erstreckt sich etwa auf die CETA-Kapitel 3, 4, 7 und 8.

<sup>331</sup> S Berrisch, Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994), in Prieß/Berrisch (Hrsg), WTO-Handbuch (2003) Rz 230.

Letztlich kann der *Chapeau* „als Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ verstanden werden.<sup>332</sup> Wie die einschlägige WTO-Streitschlichtungspraxis zeigt, hängt die Wirkkraft der Rechtfertigungstatbestände letztlich entscheidend davon ab, wie die zuständigen Streitschlichtungsinstanzen diese Verhältnismäßigkeitsprüfung handhaben. Diesbezüglich besteht allerdings ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Rechtfertigungstatbeständen in Kap 32 Art X.2:

In Kap 32 Art X.2 Abs 2 wird nicht der entsprechende Rechtfertigungstatbestand des Art XIV GATS inkorporiert, obwohl die verankerten Schutzziele jenen des GATS entsprechen.<sup>333</sup> Und anders als Art XIV GATS oder Art XX GATT 1994, statuiert Kap 32 Art X.2 Abs 2 **keinen Chapeau**. Für die Rechtfertigung von Maßnahmen gem Kap 32 Art X.2 Abs 2 käme es demnach nur darauf an, ob diese als *notwendig* angesehen werden. Da auch im Rahmen von Art XX GATT 1994 zum Teil auf die Notwendigkeit der Maßnahmen abgestellt wird,<sup>334</sup> müsste sich das Fehlen des Chapeaus bei der Rechtfertigungsprüfung gem Kap 32 Art X.2 Abs 2 jedenfalls erleichternd auswirken. Dementsprechend könnte man argumentieren, dass Kap 32 Art X.2 Abs 2 den Vertragsparteien einen weiteren Ermessensspielraum einräumt.

In der Literatur wurde allerdings auch darauf hingewiesen, „dass Rechtfertigungstatbestände zugunsten von öffentlichen Dienstleistungen in der Praxis von Dienstleistungsliberalisierungsabkommen bislang noch nahezu keine Rolle gespielt haben“.<sup>335</sup> Ob die Rechtfertigungstatbestände im Rahmen des CETA eine größere Rolle spielen werden, bleibt abzuwarten.

---

<sup>332</sup> *Berrisch* in Prieß/Berrisch (2003) Rz 278.

<sup>333</sup> Vgl einerseits Art XIV lit a – lit c GATS und andererseits Kap 32 Art X.02 Abs 2 lit a – lit c. Dazu zählen der Schutz der öffentlichen Moral, Sicherheit und Ordnung; der Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, sowie die innerstaatliche Rechtsdurchsetzung.

<sup>334</sup> Art XX lit a, lit b, lit d, lit j GATT 1994 (wobei in lit j von „*essential*“ und nicht von „*necessary*“ die Rede ist).

<sup>335</sup> *Krajewski/Kynast*, Auswirkungen (2014) 18.

## IV. Zusammenfassende Bewertung

Im Folgenden sollen die wesentlichen Ergebnisse der Studie zusammengefasst und in einer rechtspolitischen „Risikobewertung“ dahingehend evaluiert werden, welche Auswirkungen CETA auf die Organisation, Erbringung und Finanzierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge in Österreich hat.

### ***Komplexe Regelungsstruktur und symbolische Proklamationen***

Vorweg ist festzuhalten, dass die potenziellen Auswirkungen von CETA auf die Daseinsvorsorge in Österreich auch nach der Veröffentlichung des zunächst geheim ausverhandelten Abkommens nicht ohne Weiteres klar ersichtlich sind. Das Dokument umfasst im derzeitigen Rohzustand über 1600 Seiten. Es handelt sich dabei (naturgemäß) um keinen übersichtlichen und für interessierte LeserInnen leicht zugänglichen Text. Viele rechtliche Probleme stecken in den Details des Abkommens. Allerdings erschließt sich die Bedeutung einzelner Bestimmungen vielfach erst aus einer Zusammenschau einer Reihe von Kapiteln und Annexen und teilweise unter Rückgriff auf das WTO-Recht. Das Ineinandergreifen einer Vielzahl von Vertragsbestimmungen innerhalb der einzelnen Kapitel und über die einzelnen Kapitel hinweg steigert die Komplexität des Abkommens beträchtlich und wirft zahlreiche Rechtsfragen auf.

Mitunter verdunkeln auch symbolische Proklamationen den Blick auf die Realität: Die Proklamation, dass „Wasser keine Ware ist“ und dass die Vertragsparteien die Bedeutung eines „*Right to regulate*“ anerkennen, verdeckt wesentliche gegenläufige Regelungstendenzen bzw Schutzlücken in CETA. Vor allem ist nicht zu übersehen, dass auch in CETA daseinsvorsorgerelevante Regelungen im Wesentlichen als nicht-tarifäre Handelshemmnisse und damit rechtfertigungsbedürftige Ausnahmen vom Prinzip der Liberalisierung angesehen werden, wodurch Maßnahmen zum Schutz der Daseinsvorsorge von vornherein einen defensiven Charakter haben.

### ***Negativlistenansatz***

Dabei werden die Auswirkungen von CETA auf öffentliche Dienstleistungen auch wesentlich von der gewählten Regel-Ausnahme-Struktur der übernommenen Verpflichtungen mitbestimmt.

Die Liberalisierungsverpflichtungen des CETA sind im Gegensatz zu den bisherigen Handelsabkommen der EU nach einem Negativlistenansatz gestaltet. Das hat zur Folge, dass die Vertragsparteien nach dem Prinzip „*list it or lose it*“ grundsätzlich nur solche Beschränkungen (für den Dienstleistungshandel) aufrechterhalten oder neu einführen dürfen, die sie sich in den entsprechenden Annexen vorbehalten haben. Der Negativlistenansatz hat in mehrfacher Hinsicht weitreichende Konsequenzen:

Ungenauigkeiten, Irrtümer oder Widersprüche sowie unbeabsichtigte Lücken in den Vorbehalten wirken zu Lasten jener Vertragspartei, welche die Einschränkungen derart spezifiziert hat. Die Gestaltung einer Negativliste erfordert daher besondere Genauigkeit, Übersicht über die Besonderheiten der betroffenen Sektoren und inhaltliche Koordination – und das ganz besonders im Mehrebenensystem der EU bzw eines föderalen Staates wie

Österreich. An der für eine solche Feinabstimmung erforderlichen Zeit, möglicherweise aber auch an der erforderlichen Sensibilität, dürfte es im Verhandlungsprozess freilich vielfach fehlen, wie nicht zuletzt einige offenkundig unvollständige bzw unstimmige Vorbehalte Österreichs belegen.

Mit Blick auf künftige Liberalisierungsrunden im Rahmen des CETA, aber auch die Verhandlungen anderer Handelsabkommen wie TTIP oder TiSA, zeigt eine Negativliste den VerhandlungspartnerInnen potentielle Verhandlungsfelder punktgenau auf und kann so den Rechtfertigungsdruck – auch für daseinsvorsorgerelevante Ausnahmen – erhöhen.

Neue Dienstleistungen bzw Sektoren, die erst nach Vertragsabschluss im Laufe der Zeit entstehen, sind durch die Regelungstechnik der Negativliste automatisch von den Liberalisierungsverpflichtungen des CETA erfasst.

### ***Standstill- und Ratchet-Effekt***

Die Wirkung der unionalen und nationalen Vorbehalte hängt entscheidend davon ab, in welchem Annex des CETA die jeweiligen Einschränkungen verankert sind. Nur Vorbehalte in Annex II ermöglichen den Vertragsparteien, bestehende, nicht mit dem CETA-Liberalisierungsregime konforme Maßnahmen aufrechtzuerhalten und in Zukunft neue nicht-konforme Maßnahmen zu erlassen (zur Reichweite derartiger Vorbehalte sogleich).

Beschränkungen in Annex I schreiben das tatsächlich bestehende Liberalisierungsniveau zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens fest (*Standstill*-Effekt); autonome Liberalisierungsmaßnahmen, die nach Inkrafttreten des CETA gesetzt werden, können später nicht mehr zurückgenommen werden (*Ratchet*-Effekt). Gerade in Bereichen der Daseinsvorsorge kann es jedoch dringend geboten sein, missglückte Privatisierungen, die zu steigenden Preisen und/oder schlechterer Qualität der Leistungserbringung geführt haben, rückgängig zu machen. Zudem ist die Bestimmung dessen, was Daseinsvorsorge sein soll und wie solche öffentliche Dienstleistungen erbracht werden sollen, innerhalb des unionsrechtlichen Rahmens im demokratischen Aushandlungsprozess auf nationaler Ebene zu entscheiden. Indem Liberalisierung durch den *Ratchet*-Mechanismus zur Einbahnstraße wird, werden dieser demokratische Prozess und künftige politische Handlungsspielräume massiv eingeschränkt. Auf der Ebene der Gemeinden kann CETA etwa späteren Rekommunalisierungen entgegenstehen.

### ***Ausnahmeklauseln und Verpflichtungsbeschränkungen***

CETA berührt weite Bereiche der Daseinsvorsorge. Eine umfassende Ausnahme von den Liberalisierungsverpflichtungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge besteht jedoch nicht. Der Befund, dass die Ausnahmeklauseln für öffentliche Dienstleistungen in ihrer Wirksamkeit begrenzt sind, weil es ihnen auf der einen Seite an rechtlicher und konzeptueller Klarheit fehlt und sie andererseits nicht ausreichend flexibel sind, um sich an einen Wandel von öffentlichen Dienstleistungen anzupassen, kann auch für CETA als einem EU Handelsabkommen der dritten Generation weitgehend bestätigt werden. Das vorliegende Verhandlungsergebnis zeigt damit auch, dass dem Anliegen der Entschließung des Nationalrats vom 24.9.2014 (dazu einleitend oben) in Hinblick auf den Schutz

öffentlicher Dienstleistungen in CETA im Ergebnis nicht hinreichend Rechnung getragen wird.

CETA enthält eine Reihe verschieden weit gefasster Ausnahmen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge. Im Einzelnen bestehen aber vielfach erhebliche Unklarheiten. Viele dieser Fragen müssten letztlich von (Staat-Staat- bzw Investor-Staat-)Schiedsgerichten entschieden werden. Wie diese Schiedsgerichte CETA auslegen werden, ist offen. Vielfach fehlt es auch an vergleichbaren Bestimmungen – etwa im WTO-Kontext – sodass die Vorhersehbarkeit insgesamt schwierig und die Rechtsunsicherheit beträchtlich ist.

Im Einzelnen stellt sich die Situation zusammenfassend wie folgt dar:

Die Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt („*governmental authority*“) ist für die meisten öffentlichen Dienstleistungen, wie zB Abwasserentsorgung, Bildungs- und Gesundheitsdienstleistungen, nur bedingt belastbar und für den Schutz öffentlicher Dienstleistungen letztlich weitgehend ohne Relevanz.

Die *Public-utilities*-Klausel deckt nur bestimmte Marktzugangsbeschränkungen (Monopole, ausschließliche Rechte) ab.

Die weit gefassten sektorspezifischen Ausnahmen für Bildung, Gesundheit und Soziales weisen im Detail fehlende rechtliche Klarheit auf. So lässt etwa die Bezugnahme auf die öffentliche Finanzierung solcher Leistungen mehr Fragen offen, als dies auf den ersten Blick der Fall zu sein scheint. Es besteht das Risiko, dass ein (von den Mitgliedstaaten eingesetztes) Schiedstribunal eine restriktive Auslegung zu Gunsten einer weitreichenden Dienstleistungsliberalisierung vornimmt und daher mischfinanzierte Dienstleistungen in den Sektoren Bildung, Gesundheit und Soziales insoweit nicht von den CETA-Liberalisierungspflichten ausgenommen sieht.

Im Kapitel zur öffentlichen Beschaffung sind *In-house*-Vergabe und interkommunale Kooperation nur durch eine sehr knapp formulierte Ausnahmebestimmung gedeckt, was sich als zweischneidig erweist: Einerseits sind der EU damit wesentliche Gestaltungsspielräume hinsichtlich der Anforderungen an *In-house*-Vergaben und öffentliche Kooperationen belassen; andererseits ist es dadurch möglich, dass ein Streitschlichtungsgremium die Ausnahme eng auslegt bzw strengere oder zusätzliche Anforderungen an *In-house*-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen stellt, die beträchtlich vom unionsrechtlich etablierten Verständnis abweichen, das sich aus der differenzierten Judikatur des EuGH sowie den neuen Vergaberichtlinien 2014 ergibt.

Dienstleistungskonzessionen, die im Bereich der Daseinsvorsorge eine große Rolle spielen, sind vom CETA-Beschaffungskapitel gegenwärtig nicht erfasst. Allerdings hat die EU ausdrücklich ihre Bereitschaft verankert, den Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels auf Dienstleistungskonzessionen auszudehnen („*The EU stands ready ...*“). Am Beispiel der Dienstleistungskonzessionen lassen sich auch die – demokratiepolitisch brisanten – weitreichenden institutionellen Tücken des CETA illustrieren: Im Rahmen des CETA kann das *Trade Committee* unter anderem Änderungen der Annexe und Protokolle zum CETA beschließen. Die Zustimmung der Vertragsparteien

hat gemäß den jeweiligen internen Anforderungen und Verfahren zu erfolgen. Im EU-Recht besteht dabei die Möglichkeit eines vereinfachten Verfahrens zur Vertragsänderung. Eine aktive Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der Vertragsänderung wäre in einem solchen Fall nicht vorgesehen; das Europäische Parlament wäre lediglich zu „unterrichten“. Auf diesem Weg könnten Dienstleistungskonzessionen daher zu einem späteren Zeitpunkt ohne Zustimmung des Europäischen Parlaments dem Anwendungsbereich des CETA Beschaffungskapitels unterworfen werden.

### ***Übergreifende Problematik Investitionsschutz***

Da CETA ein weiter kapitalbasierter Investitionsbegriff zu Grunde liegt, der grundsätzlich nicht nur Unternehmen als solche, sondern auch Anteilsrechte oder andere Unternehmensbeteiligungen, Ansprüche aus Konzessionen oder vertragliche Leistungsansprüche umfasst, verfügt das Investitionskapitel grundsätzlich über einen sehr weiten Anwendungsbereich.

Die Auswirkungen des Investitionsschutzkapitels können vor allem durch die Einführung einer Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit (ISDS) kaum überschätzt werden.

InvestorInnenklagen im Zusammenhang mit behaupteten Verletzungen von Investitionsschutzstandards (wie zB dem Prinzip der gerechten und billigen Behandlung oder dem Gebot der Entschädigung von indirekten Enteignungen) können hohe staatliche Entschädigungszahlungen nach sich ziehen und zugleich schon im Rechtsetzungsprozess eine abschreckende Wirkung entfalten, die den Gestaltungsspielraum für die Daseinsvorsorge indirekt aushebelt („*regulatory chill*“). Hier bieten auch die in den Annexen verankerten Vorbehalte keine Abhilfe, da diese keine Ausnahmen vom Investitionsschutz oder ISDS statuieren.

Auch der Versuch, die Tragweite des Investitionsschutzkapitels zu beschränken, ist nur bedingt wirksam: Weder sollten die Präzisierung des FET-Standards oder der beabsichtigte Ausschluss von InvestorInnenklagen durch Briefkastenfirmen in ihrer Effektivität überschätzt werden. Noch kann angesichts der unklaren Regelung zur Meistbegünstigung ein „*treaty shopping*“ bzw ein Import von materiellen Investitionsschutzstandards mit Sicherheit ausgeschlossen werden.

### ***Schluss***

Bei CETA handelt es sich nicht nur dem Namen nach um ein umfassendes Abkommen: CETA enthält weitreichende Vorgaben zu Marktzugang und Nichtdiskriminierung sowie Disziplinen für Subventionen, für die öffentliche Beschaffung, für Staatsunternehmen und für die innerstaatliche Regulierung; zudem werden Investitionsschutzstandards verankert, die von einem Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren flankiert werden. Kanadische InvestorInnen können daher in Zukunft behauptete Verletzungen dieser Investitionsschutzstandards vor Schiedstribunalen geltend machen und Schadenersatz fordern.

CETA wird daher erhebliche rechtliche und politische Auswirkungen für die Daseinsvorsorge in Österreich haben. Davon, dass der Spielraum Österreichs und der anderen Mitgliedstaaten in der Daseinsvorsorge durch CETA völlig unberührt bleiben wird, wie dies die Kommission postuliert („*Member states are entirely free ...*“), kann keine Rede sein.

## Literatur

*Adlung*, Öffentliche Dienstleistungen und GATS, in Ehlers/Wolffgang/Lechleitner (Hrsg), Rechtsfragen des internationalen Dienstleistungsverkehrs (2006) 49

*Adlung*, Trade in Healthcare and Health-Related Insurance Services: The GATS as a Supporting Actor (?), WTO Working Paper (15.12.2009)

[https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd200915\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200915_e.pdf) [30.06.2015]

*Adlung/Mamdouh*, How to Design Trade Agreements in Services: Top Down oder Bottom-Up?, Journal of World Trade 2014, 191

*Adlung/Roy*, Turning Hills into Mountains? Current Commitments under the General Agreement on Trade in Services and Prospects for Change, Journal of World Trade 2005, 1161

AK, Positionspapier Behandlung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) und Konzessionen in der TTIP (März 2014)

[http://www.akeuropa.eu/includes/mods/akeu/docs/main\\_report\\_de\\_333.pdf](http://www.akeuropa.eu/includes/mods/akeu/docs/main_report_de_333.pdf) [30.06.2015]

AK, Positionspapier EU Handels- und Investitionsschutzabkommen TTIP und CETA (April 2015), verfügbar unter

[http://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/Publikationen/Positionspapier\\_TTIP\\_CETA.pdf](http://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/Publikationen/Positionspapier_TTIP_CETA.pdf) [30.06.2015]

*Anderson/Arrowsmith*, The WTO regime on government procurement: past, present and future, in Arrowsmith/Anderson (Hrsg), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform (2011) 3

*Arena*, The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from EU Supranational Dialectic, Journal of World Trade 2011, 489

Attac Österreich, TTIP, CETA und TiSA – Auswirkungen der Freihandelsabkommen auf Städte und Gemeinden in Österreich (2014)

[https://www.ttip-stoppen.at/wp-content/uploads/2014/11/Brosch%C3%BCre\\_Kommunen\\_download.pdf](https://www.ttip-stoppen.at/wp-content/uploads/2014/11/Brosch%C3%BCre_Kommunen_download.pdf) [30.06.2015]

*Beck/Scherrer*, Das transatlantische Handels- und Investitionsabkommen (TTIP) zwischen der EU und den USA, Arbeitspapier 303, Hans-Böckler-Stiftung, Mai 2014

[http://www.boeckler.de/pdf/p\\_arbp\\_303.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_303.pdf) [30.06.2015]

*Berden/Francois/Thelle/Wymenga/Tamminen*, Non-Tariff Measures in EU-US Trade and Investment – An Economic Analysis. ECORYS, Study for the European Commission, Directorate-General for Trade (11.12.2009)

[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/december/tradoc\\_145613.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/december/tradoc_145613.pdf) [30.06.2015]

*Bernaconi-Osterwalder*, The Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: A Step Backwards for the EU and Canada? IISD Investment Treaty News (26.06.2013)  
<https://www.iisd.org/itn/2013/06/26/the-draft-investment-chapter-of-canada-eu-comprehensive-economic-and-trade-agreement-a-step-backwards-for-the-eu-and-canada/>  
[30.06.2015]

*Bernasconi-Osterwalder*, Reply to the European Commission's Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), IISD Report (June 2014)  
[http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd\\_reply\\_eu\\_isds\\_ttippdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd_reply_eu_isds_ttippdf) [30.06.2015]

*Berrisch*, Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994), in Prieß/Berrisch (Hrsg), WTO-Handbuch (2003) 71

*Capaldo*, The Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership: European Disintegration, Unemployment and Instability, GDEI Working Paper No. 14-03 (Oktober 2014)  
<http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/14-03CapaldoTTIP.pdf> [30.06.2015]

*Collins*, Globalized Localism: Canada's Government Procurement Commitments under the CETA (23.02.2015)  
<http://ssrn.com/abstract=2568629> [30.06.2015]

*Cossy*, Environmental Services and the General Agreement on Trade in Services (GATS): Legal Issues and Negotiating Stakes at the WTO, in Herrmann/Terhechte (Hrsg), European Yearbook of International Economic Law (2011) 239

*Cottier/Molinuevo*, Art V GATS in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg) WTO-Trade in Services (2008) 125

*Damjanovic*, Art 36 GRC in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) 475

*Damjanovic*, Legal Structure of the EU Social Market Economy (Habilitationsschrift, WU 2015)

*Davies*, The national treatment and exceptions provisions of the Agreement on Government Procurement and the pursuit of horizontal policies, in Arrowsmith/Anderson (Hrsg), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform (2011) 429

*Dederer*, Neujustierung der Balance von Investorenschutz und „right to regulate“ (Verfassungsblog, 16.04.2014)  
<http://www.verfassungsblog.de/neujustierung-balance-von-investorenschutz-und-right-to-regulate/#.VZPb8K0rjcs> [30.06.2015]

*Dederer*, TTIP und Kultur. Effektive Sicherung staatlicher Regulierung zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt im geplanten Freihandelsabkommen EU-USA, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Februar 2015)  
[https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag\\_de/themen\\_az/EU-USA\\_Freihandelsabkommen/Gutachten\\_TTIP\\_Kultur.pdf](https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/EU-USA_Freihandelsabkommen/Gutachten_TTIP_Kultur.pdf) [30.06.2015]

*Delimatsis/Molinuevo*, Art XVI GATS, in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg), WTO – Trade in Services (2008)

*Dolzer/Schreuer*, Principles of International Investment Law<sup>2</sup> (2012)

*Eberhardt*, Investment Protection at a Crossroads. The TTIP and the Future of International Investment Law, Friedrich Ebert Stiftung (Juli 2014)

<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf> [30.06.2015]

*Eberhardt/Redlin/Toubeau*, Verkaufte Demokratie. Wie die CETA-Regeln zum Schutz von Investoren das Allgemeinwohl in Kanada und der EU bedrohen, AK et al (November 2014)

[http://media.arbeiterkammer.at/PDF/Verkaufte Demokratie.pdf](http://media.arbeiterkammer.at/PDF/Verkaufte_Demokratie.pdf) [30.06.2015]

*Eeckhout*, EU External Relations Law<sup>2</sup> (2011)

Europäische Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC (2011) 397

Europäische Kommission, Commission Proposal for the Modernisation of the Treatment of Public Services in EU Trade Agreements (26.10.2011)

Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl 2012 C 8/4.

Europäische Kommission, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP (2014)

[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc\\_152280.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf) [30.06.2015]

Europäische Kommission, Schutz öffentlicher Dienste in der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) und in anderen EU-Handelsabkommen (4.7.2014)

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1128&serie=793&langId=de> [30.06.2015]

Europäische Kommission, CETA – Zusammenfassung der abschließenden Verhandlungsergebnisse (Dezember 2014)

[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc\\_153081.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153081.pdf) [30.06.2015]

Europäische Kommission, Auf dem Weg zu einer umfassenden europäischen Auslandsinvestitionspolitik, KOM(2010) 343 endg

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=DE> [30.06.2015]

Europäische Kommission/Government of Canada, Assessing the costs and benefits of a closer EU – Canada economic partnership, Joint Study (2008)

[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc\\_141032.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141032.pdf) [30.06.2015]

*Felbermayr/Heid/Lehwald*, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Who benefits from a free trade deal? Part 1: Macroeconomic Effects. Bertelsmann Stiftung (2013)  
<http://www.bfna.org/sites/default/files/TTIP-GED%20study%2017june%202013.pdf>  
[30.06.2015]

*Fischer-Lescano/Horst*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von attac/München (Oktober 2014)  
<http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/CETA-Rechtsgutachten.pdf> [30.06.2015]

*Fontagné/Gourdon/Jean*, Transatlantic trade: Whither partnership, which economic consequences?, CEPII Policy Brief No 1 (September 2013)  
[http://www.cepii.fr/PDF\\_PUB/pb/2013/pb2013-01.pdf](http://www.cepii.fr/PDF_PUB/pb/2013/pb2013-01.pdf) [30.06.2015]

*Francois/Manchin/Norberg/Pindyuk/Tomberger*, Reducing Trans-Atlantic Barriers to Trade – An Economic Assessment. CEPR Study for the European Commission (März 2013)  
[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc\\_150737.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150737.pdf) [30.06.2015]

*Fritz*, TTIP vor Ort. Folgen der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft für Bundesländer und Kommunen, Campact (2014)  
[http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2014/09/Campact\\_TTIP\\_vor\\_Ort.pdf](http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2014/09/Campact_TTIP_vor_Ort.pdf) [30.06.2015]

*Fritz*, Analyse und Bewertung des EU-Kanada Freihandelsabkommens CETA, Hans-Böckler-Stiftung (26.01.2015)  
<http://www.boeckler.de/pdf/fof/S-2014-779-1-1.pdf> [30.06.2015]

*Fritz*, Auf Kollisionskurs mit der Demokratie: TTIP und CETA in Hamburg. Folgen der EU-Handelsabkommen mit den USA und Kanada, Campact (2015)  
[http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2015/01/Campact\\_TTIPCETA\\_Hamburg.pdf](http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2015/01/Campact_TTIPCETA_Hamburg.pdf)  
[30.06.2015]

*Fritz/Mosebach/Raza/Scherrer*, GATS Dienstleistungsliberalisierung – Sektorale Auswirkungen und temporäre Mobilität von Erwerbstätigen, Hans-Böckler-Stiftung (2006)  
<[http://www.boeckler.de/pdf/p\\_edition\\_hbs\\_168.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_edition_hbs_168.pdf)> [30.06.2015]

GATT Secretariat, Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, GATT-Dok. MTN.GNS/W/164 (3.9.1993), verfügbar unter  
<[https://www.wto.org/gatt\\_docs/English/SULPDF/92140039.pdf](https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92140039.pdf)> [30.06.2015]

*Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014)

*Howse/Türk*, The WTO negotiations on services: The regulatory state up for grabs, Canada Watch 2002 (9:1-2) 3

*Kahl/Fritz/Fiedler*, Kraftlinienverkehr und Unabhängige Verwaltungssenate, Verkehr und Technik 2011, Teil II, 311

*Klamert*, Services Liberalization in the EU and the WTO (2014)

*Klasse*, Public Undertakings, in Heidenhain (Hrsg), European State Aid Law (2010) 447

*Klimenta/Fisahn et al*, Die Freihandelsfalle. Transatlantische Industriepolitik ohne Bürgerbeteiligung – das TTIP (2014)

*Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I<sup>3</sup> (2013) 377

*Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, Journal of International Economic Law 2003, 341

*Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011)

*Krajewski*, Public Services in Bilateral Free Trade Agreements of the EU, AK/EPSU (November 2011)

[http://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/Public\\_Services\\_in\\_Bilateral\\_Free\\_Trade\\_Agreements\\_of\\_the\\_EU.pdf](http://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/Public_Services_in_Bilateral_Free_Trade_Agreements_of_the_EU.pdf) [30.06.2015]

*Krajewski*, GATS plus: Öffentliche Dienstleistungen in Freihandels- und Investitionsabkommen der Europäischen Union, in Prausmüller/Wagner (Hrsg), Reclaim Public Services (2014) 132

*Krajewski*, Investment Law and Public Services, in Bungenberg et al (Hrsg), International Investment Law – A Handbook (2015) 1629

*Krajewski/Krämer*, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen (“Government Procurement Agreement”, GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen, 2013

*Krajewski/Kynast*, Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen (1.10.2014)

*Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority” under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?, Journal of World Trade 2006, 345

*Marchetti/Mavroidis*, What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don’t Talk About Revolution, European Business Organization Law Review (2004) 511

*Mattoo/Sauvé*, Regionalism in Services Trade, in Mattoo/Stern/Zanini (Hrsg), A Handbook of International Trade in Services (2008) 221

*Matznetter*, Social Housing Policy in a Conservative Welfare State, Urban Studies 2002, 265

*Mayer, F. C.*, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar? Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (August 2014)

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-einstufung-als-gemischtes-abkommen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> [30.06.2015]

*Mayr, S.*, Vergaberecht als Schlüssel zu mehr Nachhaltigkeit – Verkehrte Welt oder Paradigmenwechsel im Unionsrecht?, in Breitenlechner et al (Hrsg), Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht (2015), 63

*Mayr, S.*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, Europarecht 2015 (im Erscheinen)

*Michaelis*, § 20 Dienstleistungshandel (GATS), in Hilf/Oeter (Hrsg), WTO-Recht<sup>2</sup> (2010) 409

*Pitschas*, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in Prieß/Berrisch (Hrsg), WTO-Handbuch (2003) 495

*Pitschas*, Die schrittweise Weiterentwicklung des „Agreement on Government Procurement“ (GPA 2012), Vergaberecht 2014, 255

*Potacs*, Neubestimmung der In-house-Vergabe, Zeitschrift für Verwaltung 2005, 513

*Potacs*, Öffentliche Unternehmen, in B. Raschauer (Hg) Wirtschaftrecht<sup>3</sup> (2010) 509

*Prausmüller/Wagner*, Reclaim Public Services: Zur aktuellen Auseinandersetzung um die Zukunft öffentlicher Dienstleistungen, in Prausmüller/Wagner (Hrsg), Reclaim Public Services (2014) 7

*Prieß*, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in Prieß/Berrisch (Hrsg) WTO-Handbuch (2003) 621

*Raza*, GATS – Implikationen der Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen auf Gesundheits- und soziale Dienste (2004), verfügbar unter [http://www.armutskonferenz.at/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=120&Itemid=3](http://www.armutskonferenz.at/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=120&Itemid=3) [30.06.2015]

*Raza*, Öffentliche Dienstleistungen in internationalen Handelsabkommen: Erfahrungen aus der GATS- 2000- Debatte, in Prausmüller/Wagner (Hrsg), Reclaim Public Services (2014) 65

*Raza/Grumiller/Taylor/Tröster/von Arnim*, Assess\_TTIP: Assessing the Claimed Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Final Report, ÖFSE (31.03.2014) [http://www.guengl.eu/uploads/plenary-focus-pdf/ASSESS\\_TTIP.pdf](http://www.guengl.eu/uploads/plenary-focus-pdf/ASSESS_TTIP.pdf) [30.06.2015]

*Schmalenbach*, Art 218 AEUV in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011)

*Shan/Zhang*, Market Access Provisions in the Potential EU Model BIT: Towards a “Global BIT 2.0”?, Journal of World Investment & Trade 2014, 422

*Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009)

Sinclair/Trew/Mertins-Kerkwood (Hrsg), Making Sense of the CETA – An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (September 2014)  
[https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2014/09/Making\\_Sense\\_of\\_the\\_CETA.pdf](https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2014/09/Making_Sense_of_the_CETA.pdf) [30.06.2015]

*Storr*, Wohnungsgemeinnützigkeit im Binnenmarkt, Journal für Rechtspolitik 2012, 397.

*Tzanakopoulos*, National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT, Journal of World Investment & Trade 2014, 484  
UNCTAD, Expropriation. A Sequel (2012)

*VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in Curtis/Ciuriak (eds) Trade Policy Research (2004) 303

*Van Harten*, Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA, Osgoode Hall Law School, Legal Studies Research Paper No. 59 (2014)

*Vranes*, TTIP und Kultur – Rechtliche Grundfragen  
<http://kulturellevielfalt.unesco.at/cgi-bin/page.pl?id=13&page=5> [30.06.2015]

*Wang/Perin/Casalini*, Addressing purchasing arrangements between public sector entities: what can the WTO learn from the EU's experience?, in Arrowsmith/Anderson (Hrsg), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform (2011) 253

WTO, Guide to the Uruguay Round Agreements (1999)

WTO Secretariat, Background Paper Environmental Services (1998)

*Zacharias*, Article I GATS, in Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg), WTO – Trade in Services (2008) 31

