

Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada CETA: Risiken für die öffentliche Daseinsvorsorge

Thomas Fritz, PowerShift e.V.

Berlin, 8.12.2014

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des
Deutschen Bundestages am 15.12.2014

Inhalt

1. CETA und die Daseinsvorsorge	2
2. Die Verpflichtungsliste	3
3. Die Public-Utilities-Ausnahme	4
4. Wasserversorgung und Abfallwirtschaft	5
5. Bildung, Gesundheit und soziale Dienstleistungen	6
6. Stillstandsklauseln: Standstill und Ratchet	8
7. Subventionen	9
8. Öffentliche Ausschreibungen	10

1. CETA und die Daseinsvorsorge

Die vorliegende Stellungnahme stützt sich – soweit nicht anders angegeben – auf den konsolidierten Vertragstext des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), den die EU-Kommission am 26.9.2014 veröffentlichte.¹ Sie konzentriert sich auf die Behandlung öffentlicher Dienstleistungen und der Daseinsvorsorge in CETA.

Dienstleistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge sind grundsätzlich von CETA erfasst. Explizite Ausnahmen für Daseinsvorsorgeleistungen finden sich nur für audiovisuelle Dienstleistungen und hoheitliche Aufgaben. Deren Reichweite aber wird nicht näher präzisiert. Die EU nimmt audiovisuelle Dienstleistungen, wozu auch öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Fernsehen zählt, von den Kapiteln über grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel, innerstaatliche Regulierung und Subventionen aus. Daneben werden audiovisuellen Dienstleistungen von Teilen des Investitionskapitels ausgenommen, nämlich den Abschnitten über die Niederlassung und die Nichtdiskriminierung (Section 2 und 3). Wörtlich heißt es in Artikel X.1.3 des Investitionskapitels:

3. For the EU, the Section on Establishment of Investments and Section on Non-Discriminatory Treatment do not apply to measures with respect to Audiovisual services.

Nicht ausgenommen sind die audiovisuellen Dienstleistungen jedoch von den Abschnitten über den Investitionsschutz (*Section 4*) und die Investor-Staat-Schiedsverfahren (*Section 6*). Section 4 des Investitionskapitels beinhaltet die sehr unpräzisen und weit interpretierbaren materiellen Schutzstandards der billigen und gerechten Behandlung (*fair and equitable treatment*) sowie der indirekten Enteignung (*indirect expropriation*), auf die sich der Großteil der Investor-Staat-Klagen stützt. Somit stellt sich die Frage, inwieweit staatliche Auflagen bei der Erbringung audiovisueller Dienstleistungen in der EU als mögliche Verstöße gegen diese beiden Investitionsschutzstandards durch internationale Schiedstribunale angreifbar wären.

Aktivitäten, die in hoheitlicher Gewalt (*governmental authority*) erbracht werden, sind von den Kapiteln über Investitionen und den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel ausgenommen. Die hoheitlichen Aktivitäten werden wie folgt näher definiert (Investitionskapitel: Artikel X.3):

¹ Consolidated CETA Text, Published on 26 September 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

*activities carried out in the exercise of governmental authority means an activity carried out neither on a commercial basis nor in competition with one or more economic operators.*²

Da in weiten Bereichen der Daseinsvorsorge neben öffentlichen oder im öffentlichen Auftrag tätigen Anbietern auch private Unternehmen existieren (Ver- und Entsorgung, Verkehr, Bildung, Gesundheit, Kultur), können die in der Definition angesprochenen Wettbewerbssituationen auftreten, so dass diese Bereiche nicht als hoheitliche Aufgaben gelten und unter die CETA-Regeln fallen.

2. Die Verpflichtungsliste

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang jedoch auch die spezifische Verpflichtungsliste, in welcher die EU und die Mitgliedstaaten weitere Beschränkungen der CETA-Bestimmungen über Investitionen und Dienstleistungen eingetragen haben.³ Im Unterschied zum WTO-Dienstleistungsabkommen GATS, das eine sogenannte Positivliste enthält, folgt CETA dabei einem Negativlistenansatz. Eine Positivliste führt nur jene Bereiche und Maßnahmen auf, in denen die Parteien zu Liberalisierungen bereit sind. In der CETAs Negativliste hingegen unterliegen alle nicht aufgeführten Bereiche grundsätzlich der Liberalisierung, was auch neu entstehende Dienstleistungen betreffen kann, etwa im Bereich des Internethandels. Was nicht liberalisiert werden soll, ist in der Negativliste explizit aufzuführen, weswegen dieser Ansatz auch „list it or lose it“ genannt wird. Er ist sehr intransparent, da kaum erkennbar ist, welche Bereiche komplett liberalisiert wurden.

CETAs Negativliste enthält Beschränkungen der grundsätzlichen Liberalisierungsprinzipien der Niederlassung (Marktzugang, Leistungsanforderungen) und der Nichtdiskriminierung (Inländerbehandlung, Meistbegünstigung). Diese Beschränkungen finden sich in zwei Anhängen bzw. Annexen. **Annex I** enthält Vorbehalte, die sich aus aktuellen Regulierungsmaßnahmen ergeben, seien dies Gesetze oder andere Vorschriften (*Reservations for Existing Measures and Liberalisation Commitments*).⁴ Diese Vorbehalte unterliegen dem „Standstill“ und dem „Ratchet“. Während die Standstill-Klausel den Status quo der

² In der entsprechenden Definition in Artikel X-08 des Dienstleistungskapitels sind „activities“ durch „services“ ersetzt.

³ Die EU-Verpflichtungsliste findet sich ab S. 1.200 im konsolidierten CETA-Text.

⁴ Siehe konsolidierter CETA-Text, S. 1.200 ff.

Regulierung fixiert, verlangt die Ratchet-Klausel (auch Sperrklinkeneffekt genannt), dass auch künftige Liberalisierungen automatisch zu CETA-Verpflichtungen werden.

Der **Annex II** dagegen enthält Beschränkungen für zukünftige Maßnahmen (*Reservations for Future Measures*), die es erlauben sollen, in der Zukunft auch wieder diskriminierender auszugestalten oder einstige Deregulierungen wieder zu revidieren (daher mitunter auch „*policy space*“-Anhang genannt).⁵ Beide Anhänge enthalten jeweils erst die EU-Vorbehalte, denen anschließend die Vorbehalte der Mitgliedstaaten folgen.

3. Die Public-Utilities-Ausnahme

Im Annex II hat die EU eine Ausnahme von den Investitionsbestimmungen für öffentliche Dienstleistungen eingetragen:

Investment: 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. (...) 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.

Dieser Vorbehalt enthält ferner eine exemplarische Liste von Dienstleistungssektoren, in denen Monopole oder private Anbieter, die mit ausschließlichen Rechten öffentlicher Stellen beauftragt wurden, anzutreffen sind. Die *public utilities*-Ausnahme weist jedoch mehrere Lücken auf:

- Sie bezieht sich nur auf Investitionen, nicht auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel etwa über das Internet.
- Sie bezieht sich nur auf die CETA-Marktzugangsregeln, nicht auf die Inländerbehandlung, die Meistbegünstigung und die Investitionsschutzstandards.
- Der Großteil der öffentlichen Dienstleistungen wird weder als „Monopol“, noch als „ausschließliches“ Recht privater Anbieter erbracht. Die von privaten Dritten im öffentlichen Auftrag erbrachten Dienstleistungen stehen häufig im Wettbewerb, etwa

⁵ Siehe konsolidierter CETA-Text, S. 1.497 ff.

Pflegedienste oder Abfallentsorger, und genießen folglich kein „ausschließliches“ Recht.

- Der Ausschluss der Telekommunikation von dieser Ausnahme steht im Widerspruch zur EU-Universaldienstrichtlinie (Richtlinie 2002/22/EG), die es explizit erlaubt, Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste eine Reihe von Universaldienstverpflichtungen aufzuerlegen, die mithin als eine Form der in der Ausnahme angesprochenen „*specific service obligations*“ betrachtet werden können. Zu den Universaldienstverpflichtungen gehört u.a. eine allen Endnutzern – unabhängig von ihrem geografischen Standort – zu gewährleistende Verfügbarkeit des Dienstes zu erschwinglichen Preisen.⁶

4. Wasserversorgung und Abfallwirtschaft

Die EU hat eine Annex II-Ausnahme für die Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser eingetragen:

Cross-Border Services and Investment: The EU reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of services relating to the collection, purification and distribution of water to household, industrial, commercial or other users, including the provision of drinking water, and water management.

Die Ausnahme bezieht sich auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung, nicht aber auf die Meistbegünstigung und die Investitionsschutzstandards. Sie erstreckt sich ebenfalls nicht auf die Abwasserbeseitigung. Aus diesem Grunde hat Deutschland allerdings eine Ausnahme für das Abfallmanagement in seine Annex-II-Liste eingetragen (*Waste Management: Sewage, refuse disposal, and sanitation services*), die sich neben der Abfallentsorgung auch auf die Klärung von Abwasser bezieht:

Cross-Border Services and Investment: 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

⁶ Siehe: Richtlinie 2002/22/EG Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) in der durch Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 geänderten Fassung.

relating to the designation, establishment, expansion, or operation of monopolies or exclusive services suppliers providing waste management services.

Die Ausnahme bezieht sich auf den Marktzugang, nicht auf die Inländerbehandlung, die Meistbegünstigung und die Investitionsschutzstandards. Ein Dienstleister im Bereich der Abfallwirtschaft, der in Deutschland einmal Marktzugang erhalten hat, kann folglich die CETA-Regeln zur Inländerbehandlung in Anspruch nehmen, wenn er sich diskriminiert fühlt. Die Kommission macht dies in einer Erläuterung auf ihrer Webseite über den Schutz öffentlicher Dienste in ihren Freihandelsabkommen deutlich:

Es gibt lediglich eine Bedingung, unter der die EU-Länder zur Gleichbehandlung von Unternehmen aus Nicht-EU-Ländern verpflichtet sind, nämlich wenn ein Land einem Unternehmen bereits einmal erlaubt hat, auf seinem Hoheitsgebiet Dienstleistungen zu erbringen. In diesem Fall muss die Regierung das betroffene Unternehmen genauso behandeln wie europäische.⁷

Da sich die Ausnahme ebenfalls nicht auf die Investitionsschutzstandards bezieht, könnte ein in Kanada niedergelassenes oder domiziliertes Versorgungsunternehmen ggfs. auch Verstöße gegen das Prinzip der fairen und gerechten Behandlung oder das Verbot indirekter Enteignung geltend machen. Daneben beschränkt sich auch die deutsche Ausnahme auf Monopole und „exclusive service suppliers“, was die im Wettbewerb stehenden Entsorger, die keine „exklusiven“ Dienstleistungsanbieter sind, u.U. von diesem Vorbehalt ausschließt.

5. Bildung, Gesundheit und soziale Dienstleistungen

Die EU hat im Annex II ihrer Verpflichtungsliste für den Bereich der Bildungs-, Gesundheits- und sozialen Dienstleistungen Vorbehalte eingetragen, die die CETA-Liberalisierungen auf „privat finanzierte“ Dienstleistungen beschränken. Für den Bildungsbereich etwa lautet dieser Vorbehalt:

***Cross-Border Services and Investment:** The EU reserves the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of all educational services which receive public funding or State support in any form, and are therefore not considered to be privately funded.*

⁷ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1128&serie=793&langId=de>

Diese Ausnahme gilt für die CETA-Regeln zu Marktzugang, Leistungsanforderungen und Inländerbehandlung, jedoch nicht für die Meistbegünstigung und die Investitionsschutzstandards. Ähnlich lautende Vorbehalte finden sich in der EU-Liste für die Gesundheits- und die sozialen Dienstleistungen. Weitere Beschränkungen besagen, dass die Zulassung privater Dienstleister und privat finanzierter Angebote von staatlichen Konzessionen (Bildung, Gesundheit, soziale Dienstleistungen) und von wirtschaftlichen Bedarfstests (Gesundheits- und soziale Dienstleistungen) abhängig gemacht werden können.

Nicht eindeutig geklärt ist aber, inwieweit eine Dienstleistung mit Mischfinanzierung aus öffentlichen und privaten Quellen noch als öffentlich finanziert gilt und damit von den jeweiligen CETA-Regeln ausgenommen wäre. Ähnlich unklar ist, was als „öffentliche Finanzierung“ gilt. So könnten Gebühren, die zwar staatlich verordnet, aber von Leistungsempfängern zu zahlen sind, als private Finanzierung betrachtet werden (Kursgebühren an Volkshochschulen, kostenpflichtige Master-Studiengänge an staatlichen Universitäten, Beiträge für eine gesetzliche Unfall-, Kranken- oder Pflegeversicherung).⁸

Da die Ausnahme überdies nicht für das Meistbegünstigungsprinzip gilt (dieses sieht eine Gleichbehandlung der Anbieter aus allen Drittstaaten vor), könnte z.B. ein kanadischer Bildungsdienstleister gegen eine angeblich schlechtere Behandlung im Vergleich mit Anbietern aus den USA oder Australien vorgehen.

Deutschland hat zusätzlich einen Annex-II Vorbehalt für Gesundheits- und soziale Dienstleistungen eingetragen, der die Finanzierung der Sozialversicherung schützen soll:

***Investment:** Germany reserves the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of the Social Security System of Germany, where services may be provided by different companies or entities involving competitive elements which are thus not "Services carried out exclusively in the exercise of governmental authority".*

Die Ausnahme bezieht sich sowohl auf die Niederlassungs- als auch die Nichtdiskriminierungsregeln, nicht aber auf CETAs Investitionsschutzstandards. Sie ist daneben nur auf Investitionen bezogen, nicht auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel. Da aber viele Versicherungsprodukte über das Internet angeboten werden, könnte hier u.U. ein Schlupfloch für internationale Versicherungskonzerne mit kanadischen Niederlassungen bestehen.

⁸ Siehe hierzu: Krajewski, Markus/Kynast, Britta, 2014: Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen in Europa, Erlangen-Nürnberg, 1.10.2014

6. Stillstandsklauseln: Standstill und Ratchet

Die EU hat in den Annex I ihrer Verpflichtungsliste einen sehr engen Marktzugangsvorbehalt für Postdienstleistungen eingetragen:

Cross-Border Services and Investment: In the EU, the organisation of the siting of letter boxes on the public highway, the issuing of postage stamps, and the provision of the registered mail service used in the course of judicial or administrative procedures may be restricted in accordance with national legislation.

Daneben behält sich die EU vor, die Lizenzvergabe für die Erbringung von Postdiensten an Universaldienstverpflichtungen zu binden. Aufgrund der Stillstandsklauseln (*standstill, ratchet*, siehe oben Kapitel 2) könnte eine Ausweitung der Tätigkeit öffentlicher oder im öffentlichen Auftrag tätiger Postunternehmen, die über die hier genannten Bereiche hinausgeht (d.h. das Aufstellen von Briefkästen, die Herausgabe von Briefmarken, die Abwicklung von Gerichts- und Behördenpost), u.U. einen Verstoß gegen CETA-Regeln darstellen.

Ein weiterer Annex I-Vorbehalt der EU bezieht sich auf den Schienenverkehr:

Cross-Border Services: The provision of rail transport services requires a licence, which can only be granted to railway undertakings established in a Member State.

Lizenzen für den grenzüberschreitenden Schienentransport werden demnach nur Eisenbahnunternehmen, die in der EU niedergelassen sind, erteilt. Aufgrund der Stillstandsklauseln könnte eine Ausweitung von Auflagen, die über das Niederlassungserfordernis hinausgeht, etwa eine bevorzugte Vergabe an öffentliche Transportanbieter oder die Auferlegung bestimmter Gemeinwohlverpflichtungen, ggfs. als CETA-Verstoß gelten.

Deutschlands Annex I-Liste enthält daneben verschiedene Beschränkungen über die Zulassung von Ärzten, Rettungsdiensten oder telemedizinischen Dienstleistungen. Werden diese Beschränkungen nach einem möglichen Inkrafttreten CETAs gelockert, etwa durch eine erleichterte Zulassung, würden diese Lockerungen aufgrund der *Ratchet*-Klausel zu einer bindenden Vertragsverpflichtung. Sie später wieder zu revidieren, wäre ein möglicher CETA-Verstoß.

7. Subventionen

Verteilt über mehrere Kapitel enthält CETA unterschiedliche Regelungen zu staatlichen Beihilfen. Laut Artikel X.3.1 des Subventionskapitels (*Chapter on Subsidies*) kann eine Vertragspartei Konsultationen mit der anderen Partei einfordern, wenn eine Subvention ihre Interessen beeinträchtigt. Die angesprochene Partei soll sich darum bemühen, ihre Unterstützungsmaßnahmen entweder zu „eliminieren“ oder „jegliche negativen Effekte zu minimieren“. Wörtlich heißt es in Artikel X.3.3:

3. On the basis of the informal consultations, the responding Party shall endeavour to eliminate or minimise any adverse effects of the subsidy, or the particular instance of government support related to trade in services, on the requesting Party's interests.

Allerdings gäbe es hier keine weitere Sanktionsmöglichkeit, da dieser Artikel laut Artikel X.9 vom Streitschlichtungsmechanismus des Abkommens ausgenommen wurde.

Das Kapitel über den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel wiederum schließt Subventionen grundsätzlich von seinem Anwendungsbereich aus (Article X-01 (g)). Anders aber das Investitionskapitel: Dieses klammert Subventionen nur von den Marktzugangs- und Nichtdiskriminierungsregeln aus, nicht aber von dem Prinzip der billigen und gerechten Behandlung und dem Enteignungsschutz (Article X.14 (5b)).

Zwar kann auch von dem Konsultationsmechanismus Druck zur Beseitigung öffentlicher Zuwendungen ausgehen, besonders problematisch erscheint aber das Schlupfloch des Investitionskapitels. Private Wettbewerber könnten die Subventionierung ihrer im öffentlich Auftrag tätigen Konkurrenten für Umsatzeinbußen verantwortlich machen und als eine Form indirekter Enteignung darstellen. Ausgleichszahlungen etwa an Träger der freien Wohlfahrtspflege, Krankenhäuser oder gemeinnützige Wohnungsgesellschaften gerieten so womöglich durch Investitionstribunale unter Beschuss.

Die Einführung neuer Förderinstrumente etwa im Bildungs-, Kultur- oder Medienbereich könnten bereits am Markt tätige private Anbieter, die Wettbewerbsnachteile fürchten, u.U. als Verstoß gegen die „billige und gerechte Behandlung“ betrachten, da ihre „legitimen Erwartungen“ enttäuscht wurden. Der Bruch angeblich „legitimer Erwartungen“ von Investoren wurde explizit in die CETA-Definition der billigen und gerechten Behandlung aufgenommen (siehe Kapitel X.9 des Investitionskapitels).

8. Öffentliche Ausschreibungen

Das CETA-Kapitel über das staatliche Auftragswesen (*Government Procurement*) erfasst den Einkauf von Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen durch Beschaffungsstellen der EU, des Bundes, der Bundesländer und der Gemeinden. Anhänge des Kapitels weisen die Schwellenwerte aus, ab denen die Beschaffungsstellen ihre Aufträge gegenüber kanadischen Bietern öffnen müssen. Die Schwellenwerte werden dabei in Sonderziehungsrechten, einem Währungskorb des IWF, angegeben. 1 SZR entspricht derzeit 1,1817 Euro (8.12.2014).

Laut Annex 1 des Beschaffungskapitels⁹ müssen Bundesbehörden und –ministerien Waren und Dienstleistungen ab einem Wert von 130.000 SZR ausschreiben, Bundesländer und Gemeinden laut Annex 2 ab einem Wert von 200.000 SZR (dies gilt explizit auch für Krankenhäuser, Schulen, Universitäten und verschiedene soziale Dienste). Nach Annex 3 liegt der Schwellenwert für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen der netzgebundenen öffentlichen Versorger im Bereich Trinkwasser, Energie und Verkehr bei 400.000 SZR. Daneben gilt für alle Bauaufträge grundsätzlich eine Schwelle von 5 Millionen SZR.

Durch diese Fixierung verliert die öffentliche Hand die Möglichkeit, die Schwellenwerte zu verändern. So verlangen etwa der Städtetag, der Landkreistag und der Städte- und Gemeindebund eine deutliche Anhebung der Schwellenwerte, um wieder größere Spielräume für eine ausschreibungsfreie Vergabe kommunaler Aufträge zu erreichen.¹⁰

Daneben könnte CETA den aktuellen Ansätzen für eine sozial-ökologischen Reform des Beschaffungswesens Hürden in den Weg legen, vor allem den Vergabe- und Tariftreuegesetzen der Bundesländer.¹¹ Zwar enthält des Beschaffungskapitel einige Klauseln, die eine Kopplung der Auftragsvergabe an ökologische Kriterien möglich erscheinen lassen. Entsprechende Klauseln für die Bindung an soziale Kriterien (etwa die Einhaltung von Mindestlöhnen, Tarifverträgen oder Ausbildungszielen) fehlen jedoch.

So sieht Artikel III.2. Ausnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Moral sowie zum Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen vor. Laut Artikel IX.6 dürfen Beschaffungsstellen technische Spezifizierungen vorschreiben, die u.a. dem Schutz natürlicher Ressourcen oder der Umwelt dienen. In beiden Artikeln fehlen aber Sozialstandards. Daneben legt Artikel XIV.5 fest, dass als Zuschlagskriterien entweder das vorteilhafteste Angebot (*most*

⁹ Siehe konsolidierter CETA-Text, S. 658ff.

¹⁰ Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände 2014: Forderungen an das neugewählte Europäische Parlament, 10.4.2014

¹¹ http://www.boeckler.de/pdf/wsi_ta_tariftreue_uebersicht.pdf

advantageous tender) oder der niedrigste Preis gilt. Umstritten ist aber, ob das „vorteilhafteste Angebot“ auch soziale Kriterien einbeziehen würde.¹²

¹² Krajewski, Markus/Krämer, Rike 2013: Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen ("Government Procurement Agreement", GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen. Abschlussbericht, Hans-Böckler-Stiftung, Februar