

Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen in Europa

von Markus Krajewski und Britta Kynast*

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

1. Oktober 2014

Gefördert durch die Hans-Böckler-Stiftung

* Markus Krajewski ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Britta Kynast ist dort Doktorandin. Für hilfreiche Kommentare danken wir Rolf Adlung, Martin Beckmann, Dominik Hellriegel, Rainer Plassmann, Oliver Prausmüller, Inge Reichert und Nikolai Soukup.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis	VII
I. Einleitung.....	1
II. Grundlagen	3
1. Hintergrund und bisheriger Verhandlungsverlauf.....	3
2. Rechtliche Grundlagen	4
a) Verhandlungsmandat.....	4
b) Ablauf der Verhandlungen.....	5
c) TTIP als gemischtes Abkommen	6
3. Gegenstand der Verhandlungen	6
a) Handel mit Dienstleistungen	7
b) Öffentliches Beschaffungswesen und Wettbewerbspolitik	8
c) Investitionsschutz.....	9
III. Rechtliche Grundlagen und Verpflichtungen der EU bei der Aushandlung von Handelsabkommen mit Blick auf öffentliche Dienstleistungen.....	9
1. Allgemeiner Rahmen für öffentliche Dienstleistungen im europäischen Recht	9
2. Anforderungen an auswärtiges Handeln	11
IV. Grundlagen der rechtlichen Auswirkungen von Handelsabkommen auf öffentliche Dienstleistungen	12
1. Regelungsbereiche eines Handelsabkommens mit Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen	12
a) Verpflichtungen zur Liberalisierung des Dienstleistungshandels und von Investitionen	12
b) Regulierungsfragen, öffentliche Beschaffung und Investitionsschutz.....	13
2. Strukturelemente zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen in Handelsabkommen	14
a) Sachliche und instrumentelle Ausnahmen	15
b) Begrenzungen von Verpflichtungen	16
c) Rechtfertigungstatbestände	17
3. Analyserahmen zur Bewertung der Auswirkungen von Handelsabkommen auf öffentliche Dienstleistungen.....	19
a) Gegenständlicher Geltungsbereich.....	19
(1) Funktionale Definitionen	19
(2) Sektorbasierte Kategorisierung.....	21
(3) Hybrider Ansatz: „public utilities“	21
(4) Bewertung.....	23
b) Schutzniveau	23

(1) Vollständiger Ausschluss	23
(2) Ausnahmen und Beschränkungen von spezifischen Zugeständnissen	24
(3) Ausnahmen für andere Verpflichtungen.....	25
(4) Bewertung.....	25
c) Verhältnis von Geltungsbereich und Schutzniveau	26
V. Dienstleistungsliberalisierung im TTIP.....	26
1. Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt.....	26
2. Gegenstand der Verpflichtungen.....	27
a) Inländerbehandlung.....	27
b) Marktzugang	28
3. Umfang der Verpflichtungen.....	30
a) Die „public utilities“-Klausel	30
b) Beschränkung auf „privatfinanzierte“ Dienstleistungen.....	31
4. Liberalisierungsverpflichtungen bei einem Negativlisten-Ansatz	32
a) Funktion und Bedeutung des Anhang I (Annex I)	33
b) Funktion und Bedeutung des Anhang II (Annex II)	35
5. Ausnahmen für bestehende Maßnahmen auf kommunaler Ebene	36
VI. Beschaffung, Wettbewerb und Energie	37
1. Öffentliches Beschaffungswesen	37
2. Energie	38
3. Wettbewerbs- und Beihilfenrecht.....	39
VII. Investitionsschutz	39
VIII. Ergebnis und rechtspolitische Forderungen	40
Anhang	43
1. Beispiele für Annex I-Ausnahmen.....	43
a) EU-weite Ausnahme	43
b) Ausnahme für einen Mitgliedstaat (Deutschland)	44
2. Beispiele für Annex II-Ausnahmen.....	46
a) EU-weite Ausnahmen	46
(1) Horizontale Ausnahme („public utilities“)	46
(2) Sektorale Ausnahme (Wasserversorgung).....	47
b) Ausnahmen für einen Mitgliedstaat (Deutschland)	48

Literaturverzeichnis

Adlung, Rudolf: Public Services and the GATS, *Journal of International Economic Law* 2006, S. 455-485.

Arena, Amedeo: The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from the EU Supranational Dialectic, *Journal of World Trade* 2011, S. 489-528.

Calliess, Christian / Ruffert, Martin: *EUV/AEUV – Kommentar* (München: C. H. Beck), 2011.

Choudhury, Barnali: *Public Services and International Trade Liberalization - Human Rights and Gender Implications* (Cambridge: CUP), 2012.

Cremer, Wolfgang, Ralf Poscher und Thomas Lange: *Bildungsdienstleistungen und GATS - unter besonderer Berücksichtigung der Grundschulen und der weiterführenden Schulen in Deutschland*, *ZeusS* 2011, S. 115-162.

Diebold, Nicolas F.: *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'likeness' in WTO/GATS* (Cambridge: CUP), 2010.

Eeckhout, Piet: A normative basis for EU external relations? Protecting internal values beyond the Single Market, in: Markus Krajewski (Hrsg.): *Beyond the Single Market - External and international dimensions of services of general interest in EU law* (Heidelberg: Springer), *im Erscheinen*.

Fritz, Thomas: *TTIP vor Ort – Folgen der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft für Bundesländer und Kommunen*, im Auftrag von campact 2014, http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2014/09/Campact_TTIP_vor_Ort.pdf

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin: *Das Recht der Europäischen Union*, 53. Ergänzungslieferung (München: C. H. Beck), 2014.

Graham, Cosmo: *Regulating Public Utilities – A Constitutional approach*, 2000,

Hernekamp, Juliane: *Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen nach dem Weltdienstleistungshandelsabkommen GATS - Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitssystem* (Berlin: Duncker und Humblot), 2013.

Houde, Marie-France, Akshay Kolse-Patil und Sébastien Miroudot: *The interaction between investment and services chapters in selected Regional Trade Agreements: Key findings*, *OECD Trade Policy Working Paper No. 55*, 2007.

Kelsey, Jane: *Serving Whose Interest? The Political Economic of Trade in Services Agreements* (Milton Park: Cavendish), 2008.

Krajewski, Markus: *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, *Journal of International Economic Law* 2003, S. 341-367.

Ders.: Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (Heidelberg: Springer), 2011.

Ders.: Public Services in Bilateral Free Trade Agreements of the EU, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1964288>.

Ders.; § 6 – Internationaler Dienstleistungsverkehr, in: Dirk Ehlers / Michael Fehling / Hermann Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht - Band 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Heidelberg: C.F. Müller), 2012, S. 147-170.

Ders.: „GATS plus“: Öffentliche Dienstleistungen in Freihandels- und Investitionsabkommen der Europäischen Union, in: Oliver Prausmüller/Alice Wagner (Hrsg.), Reclaim Public Services – Alternativen zur neoliberalen Privatisierungspolitik (Hamburg: VSA), 2014, S. 132-155.

Ders.: Investment Law and Public Services, in: Marc Bungenberg / Jörn Griebel / Stefan Hobe / August Reinisch (Hrsg.): International Investment Law (Baden-Baden: Nomos), *im Erscheinen*.

Leroux, Eric: 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, S. 345-385.

Mattoo, Aaditya / Sauvé, Pierre: Regionalism in Services Trade, in: Aaditya Mattoo / Robert M- Stern / Gianni Zanini (Hrsg.), *A Handbook of International Trade in Services* (Oxford: OUP), 2008, S. 221-286.

Martin Pigeon: Wasser: Rekommunalisierung eines lebensnotwendigen Bereichs, in: Oliver Prausmüller/Alice Wagner (Hrsg.), *Reclaim Public Services – Alternativen zur neoliberalen Privatisierungspolitik* (Hamburg: VSA), 2014, S. 195-215.

Panagiotis, Delimatsis: *International Trade in Services and Domestic Regulations* (Oxford: OUPS), 2007.

Pitschas, Christian: Die schrittweise Weiterentwicklung des "Agreement on Government Procurement" (GPA 2012), *VergabeR* 2014, S. 255-266.

Reimold, Tobias: *Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS* (Tübingen: Mohr Siebeck), 2010.

Robertson, Viktoria H. S. E. :*Perspektiven für den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel* (Baden-Baden: Nomos), 2012.

Schmidt, Stefan: *Die Auswirkungen des GATS auf den deutschen Gesundheitssektor* (Frankfurt: Peter Lang), 2010.

Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann: *EU-Kommentar*, 3. Auflage, (Baden-Baden: Nomos), 2012.

Simon, Sven: *Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht* (Tübingen: Mohr Siebeck), 2009.

Streinz, Rudolf: EUV/AEUV – Kommentar, 2. Aufl. (München: C. H. Beck), 2012.

Stephenson, Sherry M.: Regional versus multilateral liberalisation of services, *World Trade Review* 2002, S. 187-209.

VanDuzer, Anthony: Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in: J. M. Curtis/D. Ciuriak (eds), *Trade Policy Research* 2004, 2004, S. 287-518.

Ders.: NAFTA's Approach to Protecting Public Services: Fragmentary, Asymmetrical, Rigid and Limited, in: Markus Krajewski (Hrsg.): *Beyond the Single Market - External and international dimensions of services of general interest in EU law* (Heidelberg: Springer), *im Erscheinen*.

Wolfrum, Rüdiger / Stoll, Peter-Tobias / Feinagle, Clements (Hrsg.): *WTO – Trade in Services – Max Planck Commentaries on International Trade Law – Vol. 6* (Leiden: Nijhoff), 2008.

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement (Kanada und EU)
DAI	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
EUV	Vertrag über die Europäische Union
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GPA	General Procurement Agreement
INTA	Ausschuss für Internationalen Handel des Europäischen Parlaments
ISDS	Investor-state dispute settlement
NAFTA	North American Free Trade Agreement
TiSA	Trade in Services Agreement
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership (USA und EU)
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WTO	World Trade Organization

I. Einleitung

Seit Juli 2013 verhandeln die Europäische Union und die USA über ein Transatlantisches Handels- und Investitionspartnerschaftsabkommen (TTIP). Die Verhandlungen sind Gegenstand zahlreicher öffentlicher Diskussionen und werden von unterschiedlichen politischen Akteuren kritisiert oder sogar abgelehnt. Im Mittelpunkt der Kritik stehen dabei das Verfahren der Verhandlungen und drei besonders umstrittene inhaltliche Komplexe des geplanten Abkommens. Das Verfahren wird allgemein als intransparent kritisiert, insbesondere, da offizielle Verhandlungsdokumente allenfalls selektiv veröffentlicht werden, wodurch eine kritische Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Stand der Verhandlungen erschwert wird. In der Sache wird vor allem das geplante Kapitel zum Investitionsschutz einschließlich der Möglichkeit von Investor-Staat-Streitverfahren, die Auswirkungen der beabsichtigten regulatorischen Konvergenz auf Umwelt- und Verbraucherschutzstandards sowie Produktzulassungsregeln und die möglichen Auswirkungen des TTIP auf die Erbringung, Finanzierung und Organisation öffentlicher Dienstleistungen (Leistungen der Daseinsvorsorge) diskutiert.¹

Diesbezüglich besteht insbesondere bei den kommunalen Spitzenverbänden, den Verbänden der öffentlichen Wirtschaft und Gewerkschaften des öffentlichen Sektors aber auch in der Zivilgesellschaft die Befürchtung, durch das TTIP könnten bewährte Modelle der kommunalen Daseinsvorsorge oder nicht-kommerzielle Erbringungsformen beeinträchtigt werden.² Ebenso wird befürchtet, dass der Gestaltungsspielraum und die Organisationsautonomie lokaler Träger öffentlicher Dienstleistungen eingeengt werden könnten. Dabei sind nicht nur die Dienstleistungsliberalisierung im eigentlichen Sinne und der mögliche Zwang zur Abschaffung öffentlicher Monopole zu beachten, sondern auch Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe und Disziplinen für Subventionen. Ferner sind die Auswirkungen eines möglichen Kapitels zum Investitionsschutz zu berücksichtigen.

Die EU-Kommission hat im Juli 2014 eine Stellungnahme veröffentlicht, in der sie ausdrücklich auf die Kritik bezüglich der Auswirkungen des TTIP auf öffentliche Dienstleistungen eingeht.³ Im Kern stellt die Kommission darauf ab, dass Liberalisierungsverpflichtungen in Freihandelsabkommen mit Sicherheitsgarantien versehen sind, die den Mitgliedstaaten ausreichend Spielraum für die Gestaltung öffentlicher Dienstleistungen ermöglichen. Allerdings weist die Kommission auch darauf hin, dass Handelsabkommen in hohem Maße komplex sind und in den Abkommen oft Fachbegriffe

¹ Im Folgenden wird der Begriff „öffentliche Dienstleistungen“ verwendet, der auch die EU-rechtlichen Kategorien der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) bzw. „Dienste von allgemeinem Interesse“ (DAI) erfasst. Soweit eine Differenzierung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Leistungen erforderlich ist, wird dieser Unterschied aufgegriffen. Allgemein zur Begrifflichkeit Krajewski, Grundstrukturen des Rechts Öffentlicher Dienstleistungen, 2011, S. 3 ff und 77 ff.

² Siehe z. B. Deutscher Städtetag, Auswirkungen weltweiter Handelsabkommen auf die kommunale Daseinsvorsorge, Beschluss des Hauptausschusses auf seiner 209. Sitzung am 12. Februar 2014 in München, im Internet unter <http://www.staedtetag.de/fachinformationen/wirtschaft/068853/> Positionspapier des Bundesverbands Öffentliche Dienstleistungen zu TTIP vom 6. Juni 2014, im Internet unter <http://www.bvoed.de/pm-bvöd-ttip-verhandlungen.html>, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di Landesbezirk Niedersachsen-Bremen, Stellungnahme zum geplanten Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und den USA, Februar 2014, <http://nds-bremen.verdi.de/themen/nachrichten/++co++805640e6-b99a-11e3-af91-52540059119e> und Fritz, TTIP vor Ort, http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2014/09/Campact_TTIP_vor_Ort.pdf.

³ European Commission, Protecting public services in TTIP and other EU trade agreements, 4 July 2014, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1115>.

verwendet würden, die nicht einfach zu verstehen seien. Dem wird man ohne weiteres zustimmen können. Dass die Begriffe allerdings hinreichend präzise sind, wie die EU-Kommission behauptet, kann bezweifelt werden und bedarf einer genauen Untersuchung. Schließlich ist die Frage, ob die Verpflichtungen eines Freihandelsabkommens den Spielraum für öffentliche Dienstleistungen zu stark einschränken, nicht pauschal zu beantworten, sondern hängt vom genauen Umfang der Liberalisierungsverpflichtungen, ihrer Regelungsstruktur und den sonstigen Regeln des Abkommens z. B. zur öffentlichen Beschaffung und zur Wettbewerbspolitik ab.

Die vorliegende Studie versucht auf dem bis Mitte 2014 bekannten Stand der Verhandlungen und den bis dato öffentlich und quasi-öffentlich⁴ zur Verfügung stehenden Dokumenten eine Einschätzung der potentiellen Auswirkungen des TTIP auf öffentliche Dienstleistungen vorzunehmen. Auf dieser Grundlage sollen auch Politikempfehlungen formuliert werden, um sicherzustellen, dass der von der EU-Kommission behauptete Gestaltungsraum für öffentliche Dienstleistungen bestehen bleibt. Da der Verhandlungsprozess noch nicht beendet ist, beruhen einige Ergebnisse dieser Studie auf Mutmaßungen über mögliche Ergebnisse. Die TTIP-Verhandlungen werden jedoch auf der Grundlage anderer Freihandelsabkommen der EU und der USA geführt, so dass für die Analysen auf bestehende Begrifflichkeiten und Regelungstechniken zurückgegriffen werden kann, die aller Voraussicht nach auch im TTIP von Bedeutung sein werden.

Die Studie gliedert sich wie folgt: Im folgenden Abschnitt wird zunächst ein allgemeiner Überblick über die Grundlagen des TTIP und den gegenwärtigen Stand gegeben (II.). Dabei werden auch die Verhandlungsleitlinien der EU-Kommission für das TTIP erläutert. Im Anschluss werden die rechtlichen Grundlagen der EU bei der Aushandlung von Freihandelsabkommen in Bezug auf öffentliche Dienstleistungen erörtert (III.). Durch den Vertrag von Lissabon wurden sowohl die Vorschriften des AEUV zu den EU-Außenbeziehungen und der Gemeinsamen Handelspolitik modifiziert als auch die vertragsrechtliche Stellung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gestärkt, was nicht ohne Auswirkungen auf den normativen Rahmen von Verhandlungen der EU über Freihandelsabkommen geblieben ist. Der vierte Teil stellt ein Untersuchungs- und Analysemodell vor, mit dem die Auswirkungen der Dienstleistungsliberalisierungsverpflichtungen in Freihandelsabkommen auf öffentliche Dienstleistungen und deren Gestaltungsspielraum bewertet werden können (IV.). Dieses Modell wird dann auf die TTIP-Verhandlungen und den bis dato bekannten Stand der Verhandlungen im Bereich Dienstleistungsliberalisierung angewandt (V.). Wie bereits erwähnt sind die Verpflichtungen im Bereich der Dienstleistungsliberalisierung jedoch nicht die einzigen Elemente des TTIP, die sich auf öffentliche Dienstleistungen auswirken können. Daher wird in den folgenden Abschnitten untersucht, welche Auswirkungen die geplanten TTIP-Kapitel zu öffentlicher Beschaffung, Wettbewerb und Energie auf öffentliche Dienstleistungen entfalten können (VI.) und welche Besonderheiten sich bezüglich des geplanten Kapitels zum Investitionsschutz für öffentliche Dienstleistungen ergeben (VII.). Die Studie schließt mit einer Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse und einschlägigen rechtspolitischen Forderungen (VIII.)

⁴ Unter „quasi-öffentlich“ werden Dokumente verstanden, die zwar nicht offiziell veröffentlicht wurden, die jedoch durch sog. „Leaks“ an die Öffentlichkeit gelangten und bei denen eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass es sich um authentische Dokumente handelt. Aufgrund der Lückenhaftigkeit dieser „Leaks“ kann jedoch nicht sichergestellt werden, dass es sich jeweils um die aktuellste Fassung eines Dokuments handelt.

II. Grundlagen

1. Hintergrund und bisheriger Verhandlungsverlauf

Die Idee eines Freihandelsabkommens zwischen den USA und der EU wurde seit den 1990er Jahren immer wieder diskutiert, jedoch politisch erst ab 2011 ernsthaft verfolgt. Auf dem US-EU-Gipfeltreffen im November 2011 wurde zunächst eine High Level Working Group on Jobs and Growth eingesetzt. Diese sollte Strategien für eine Zunahme von Handel und Investitionen zwischen der EU und den USA erarbeiten, um die Schaffung von Arbeitsplätzen, die internationale Wettbewerbsfähigkeit und das Wirtschaftswachstum zu unterstützen.⁵

Bereits in ihrem vorläufigen Bericht kam die Arbeitsgruppe zu dem Schluss, dass ein umfassendes transatlantisches Handels- und Investitionsabkommen die Option mit dem größten Potenzial zur Schaffung von Arbeitsplätzen, Unterstützung des Wirtschaftswachstums und der Wettbewerbsfähigkeit zur Erreichung der gesteckten Ziele beiderseits des Atlantiks sei. Im Abschlussbericht vom 11. Februar 2013 wurde diese Einschätzung, unter anderem gestützt auf Konsultationen mit Interessenvertretern bestätigt und empfohlen, die Verhandlungen zu einem Freihandelsabkommen aufzunehmen, das neben klassischen Handelsthemen auch Investitionsschutz und regulatorische Aspekte enthalten sollte.⁶ Zwei Tage nach Veröffentlichung dieses Berichts verkündeten der US-amerikanische Präsident Barack Obama, der Präsident des Europäischen Rates, Herman Van Rompuy und der Präsident der Europäischen Kommission, José Manuel Barroso, dass sie aufgrund der Empfehlungen der Arbeitsgruppe mit den Vorbereitungen für die Aufnahme von Verhandlungen beginnen würden.

Am 12. März stellte die Europäische Kommission den Entwurf von Verhandlungsleitlinien für ein Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA vor. Der Rat verabschiedete die Leitlinien für die TTIP-Verhandlungen (Verhandlungsmandat) am 17. Juni 2013.⁷ Unmittelbar danach begannen die ersten Verhandlungen. Die Verhandlungen über das TTIP haben in bislang drei Runden in 2013 und weiteren drei Runden in 2014 stattgefunden. Während in den ersten drei Runden vor allem allgemeine Fragen behandelt wurden, wurde in der vierten Runde erstmals auf der Grundlage konkreter Texte verhandelt.

In der Verhandlungsrunde vom 14. bis 18. Juli 2014 wurde auch über konkrete Texte für ein Kapitel zu Dienstleistungen und über wechselseitige Angebote zur Dienstleistungsliberalisierung verhandelt.⁸ Ein Entwurf des entsprechenden Angebots der EU vom 26. Mai 2014 wurde in der Öffentlichkeit bekannt und steht im Internet zur Verfügung.⁹ Die Verhandlungen über ein Kapitel zum Investitionsschutz wurden im Januar 2014

⁵ European Commission, EU-US High Level Working Group on Jobs and Growth, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/jobs-growth/index_en.htm.

⁶ European Commission, Final Report High Level Working Group on Jobs and Growth, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf.

⁷ Rat der Europäischen Union, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, 17. Juni 2013, 11103/13.

⁸ European Commission, State of Play of TTIP negotiations after the 6th round, 29 July 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152699.pdf.

⁹ Siehe http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reconstructed-draft_eu_ttip_offer_for_trade_in_services.pdf und <http://www.epsu.org/a/10558>. Es handelt sich um eine Fassung, die noch im Handelspolitischen Ausschuss beraten werden sollte, so dass angenommen werden kann, dass diese Fassung nicht unverändert in die Verhandlungen eingeführt wurde.

ausgesetzt, da zu diesem Thema zunächst eine öffentliche Konsultation durchgeführt und die Entscheidung über weitere Verhandlungen zum Investitionsschutz von der Auswertung der Ergebnisse dieser Konsultation abhängig gemacht wurde.

Derzeit finden Verhandlungen in einem Rhythmus von zwei Monaten abwechselnd in Brüssel und den USA statt, die Unterhändler befinden sich aber auch außerhalb dieser Treffen in einem regelmäßigen Austausch miteinander. Die Bundesregierung geht von einem erfolgreichen Abschluss der Verhandlungen im Jahr 2015 aus.¹⁰

2. Rechtliche Grundlagen

Die europarechtlichen Grundlagen für die TTIP-Verhandlungen finden sich in Art. 206 und 207 AEUV sowie in Art. 218 AEUV. Hinzu kommen die allgemeinen Vorschriften für die Außenbeziehungen der EU im EUV.

a) Verhandlungsmandat

In der Gemeinsamen Handelspolitik kommt der Europäischen Kommission eine Schlüsselrolle zu. Sie schlägt dem Rat die Aufnahme von Verhandlungen vor und dieser ermächtigt die Kommission, im Namen der EU Verhandlungen durchzuführen. Ist zu Beginn der Verhandlungen bereits sicher, dass das potentielle Abkommen auch Kompetenzen der Mitgliedstaaten berühren wird oder ist dies zumindest wahrscheinlich, wird die Kommission durch die im Rat versammelten Vertreter der Mitgliedstaaten regelmäßig auch zugleich ermächtigt, im Namen der Mitgliedstaaten zu verhandeln. Für das TTIP wurde diese Ermächtigung zeitgleich mit der Ermächtigung zum Verhandeln im Namen der EU erteilt.¹¹ Vertreter der Mitgliedstaaten sind daher nicht formell an den Verhandlungen beteiligt.

Der Beschluss des Rats, Verhandlungen aufzunehmen, die Ermächtigung der Kommission, auch im Namen der Mitgliedstaaten zu verhandeln und die Verhandlungsleitlinien des Rats werden in der öffentlichen Debatte als „Mandat“ bezeichnet. Von besonderem Interesse sind dabei die Leitlinien, die regelmäßig neben Aussagen zu den Zielen eines Abkommens auch konkrete Vorgaben für die einzelnen geplanten Kapitel enthalten. Eine Veröffentlichung dieser Leitlinien ist nicht vorgesehen. Die Leitlinien für das TTIP gelangten gleichwohl an die Öffentlichkeit und stehen im Internet – auch auf Deutsch – zur Verfügung.¹² Das Europäische Parlament ist an der Mandatserteilung nicht beteiligt. Es ist allerdings nach der interinstitutionellen Rahmenvereinbarung zwischen Kommission und Parlament in allen Phasen der Verhandlungen, „einschließlich der Festlegung von Verhandlungsleitlinien“, zu unterrichten.¹³

¹⁰ Siehe z.B. BT-Drs. 18/1118, Antwort auf Frage Nr. 19, Homepage des Bundeswirtschaftsministeriums: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Ttip/verhandlungsprozess.html>.

¹¹ Pressemitteilung „Rat gibt grünes Licht für Freihandelsgespräche mit den USA“, abrufbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/homepage/showfocus?focusName=council-gives-the-green-light-to-launch-free-trade-talks-with-the-united-states&lang=de>.

¹² Die englische Version des Mandats findet sich unter <http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/EU-TTIP-Mandate-from-bfmtv-June17-2013.pdf>, die deutsche Fassung wurde unter <http://www.ttip-leak.eu/> durch MdEP Sven Giegold veröffentlicht.

¹³ Nr. 23 Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, ABl. L 304/47, 20.11.2010.

b) Ablauf der Verhandlungen

Die Europäische Kommission führt die Verhandlungen durch eine Gruppe von Kommissionsbeamten¹⁴. Federführend ist dabei die Generaldirektion Handel, die Expertise für einzelne Gebiete wird aber aus der gesamten Kommission abgefragt.

Während der Verhandlungen unterrichtet die Kommission den Handelspolitischen Ausschuss des Rats, der sich aus den für handelspolitische Fragen zuständigen Beamten der jeweiligen Fachministerien zusammensetzt. Da die Verhandlungen gem. Art. 207 Abs. 3 Uabs. 3 AEUV im Benehmen mit diesem Ausschuss zu führen sind, stimmt sich die Kommission auch regelmäßig mit dem Ausschuss ab und handelt grundsätzlich mit dessen Einverständnis.¹⁵

Das Europäische Parlament wird über die Verhandlungen unterrichtet. Diese bereits im AEUV verankerte Pflicht wird in der interinstitutionellen Rahmenvereinbarung dahin gehend konkretisiert, dass sie „umgehend und umfassend“ in allen Phasen der Verhandlung stattfinden muss.¹⁶ In der Regel erfolgt dies über den zuständigen Ausschuss des Parlaments, im Falle des TTIP der Ausschuss Internationaler Handel (INTA), falls erforderlich ist aber auch das Plenum einzubeziehen. Für die Weiterleitung vertraulicher Informationen sollen dabei „angemessene“ Verfahren angewendet werden¹⁷, im Grundsatz ist insbesondere die Weitergabe von Informationen an nicht-autorisierte Dritte untersagt¹⁸.

Das Verfahren zum Abschluss von Handelsabkommen ist in den Artikeln 207 AEUV und 218 AEUV niedergelegt. Gemäß Artikel 207 Abs. 4 AEUV beschließt der Rat den Abschluss eines Abkommens. Dabei handelt er grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit. Ein einstimmiger Ratsbeschluss ist dagegen vorgesehen, wenn ein Abkommen den Handel mit kulturellen und audiovisuellen Dienstleistungen erfasst und wenn dadurch die kulturelle und sprachliche Vielfalt in der Union beeinträchtigt werden könnte. Weiterhin ist Einstimmigkeit erforderlich, wenn die Abkommen den Handel mit Sozial-, Bildungs- und Gesundheitsleistungen betreffen und die einzelstaatliche Organisation dieser Dienstleistungen ernsthaft stören sowie die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre Erbringung beeinträchtigen könnten. Sämtliche Begrifflichkeiten dieser Ausnahmeklauseln sind unscharf und rechtlich kaum fassbar.¹⁹ Eine Klärung durch den EuGH ist bislang noch nicht erfolgt. In der Praxis dürfte die Vorschrift rechtlich daher kaum handhabbar sein.²⁰ Daher ist anzunehmen, dass bei Streitfragen im Rat eine einstimmige Entscheidung angestrebt werden wird, wenn der EuGH nicht zu einer Klärung der Fragen beiträgt. In jedem Fall wird sich erst auf der Grundlage der endgültigen Texte beurteilen lassen, ob die im TTIP behandelten Bereiche das Einstimmigkeitserfordernis auslösen.

Das Europäische Parlament muss dem Beschluss des Rates zum Abschluss eines Übereinkommens in den meisten Fällen zustimmen. Für das TTIP besteht eine derartige Zustimmungspflicht des Parlaments gemäß Artikel 218 Abs. 6 Uabs. 2 a) v) AEUV.

¹⁴ Eine Liste der Chefunterhändler ist abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151668.pdf.

¹⁵ Nettesheim/Duvigneau in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, C. H. Beck, Artikel 207, Rn. 50.

¹⁶ Nr. 23 der Rahmenvereinbarung (Fn. 13).

¹⁷ Nr. 24 der Rahmenvereinbarung (Fn. 13).

¹⁸ Siehe z.B. Anhang II zur Rahmenvereinbarung (Fn. 13), Unterpunkt 2.5.2.

¹⁹ Weiß in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. Ergänzungslieferung, 2014, C. H. Beck, Art. 207 AEUV, Rn. 103 ff.

²⁰ M. Krajewski, The Reform of the Common Commercial Policy in: Biondi/Eeckhout (eds), European Union Law after the Treaty of Lisbon, 2012, S. 292 ff.

c) TTIP als gemischtes Abkommen

Auch wenn die EU-Zuständigkeiten in der Gemeinsamen Handelspolitik durch den Vertrag von Lissabon im Hinblick auf den Handel mit Dienstleistungen, Aspekte des geistigen Eigentums und ausländische Direktinvestitionen ausgedehnt wurden, ist es nach wie vor möglich, dass der Inhalt des TTIP über die Kompetenzen der EU hinausgeht und im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten liegt. In diesem Fall ist ein Abschluss des Abkommens durch die EU und die Mitgliedstaaten erforderlich („gemischtes Abkommen“). Ausreichend ist es bereits, wenn für einen einzelnen Teilbereich eines Abkommens keine unionale Zuständigkeit besteht.²¹ Ein gemischtes Abkommen muss von allen 28 Mitgliedstaaten nach ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert werden. In Deutschland müssten damit gemäß Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz der Bundestag und gegebenenfalls der Bundesrat dem Abschluss des Abkommens zustimmen.

Grundsätzlich kann erst bei Vorlage des endgültigen Abkommenstextes geklärt werden, ob ein gemischtes Abkommen vorliegt. Die deutsche Bundesregierung geht derzeit davon aus, dass es sich beim TTIP um ein gemischtes Abkommen handeln wird, ihrer Kenntnis nach sind auch alle anderen Mitgliedstaaten dieser Ansicht.²²

Gemäß Artikel 218 XI AEUV kann ein Gutachten des Europäischen Gerichtshofs über die Vereinbarkeit eines Abkommens mit den europäischen Verträgen durch einen Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, den Rat oder die Kommission eingeholt werden. Handelskommissar De Gucht beabsichtigt ausweislich der Berichterstattung in der Presse²³, die Frage über das Vorliegen eines gemischten Abkommens auf diese Weise richterlich entscheiden zu lassen. Da Gutachten sich jedoch nur auf Abkommen beziehen können, die bereits in ihren Grundzügen bekannt sind²⁴, wäre derzeit nur ein Gutachten für das zwischen der EU und Kanada ausgehandelte Freihandelsabkommen CETA möglich.

3. Gegenstand der Verhandlungen

Das TTIP ist als ein umfangreiches Handels- und Investitionsabkommen, das unterschiedliche Bereiche erfassen soll, geplant. Vorläufige Einschätzungen über den Gegenstand der Verhandlungen und den potentiellen Inhalt des TTIP sind auf der Grundlage der von der EU-Kommission veröffentlichten Positionspapiere und den Verhandlungsleitlinien des Rates möglich. Für den Bereich der öffentlichen Dienstleistungen sind vor allem die Positionspapiere zu Öffentlicher Auftragsvergabe²⁵ und zu Rohstoffen und Energie²⁶ von Bedeutung.

²¹ GA Kokott, Rs.C-13/07, Schlussanträge vom 26.03.2009, Rn. 121: „So wie ein kleiner Tropfen Pastis ein Glas Wasser trüben kann, können auch einzelne, noch so untergeordnete Bestimmungen (...) den Zwang zum Abschluss eines gemischten Abkommens auslösen.“

²² Siehe z.B. die Antworten auf die Kleinen Anfragen BT-Drs. 17/14787 vom 24.09.2013, Antwort auf Frage Nr. 2, und 18/1118 vom 10.04.2014, Antworten auf Fragen Nr. 2, 4.

²³ Siehe z.B. „Nationale Parlamente ausschalten“, taz, 29.04.2014, abrufbar unter <http://www.taz.de/!137588/>, „Tempolimit für Turboschweine“, Süddeutsche Zeitung, 29.04.2014, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/geplantes-eu-freihandelsabkommen-mit-den-usa-tempolimit-fuer-turboschweine-1.1945592>.

²⁴ EuGH, Gutachten 2/94, EMRK, Slg. Slg. 1996 I-1759, Rn. 10.

²⁵ European Commission, Public Procurement – Initial Position Paper, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151623.pdf.

²⁶ European Commission, Raw materials and energy – Initial Position Paper, abrufbar unter:

Aus den ersten allgemeinen Absätzen der Verhandlungsleitlinien folgt zunächst, dass sich die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft „auf gemeinsame Werte einschließlich des Schutzes und der Förderung der Menschenrechte und der internationalen Sicherheit stützt“. Zugleich soll das Abkommen „ehrgeizig, umfassend, ausgewogen“ sein. Ziel ist eine „tatsächliche Öffnung der Märkte der beiden Vertragsparteien“. Die sich aus dem Abkommen ergebenden Pflichten „werden auf allen staatlichen Ebenen bindend sein“. Dies umfasst in Deutschland neben der Bundes- und der Länderebene auch die kommunalen Untergliederungen, die eine entscheidende Rolle bei der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge spielen.

a) Handel mit Dienstleistungen

Für den Handel mit Dienstleistungen heißt es in Nr. 15 des Mandats, dass das Ziel verfolgt werden solle, „die in den beiden Vertragsparteien bestehende autonome Liberalisierung auf dem höchsten Liberalisierungsniveau, das in bestehenden Freihandelsabkommen erfasst wurde (...) zu binden“. Das heißt, dass der autonome Stand der Liberalisierung, z. B. aufgrund von Binnenmarkliberalisierungen, durch das Abkommen gebunden werden soll. Die entspricht auch dem Ansatz der EU in Verhandlungen über Freihandelsabkommen: Typischerweise sollen interne Liberalisierungen nach außen abgesichert und damit festgeschrieben werden. In keinem Fall soll hinter den Verpflichtungen aus bereits abgeschlossenen Freihandelsabkommen nicht zurückgeblieben werden soll. Dies gilt für alle Liberalisierungsverpflichtungen beider Vertragsparteien aus vergangenen Abkommen. Dabei sollen „im Wesentlichen alle Sektoren und Erbringungsarten“ erfasst und „gleichzeitig neue Marktzugangsmöglichkeiten“ erzielt werden, „indem noch vorhandene, seit langem bestehende Hemmnisse für den Marktzugang angegangen werden, wobei die Empfindlichkeit bestimmter Wirtschaftszweige anerkannt wird“. Welche Wirtschaftszweige mit dem letzten Passus gemeint sein sollen, wird nicht ausgeführt.

Die zentralen Vorgaben für öffentliche Dienstleistungen finden sich in den Nummern 19 und 20 der Leitlinien. In Nr. 19 heißt es: „Die hohe Qualität der öffentlichen Versorgung in der EU sollte im Einklang mit dem AEUV, insbesondere dem Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, und unter Berücksichtigung der Verpflichtungen der EU in diesem Bereich, einschließlich des GATS-Abkommens, gewahrt werden.“ Hinweise auf Protokoll Nr. 26 finden sich bislang nur im TTIP- und im TiSA-Mandat. Die englische Fassung der Leitlinien verwendet den Begriff „public utilities“, der in der deutschen Fassung mit „öffentliche Versorgung“ übersetzt wurde. Damit wird deutlich, dass insbesondere öffentliche Versorgungsleistungen in den Bereichen Energie, Abfall und Wasserversorgung erfasst werden sollen. Der Ausdruck „Dienste von allgemeinem Interesse“ entspringt dem europäischen Recht und verweist auf Dienstleistungen, die in etwa dem Modell der deutschen Daseinsvorsorge entsprechen. Die entsprechende Formulierung in den Leitlinien bedeutet daher nicht, dass Dienste von allgemeinem Interesse (= Daseinsvorsorge) von den Verhandlungen ausgenommen sind.

Das wird auch deutlich, wenn man die Formulierung in Nr. 19 mit den folgenden Absätzen vergleicht. Nr. 20 der Leitlinien besagt, dass „Dienstleistungen gemäß Artikel I Absatz 3 des GATS-Abkommens, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden, von den Verhandlungen ausgeschlossen (sind).“ Die hier in Bezug genommene

Dienstleistungserbringung „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ beschränkt sich nach allgemeiner Meinung auf Aufgaben, die im Wesentlichen hoheitlich erfüllt werden (Verwaltung, Justiz, Polizei).²⁷ Diese Aufgaben sind von Handelsabkommen grundsätzlich ausgeschlossen. Nach Nr. 21 werden audiovisuelle Dienste von dem Kapitel über Dienstleistungen nicht erfasst. Damit entspricht das Mandat der bisherigen EU-Praxis, wonach audiovisuelle Dienstleistungen nicht Verhandlungsgegenstand sind. Insofern lässt sich festhalten, dass das Mandat nur hoheitliche Aufgaben und audiovisuelle Dienste ausschließt.

Die Europäische Kommission hat sich aufgrund öffentlichen Drucks mehrfach ausdrücklich zur Rolle von öffentlichen Dienstleistungen im TTIP geäußert. Im Dezember 2013 veröffentlichte sie ein allein in deutscher Sprache verfügbares Dokument mit dem Titel „Wasserversorgung – kein Bestandteil der TTIP-Verhandlungen“.²⁸ Ein Text mit dem Titel „Schutz öffentlicher Dienste in der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) und in anderen EU-Handelsabkommen“²⁹ wurde im Juli 2014 auf der Homepage der Kommission veröffentlicht. Diese Texte enthalten keine Sachinformationen, die über das hinausgehen würden, was sich auch aus dem Mandat oder den Positionspapieren ergeben würde. Vielmehr wird in den Dokumenten auf die verschiedenen Schutzmöglichkeiten von öffentlichen Dienstleistungen in internationalen Handelsabkommen hingewiesen.³⁰

b) Öffentliches Beschaffungswesen und Wettbewerbspolitik

Sowohl aus den Verhandlungsleitlinien als auch aus den Positionspapieren der EU-Kommission ergibt sich klar, dass das TTIP auch Kapitel zum öffentlichen Beschaffungswesen und zur Wettbewerbspolitik enthalten soll. Nach Nr. 24 der Leitlinien soll das TTIP auch im Bereich Beschaffung „höchst ambitioniert“ sein und über das kürzlich revidierte Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen der WTO (*Government Procurement Agreement*, GPA) hinausgehen.

Das TTIP soll das Ziel verfolgen, „einen verbesserten beiderseitigen Zugang zu den Beschaffungsmärkten auf allen Verwaltungsebenen (national, regional und lokal) und im Versorgungsbereich vorzusehen“. Der Ausdruck „im Versorgungsbereich“ wird in der englischen Version der Leitlinien als „in the fields of public utilities“ bezeichnet. Damit wird deutlich, dass auch Beschaffungsvorgänge öffentlicher Versorgungsunternehmen, insbesondere in Bereichen Energie, Abfall und Wasserversorgung erfasst werden sollen.

Aus den Leitlinien und dem Positionspapier ergibt sich nicht, ob und in welchem Umfang Dienstleistungskonzessionen Gegenstand der Verhandlungen sind. Ausweislich des *state of play* hat die Kommission in der sechsten Verhandlungsrunde jedoch über die neue Konzessionsvergaberichtlinie informiert. Danach habe man sich gegenseitig zu Konzessionen und öffentlich-privaten-Partnerschaften befragt.³¹

²⁷ Dazu unten IV. 3 (a) (1)

²⁸ „Wasserversorgung – kein Bestandteil der TTIP-Verhandlungen“, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152029.pdf.

²⁹ „Schutz öffentlicher Dienste in der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) und in anderen EU-Handelsabkommen“, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1128&serie=793&langId=de>.

³⁰ Ausführlich zu diesen Instrumenten unten IV. 3. und V.

³¹ Oben Fn. 8.

Nach Nr. 36 der Verhandlungsleitlinien soll das TTIP auch Bestimmungen zur Wettbewerbspolitik, einschließlich staatlicher Beihilfen und Regelungen zu staatlichen Monopolen, staatlichen Unternehmen und Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten enthalten. Öffentliche Dienstleistungen werden teilweise in der Form staatlicher Monopole (z.B. in der Abwasserentsorgung), staatlicher Unternehmen (z.B. Zweckverbände zur Müllentsorgung) und durch Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten erbracht (z.B. durch kommunale Stadtwerke, die eine Konzession zur Trinkwasserversorgung oder zum Betrieb von Versorgungsnetzen halten), sodass auch dieser Gegenstand des TTIP vorliegend von Bedeutung sein kann.

c) Investitionsschutz

Das TTIP soll auch ein Kapitel zum Investitionsschutz und zu Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren (*investor-state dispute settlement*, ISDS) enthalten. Das Verhandlungsmandat enthält hierzu ausführliche Bestimmungen zu einem Investitionsschutzkapitel. Diese beginnen mit der Festlegung, dass auch in diesem Bereich der höchste Schutzstandard, den die Vertragsparteien bis dato ausgehandelt haben, Ausgangspunkt sein soll. In Nr. 23 der Leitlinien folgt eine Reihe von Zielen und Schutzstandards, die im TTIP enthalten sein sollen.

Aufgrund der starken Kritik an diesem Bereich des Abkommens wurden die Verhandlungen zum ISDS offiziell angehalten und eine öffentliche Konsultation zwischen März und Juli 2014 durchgeführt. Auf die Konsultation erhielt die Kommission fast 150.000 Antworten. Die meisten Antworten wurden durch Individuen, überwiegend im Kontext koordinierter Aktionen, abgegeben. Daneben haben 569 Organisationen, einschließlich vieler NGOs geantwortet.³² Erste Ergebnisse dieser Konsultation sollen im November 2014 vorliegen.³³

III. Rechtliche Grundlagen und Verpflichtungen der EU bei der Aushandlung von Handelsabkommen mit Blick auf öffentliche Dienstleistungen

1. Allgemeiner Rahmen für öffentliche Dienstleistungen im europäischen Recht

Die EU-rechtlichen Rahmenbedingungen für öffentliche Dienstleistungen finden sich im europäischen Primärrecht, in erster Linie im Rahmen der Regelungen zu Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse, insbesondere in den Artikeln 14 und 106 Absatz 2 AEUV, sowie Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse. Daneben bezieht sich auch Artikel 36 der Grundrechtecharta auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Was unter Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen ist, wird im Primärrecht nicht definiert. Grundsätzlich steht den Mitgliedstaaten jedoch eine weite Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung, was eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist, zu.

³² European Commission, Preliminary report (statistical overview), Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), 18 July 2014, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152693.pdf.

³³ Investment protection and ISDS in TTIP - EU starts reviewing survey results, 14 July 2014, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1127>.

Aus Sicht der Europäischen Kommission heißt Gestaltungsfreiheit, „dass für die Definition dessen, was ausgehend von den spezifischen Merkmalen einer Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu gelten hat, vorrangig die Mitgliedstaaten zuständig sind. (...) Wo es noch keine gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften gibt, haben die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer einschlägigen Politik großen Spielraum; hier unterliegen sie lediglich einer Kontrolle auf offenkundige Fehler. Die Frage, ob ein Dienst als Leistung der Daseinsvorsorge anzusehen ist und wie er organisiert werden soll, wird zuallererst auf nationaler Ebene entschieden.“³⁴

In Abgrenzung zu den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind die nichtwirtschaftlichen Dienste von allgemeinem Interesse zu sehen. Die Europäische Union hat für den Bereich dieser Dienste keine direkte Kompetenz. Bisher sah die Kommission z.B. das Pflichtschulwesen und soziale Sicherheit sowie hoheitliche Aufgaben, durch die Staatsgewalt ausgeübt wird als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten an, darüber hinaus auch Dienstleistungen im Zusammenhang mit nationalen Bildungssystemen und mit der Pflichtmitgliedschaft in sozialen Grundversorgungssystemen.³⁵

Nachdem Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zunächst ihre Bedeutung aufgrund von Artikel 106 Absatz 2 AEUV erlangten, wurde in Artikel 14 AEUV durch den Vertrag von Lissabon zusätzlich eine neue Kompetenz für Rechtsakte geschaffen. Seit dem Vertrag von Lissabon wird auch die regionale und lokale Selbstverwaltung in Artikel 14 Satz 1 AEUV und Artikel 4 EUV ausdrücklich anerkannt. Schließlich wurde den Verträgen das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse hinzugefügt, das gemäß Artikel 51 EUV im Rang von Primärrecht steht.

Artikel 14 AEUV betont den Stellenwert, den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen“. Zu den gemeinsamen Werten der Union im Sinne des Artikels 14 AEUV zählen nach Protokoll Nr. 26: „die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind“, „die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können“ und „ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“.

Die Gleichstellung des Protokolls Nr. 26 mit den Verträgen und seine Entstehungsgeschichte sprechen dafür, dass es nicht nur den status quo vor dem Vertrag von Lissabon beschreibt, sondern eine eigenständige Bedeutung hat. In diesem Zusammenhang ist es bedeutsam, dass auch die Verhandlungsleitlinien für das TTIP auf das Protokoll Bezug nehmen. Es heißt in Nr. 19: „Die hohe Qualität der öffentlichen Versorgung in der EU sollte im Einklang mit dem AEUV, insbesondere dem Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse (...) gewahrt werden.“ Gerade der im Protokoll betonte weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Ebene bei der Erbringung und Organisation von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ist von hoher Bedeutung dafür, dass bewährte

³⁴ Europäische Kommission, Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 20.09.2000, KOM (2000) 580 endgültig, Rn. 22.

³⁵ Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 2001, Amtsblatt C17 vom 19.01.2001, S.4-23, Rn. 29.

Strukturen für öffentliche Dienstleistungen und deren gewohnt hohe Qualität bewahrt werden können – auch gegen Bestrebungen in einem Handelsabkommen. Durch die Bezugnahme in den Leitlinien wurden die Wertungen des Protokolls Nr. 26 – unabhängig von der rechtstheoretischen Diskussion um dessen Natur – für die Verhandlungen des TTIP anerkannt.

Nach dem Vertrag von Lissabon wird die lokale und regionale Selbstverwaltung nun auch erstmals an prominenten Stellen im europäischen Primärrecht genannt. Die wichtigste neue Vorschrift ist Artikel 4 Absatz 2 Satz 1 EUV: „Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ Damit wird klargestellt, dass auch die kommunale Selbstverwaltung in das unionsrechtliche Achtungsgebot miteinbezogen wird, dies war zuvor umstritten.³⁶ Da viele öffentliche Dienstleistungen im Rahmen von kommunaler Selbstverwaltung organisiert oder erbracht werden ist diese Vertragsänderung auch im Rahmen öffentlicher Dienstleistungen bedeutsam.

2. Anforderungen an auswärtiges Handeln

Artikel 205 AEUV weist darauf hin, dass das Handeln der Union auf internationaler Ebene von den „Grundsätzen bestimmt, von den Zielen geleitet und an den allgemeinen Bestimmungen ausgerichtet“ wird, die in Titel V Kapitel 1 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegt sind. Damit wird auf die Artikel 21 und 22 EUV Bezug genommen. Nach Artikel 207 Abs. 1 Satz 2 AEUV wird auch die gemeinsame Handelspolitik im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union gestaltet.

Artikel 21 EUV beschreibt die Grundsätze und Ziele der Union für ihr auswärtiges Handeln. Dazu zählt auch der Grundsatz der Solidarität. Auch in den Artikeln 2 und 3 EUV werden viele der in Artikel 21 EUV genannten Grundsätze genannt, sodass eine Zusammenschau der Normen zur Auslegung naheliegt.³⁷ Während in Artikel 3 EUV der Begriff der Solidarität im Sinne von Solidarität zwischen Staaten benutzt wird (Art. 3 Abs. 3 und 5 EUV), spricht Artikel 2 EUV von Werten, die „einer Gesellschaft, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet“ gemeinsam sind. In Anbetracht der Tatsache, dass der Begriff der Solidarität hier in Beziehung zur „Gesellschaft“ gesetzt wird, scheint eine enge Interpretation nicht zwingend. Relevant ist, dass Titel IV der Grundrechtecharta mit dem Titel „Solidarität“ überschrieben ist. Darunter sind unter anderem Regelungen zu Gesundheitsleistungen (Artikel 35 Grundrechtecharta) und der Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Artikel 36 Grundrechtecharta) aufgeführt. Diese Zusammenschau der Vorschriften deutet in die Richtung, dass der Grundsatz der Solidarität auch dahingehend interpretiert werden kann, dass damit solidarische Maßnahmen für die einzelnen Bürger, so wie es Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind, gemeint sind.

Ebenfalls in Artikel 21 EUV (Abs. 2 Uabs. 1) wird darauf verwiesen, dass sich die Union für die Wahrung „ihrer Werte“ auf internationaler Ebene einsetzt. Artikel 14 AEUV bezieht sich auf den Stellenwert, den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

³⁶ Hatje in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Auflage, 2012, Artikel 4 EUV, Rn. 14.

³⁷ Dazu ausführlich Eeckhout, A normative basis for EU external relations? Protecting internal values beyond the Single Market, in: Krajewski (Hrsg.), im Erscheinen. In diese Sinne auch Terhechte in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl., 2012, Artikel 21 EUV, Rn. 3.

innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse werden damit als Wert der Union anerkannt.³⁸ Auch in Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse wird auf die „gemeinsamen Werte der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 14“ verwiesen. Daher kann die Wahrung des besonderen Stellenwerts von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ebenfalls als ein Wert angesehen werden, der im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik zu verfolgen ist.

Dies wird durch die Verpflichtung zu Kohärenz bei der Aushandlung von Handelsabkommen gemäß Artikel 207 Abs. 3 S 2 AEUV unterstützt. Danach hat die Europäische Union auch auf die Kohärenz zwischen einzelnen Bereichen des auswärtigen Handelns und „ihren übrigen Politikbereichen“ zu achten. Dazu gehört auch das Modell der DAI auf EU-Ebene. Die EU ist somit nicht vollkommen frei bei der Aushandlung von Regelungen in Freihandelsabkommen, die öffentliche Dienstleistungen betreffen. Dies scheint auch in den Verhandlungsleitlinien für das TTIP und für CETA anerkannt worden zu sein, die insbesondere auf das Protokoll Nr. 26 verweisen.

IV. Grundlagen der rechtlichen Auswirkungen von Handelsabkommen auf öffentliche Dienstleistungen

1. Regelungsbereiche eines Handelsabkommens mit Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen

Die Auswirkungen eines Freihandelsabkommens auf den rechtlichen Rahmen der Erbringung, Finanzierung und Organisation öffentlicher Dienstleistungen hängen zunächst von der Reichweite des Abkommens ab. In der bisherigen Praxis internationaler Handelsabkommen lassen sich verschiedene Regelungsbereiche, die derartige Auswirkungen entfalten können, unterscheiden.

a) Verpflichtungen zur Liberalisierung des Dienstleistungshandels und von Investitionen

Der erste und praktisch bedeutsamste Bereich sind die Verpflichtungen zur Dienstleistungsliberalisierung. In den neueren EU-Freihandelsabkommen werden die entsprechenden Kapitel mit „Trade in Services, Investment and E-Commerce“ überschrieben. Die konkreten Liberalisierungsverpflichtungen werden in den neuen EU-Abkommen in drei Erbringungsweisen unterteilt: „Investment“ (= Niederlassung ausländischer Unternehmen im Inland, entspricht GATS Modus 3), „Cross border supply of services“ (= Nachfrage einer Dienstleistung im Ausland, entspricht GATS Modi 1 und 2) und „Temporary presence of natural persons for business purposes“ (= Aufenthalt von natürlichen Personen zu Geschäftszwecken, entspricht GATS Modus 4).³⁹

Die Liberalisierungsverpflichtungen gelten für alle Ebenen staatlichen Handelns. Dazu zählen bei einem EU-Freihandelsabkommen sowohl EU-Maßnahmen als auch Maßnahmen der Mitgliedstaaten auf staatlicher, regionaler und lokaler Ebene. Das folgt bereits aus

³⁸ S. z.B. Jung in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Artikel 14 AEUV, Rn. 7.

³⁹ Zu den GATS Modi siehe Krajewski, in: Ehlers u.a. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, § 6, Rn. 14 und Hernekamp, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen nach dem Weltdienstleistungshandelsabkommen GATS, 2013, S. 52 ff.

allgemeinen völkerrechtlichen Grundprinzipien. Entsprechende Klarstellungen finden sich jedoch in Art. I:3 (a) GATS und in den Freihandelsabkommen der EU, z. B. Art. 160 (b) Freihandelsabkommen EU-Zentralamerika.⁴⁰

Die Liberalisierungsverpflichtungen umfassen regelmäßig das Gebot der Inländerbehandlung (Nichtdiskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Anbietern und Dienstleistungen) und die Verpflichtung zu Marktzugang, die insbesondere die Abschaffung von Monopolen, ausschließlichen Rechten (z. B. Konzessionen), Bedarfsprüfungen oder anderen quantitativen Zugangsbeschränkungen verlangen.⁴¹ Die entsprechenden Verpflichtungen gelten regelmäßig nicht ausnahmslos, d.h. je nach der Struktur der Verpflichtungslisten (Negativ- oder Positivlistenansatz) entweder nur für ausdrücklich erwähnte Sektoren (Positivlistenansatz) oder für alle Sektoren, mit Ausnahme derer, die besonders erwähnt werden (Negativlistenansatz).⁴² Darüber hinaus können die Listen weitere sektorspezifische Einschränkungen enthalten, aber auch Bedingungen und Ausnahmen festlegen, die für alle Sektoren gelten (horizontale Einschränkungen). In diesem Zusammenhang wird oft die Leistung von Subventionen als Ausnahme vom Grundsatz der Inländerbehandlung festgelegt, sodass bei staatlichen Unterstützungsleistungen keine Gleichbehandlung zwischen In- und Ausländern erforderlich ist.

Um potentielle Auswirkungen eines Freihandelsabkommens auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen zu untersuchen, bedarf es also zunächst der genauen Bestimmung, welche Sektoren in Rede stehen (z. B. Abfallbeseitigung, Krankenhausversorgung, öffentlicher Schienenverkehr etc.), um dann festzustellen, ob und mit welchen Bedingungen sie den Liberalisierungsverpflichtungen unterfallen. Für die konkreten Auswirkungen eines Freihandelsabkommens ist es zunächst nicht entscheidend, ob die Liberalisierungsverpflichtungen auf der Grundlage eines Positivlisten-Ansatzes oder eines Negativlisten-Ansatzes formuliert werden, da beide Ansätze theoretisch die gleichen Ausnahmen und Verpflichtungen dokumentieren können. Allerdings entfaltet ein Negativlisten-Ansatz grundsätzlich eine Dynamik zugunsten weitreichenderer Liberalisierungsverpflichtungen⁴³, da Regulierungsansätze in den Verhandlungen als Handelshemmnisse wahrgenommen werden, so dass deren Beibehaltung einem besonderen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt ist. Dagegen steht bei einem Positivlisten-Ansatz die Frage im Vordergrund, ob der in Frage stehende Sektor tatsächlich dem internationalen Wettbewerb ausgesetzt werden soll.

b) Regulierungsfragen, öffentliche Beschaffung und Investitionsschutz

Ein mit den Verpflichtungen zur Dienstleistungsliberalisierung eng verknüpfter Bereich betrifft Vorgaben für sektorspezifische Regulierung. Während im GATS derartige Vorgaben nur für den Telekommunikations- und den Finanzdienstleistungsbereich bestehen, enthalten jüngere EU-Freihandelsabkommen zusätzlich auch Regulierungsrahmen für Computerleistungen, Post- und Kurierleistungen sowie Seetransportleistungen und teilweise

⁴⁰ Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Zentralamerika andererseits, Abl EU L 346, 15. Dezember 2012.

⁴¹ Krajewski, in: Ehlers u.a. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, § 6, Rn. 23 ff und 27 ff.

⁴² Dazu Stephenson, Regional versus multilateral liberalisation of services, WTRev 2002, 187 (193 ff). Ausführlich unten V. 2. a).

⁴³ Houde u.a., The interaction between investment and services chapters in selected Regional Trade Agreements, 2007, S. 9; Robertson, Perspektiven für den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel, 2012, S. 231.

auch zu Tourismusleistungen. Die Regulierungsdichte ist jeweils unterschiedlich gestaltet. Mit Ausnahme von Telekommunikations- und Postleistungen spielen die Vorgaben für öffentliche Dienstleistungen keine größere Rolle. Hinzu kommen allgemeine Vorgaben für innerstaatliche Regulierung. Diese umfassen Transparenz- und Begründungspflichten für staatliche Regulierungen, die Verpflichtung, keine Regulierungen beizubehalten, die unverhältnismäßig sind und die Pflicht, Rechtsschutzmöglichkeiten vorzusehen.⁴⁴

Neben den Vorschriften zur Dienstleistungsliberalisierung können Freihandelsabkommen Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen enthalten, die sich ebenfalls auf öffentliche Dienstleistungen auswirken können. Zumeist beruhen die entsprechenden Kapitel in Freihandelsabkommen auf dem plurilateralen Government Procurement Agreement (GPA), das im WTO-Rahmen verankert ist, jedoch nur für einige WTO-Mitglieder, darunter die EU und die USA gilt. Das Abkommen formuliert Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe, die jedoch für bestimmte Auftraggeber, bestimmte Leistungen und ab einer bestimmten Schwelle gelten. Auch hier bedarf es somit einer genauen Bestimmung der relevanten Leistung, um festzustellen, welche Auswirkungen ein Freihandelsabkommen auf Vergabevorgänge im Bereich öffentlicher Dienstleistungen haben kann. Das GPA wurde im Jahre 2012 überarbeitet.⁴⁵ Dabei wurde auch der Anwendungsbereich des GPA für die EU erweitert. Zukünftige Freihandelsabkommen zwischen Vertragsparteien des GPA, die Verpflichtungen für die öffentliche Beschaffung enthalten, werden das GPA-Niveau voraussichtlich ausweiten.

Der Vertrag von Lissabon hat die Kompetenz zum Abschluss von Handelsabkommen, die ausländische Direktinvestitionen umfassen, in die Gemeinsame Handelspolitik aufgenommen. Damit verfügt die EU erstmals über eine Zuständigkeit im Bereich des Investitionsschutzes. Dieser gehörte traditionell in die ausschließliche mitgliedstaatliche Kompetenz, sodass Handelsabkommen, über die vor 2009 verhandelt wurde, keine Investitionsschutzkapitel enthalten. Erstmals soll im EU-Kanada-Freihandelsabkommen CETA ein Investitionsschutzkapitel in ein Handelsabkommen aufgenommen werden. Da sich die Regeln des Investitionsschutzes auch auf öffentliche Dienstleistungen auswirken können⁴⁶, sind sie ebenfalls mit zu untersuchen.

2. Strukturelemente zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen in Handelsabkommen

Die Auswirkungen internationaler Handelsabkommen auf öffentliche Dienstleistungen sind seit gut zehn Jahren Gegenstand intensiver Diskussionen in Wissenschaft und Praxis. Dabei lag der Fokus überwiegend auf dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen der WTO (General Agreement on Trade in Services, GATS).⁴⁷ Die Auswirkungen bilateraler und regionaler Freihandelsabkommen auf öffentliche Dienstleistungen werden erst seit kurzem in den Blick genommen.⁴⁸ Da Inhalt, Struktur und Funktion von Freihandelsabkommen jedoch zu einem großen Teil auf dem GATS und anderen WTO-Abkommen aufbauen, können die Erkenntnisse, die im Zusammenhang mit der

⁴⁴ Ausführlich Panagiotis, *International Trade in Services and Domestic Regulation*, 2007, S. 93 ff.

⁴⁵ Dazu Pitschas, *Die schrittweise Weiterentwicklung des "Agreement on Government Procurement" (GPA 2012)*, *VergabeR* 2014, 255 ff.

⁴⁶ Krajewski, *Investment Law and Public Services*, in: Bungenberg u.a., im Erscheinen.

⁴⁷ Adlung, *Public Services and the GATS*, *JIEL* 2006, 455 (455): „The status of public services is one of the most hotly debated issues surrounding the General Agreement on Trade in Services (GATS).“

⁴⁸ Krajewski, „GATS plus“: *Öffentliche Dienstleistungen in Freihandels- und Investitionsabkommen der Europäischen Union*, in: Prausmüller/Wagner (Hrsg.), *Reclaim Public Services*, 2014, S. 132 (133).

Debatte über das GATS und öffentliche Dienstleistungen gewonnen wurden, auch für die Analyse bilateraler Freihandelsabkommen wie des TTIP herangezogen werden.

Festzuhalten ist zunächst, dass Freihandelsabkommen – gleichviel ob auf multilateraler oder auf bilateraler Ebene – auf eine Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen ausgerichtet sind und regulative oder quantitative Einschränkungen dieses Handels als Handelshemmnisse ansehen, die es abzubauen gilt. Freihandelsabkommen sind also nicht darauf ausgerichtet, bestimmte Qualitätsstandards oder Organisationsmodelle von öffentlichen Dienstleistungen verbindlich festzulegen oder zu schützen. Vielmehr enthalten Freihandelsabkommen typischerweise Regeln, welche den staatlichen Regulierungsspielraum – auch bei öffentlichen Dienstleistungen – einschränken wollen. Dies führt zu der wichtigen Erkenntnis, dass Elemente in Freihandelsabkommen, die öffentliche Dienstleistungen schützen sollen, strukturell defensive Instrumente sind. Sie legen regelmäßig keine positiven staatlichen Pflichten zur Erbringung und Regulierung von öffentlichen Dienstleistungen fest, sondern enthalten Ausnahme- und Rechtfertigungstatbestände. Diese Erkenntnis ist von Bedeutung, da Ausnahme- und Rechtfertigungsklauseln typischerweise eng ausgelegt werden.⁴⁹ Beruft sich ein Staat auf sie, trägt er die Darlegungs- und Beweislast, dass die entsprechenden Regeln einschlägig sind und angewendet werden können.

Im Wesentlichen lassen sich drei unterschiedliche Regelungsinstrumente in Freihandelsabkommen unterscheiden, die dem Schutz öffentlicher Dienstleistungen Rechnung tragen können: Sachliche und funktionale Ausnahmeklauseln, Begrenzungen von Verpflichtungen und Rechtfertigungsnormen.

a) Sachliche und instrumentelle Ausnahmen

Allgemeine, sachgebietsbezogene Ausnahmeklauseln (sachliche Ausnahmen) nehmen bestimmte öffentliche Aufgaben oder Dienstleistungssektoren vom Anwendungsbereich des Abkommens insgesamt oder von einzelnen Teilbereichen aus. Die bekannteste derartige Klausel ist Art. I:3(b) GATS, der vom Begriff „Dienstleistungen“ im Sinne des GATS solche Leistungen ausnimmt, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden.⁵⁰ Indem hoheitliche Leistungen nicht als Dienstleistung angesehen werden, findet das GATS in seiner Gesamtheit keine Anwendung auf diese Leistungen. Art. I:3 (b) GATS bezieht sich auf den spezifischen Sachbereich hoheitlicher Aufgaben.

In ähnlicher Weise können auch andere Sachbereiche von Handelsabkommen oder von Teilbereichen ausgenommen werden. So nimmt die Anlage zu Luftverkehrsdienstleistungen Luftverkehrsrechte und Dienstleistungen, die damit zusammenhängen, ebenfalls vom GATS aus. Nach Art. 163 und 169 des Freihandelsabkommens EU-Zentralamerika gelten die Kapitel über Niederlassungen und grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel nicht für audiovisuelle Dienstleistungen.

Neben sachlichen Ausnahmeklauseln können bestimmte staatliche Maßnahmen oder Instrumente vom Anwendungsbereich eines Abkommens oder bestimmter Teile ausgenommen werden (instrumentelle Ausnahmen). Sie beziehen sich typischerweise auf Maßnahmen und Instrumente, die für die Finanzierung, Regulierung und Organisation

⁴⁹ In diesem Sinne wurde in einer Sitzung des GATS-Rats auch die Auffassung vertreten, dass Art. I:3(b) eng auszulegen sei. S. Council for Trade in Services, Report of the Meeting Held on 14 October 1998, S/C/M/30, Abs. 22 (b): “[T]he exceptions provided in Article I:3 of the Agreement need[ed] to be interpreted narrowly”.

⁵⁰ Dazu ausführlich unten.

öffentlicher Dienstleistungen eine wichtige Rolle spielen. Allerdings gelten die entsprechenden Ausnahmen nicht nur für öffentliche, sondern für alle Dienstleistungen. In den Freihandelsabkommen der EU findet sich eine derartige instrumentelle Ausnahme regelmäßig für Subventionen.⁵¹ Im GATS wird beispielsweise der Bereich der öffentlichen Vergabe von zentralen Verpflichtungen ausgenommen (Art. XIII GATS).

Sachliche und funktionale Ausnahmeklauseln zeichnen sich zunächst dadurch aus, dass die von ihnen erfassten Sachbereiche oder staatliche Aufgaben von vorneherein nicht an den Verpflichtungen der jeweiligen Abkommen zu messen sind. Anders als bei Rechtfertigungsnormen⁵² besteht daher keine Vertragsverletzung, die zu rechtfertigen wäre. Damit wird der Anschein einer möglichen Rechtswidrigkeit von Anfang an ausgeschlossen. Weiterhin ist zu beachten, dass sachliche und funktionale Ausnahmeklauseln für alle Vertragsparteien in gleicher Weise gelten. Dadurch verwenden sie oft Begriffe, die in keiner der beteiligten Rechtsordnungen spezifische Bedeutungen entfalten. Ihre Begriffe sind notwendigerweise abstrakter. Dies kann ihre Anwendbarkeit auch erschweren und ggf. sogar unmöglich machen.

Allerdings ist es zumal bei bilateralen Abkommen auch denkbar, dass der sachliche Anwendungsbereich vertragsparteispezifisch bestimmt wird und daher nur für eine Vertragspartei gilt. So kann z. B. die Ausnahme für audiovisuelle Dienstleistungen nur für die EU gelten, während für die andere Vertragspartei eine andere Ausnahme gilt. Im EU-Kanada-Freihandelsabkommen CETA findet sich z. B. eine Ausnahme zugunsten von „cultural industries“, die nur für Kanada gilt.

b) Begrenzungen von Verpflichtungen

Abkommen über die Liberalisierung des Dienstleistungshandels erlauben es den Vertragsparteien regelmäßig, die Verpflichtungen auf bestimmte Sektoren zu begrenzen oder bestimmte Sektoren oder konkrete Maßnahme von einzelnen Verpflichtungen auszunehmen. Anders als die soeben dargestellten sachlichen Ausnahmeklauseln gelten Begrenzungen von Verpflichtungen nur für die jeweilige Vertragspartei. Verpflichtungsbegrenzungen werden bei einem Positivlisten-Ansatz typischerweise festgelegt, indem für bestimmte Dienstleistungssektoren oder Teile dieser Sektoren keine Verpflichtungen übernommen werden. Daneben werden auch horizontale Ausnahmen verwendet, die für alle Sektoren gelten. Bei einem Negativlisten-Ansatz müssen dagegen die jeweiligen Sektoren und die Verpflichtungen, die in den Sektoren nicht gelten sollen, ausdrücklich in einem Annex erwähnt werden.

Als Beispiele für Verpflichtungsbegrenzungen bei Positivlisten-Ansätzen lassen sich die EU-Verpflichtungen im GATS und in bilateralen Freihandelsabkommen nennen. So nimmt die EU Dienstleistungen, die sie als „public utilities“ bezeichnet, in ihren Freihandelsabkommen von bestimmten Marktzugangsverpflichtungen grundsätzlich aus und beschränkt z. B. Zugeständnisse im Bereich von Bildungsleistungen auf privatfinanzierte Bildungsleistungen.⁵³ Ein Beispiel für Verpflichtungsbegrenzungen bei einem Negativlisten-Ansatz ist die Bereichsausnahme für soziale Dienstleistungen, die Kanada in seinen NAFTA-Annex II eingefügt hat. Danach gelten die Nichtdiskriminierungsverpflichtungen der

⁵¹ Vgl. Art. 159 Freihandelsabkommen EU-Zentralamerika.

⁵² Dazu unten c).

⁵³ Ausführlich dazu auch unten V.

Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung nicht für bestimmte Leistungen, die für einen öffentlichen Zweck errichtet oder beibehalten wurden.⁵⁴

Verpflichtungsbegrenzungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nur für die Vertragspartei gelten, die die Begrenzung vorgenommen hat. Mit diesem Instrument können die Parteien also auf ihre jeweiligen regulativen Besonderheiten genauer reagieren und sind nicht darauf angewiesen, dass die von ihnen geschützten öffentlichen Dienstleistungen in den Anwendungsbereich einer allgemeinen Ausnahmeklausel fallen müssen. Für Freihandelsabkommen der EU bedeutet diese Regelungstechnik zusätzliche Flexibilität, da die Systeme der Organisation, Finanzierung und Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten differieren.⁵⁵ Indem die EU neben EU-weiten Begrenzungen unterschiedliche Verpflichtungsbegrenzungen für die einzelnen Mitgliedsstaaten formulieren kann, kann sie auf die jeweiligen nationalen Besonderheiten besser reagieren.

Umfang und Reichweite von Verpflichtungsbegrenzungen bestimmen sich danach, auf welche Verpflichtungen oder Teilaspekte von Verpflichtungen sie sich beziehen und danach, welche Dienstleistungen sie betreffen. Sie sind zudem genau zu formulieren. Wenn Begrifflichkeiten genutzt werden, die einem bestimmten Rechtssystem entstammen, können Erläuterungen oder indikative Listen erforderlich sein. Im EU-Kontext tritt hinzu, dass die Verpflichtungsbegrenzungen der einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich weit reichen können. Die Gestaltung von Verpflichtungsbegrenzungen ist daher hochkomplex und nur in enger Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und den jeweils zuständigen nationalen Fachministerien möglich.

Weiterhin ist zu bedenken, dass Verpflichtungsbegrenzungen in zukünftigen Verhandlungsrunden in der WTO oder in Verhandlungen über neue bilaterale oder plurilaterale Freihandelsabkommen unter Druck geraten, da sie den anderen Verhandlungspartnern signalisieren, wo noch Beschränkungen von Liberalisierungsverpflichtungen bestehen, deren Abschaffung im Rahmen der Verhandlungen gefordert werden kann.⁵⁶ Verpflichtungsbegrenzungen erweisen sich daher grundsätzlich als prekär: Sie können einen dauerhaften Schutz öffentlicher Dienstleistungen nur sicherstellen, wenn sie nicht in folgenden Verhandlungsrunden oder Abkommen aufgegeben werden.

c) Rechtfertigungstatbestände

Ein in der Praxis bestehender Freihandelsabkommen bislang noch kaum genutztes Schutzinstrument für öffentliche Dienstleistungen sind allgemeine Rechtfertigungsklauseln. Diese ermöglichen es, staatliche Maßnahmen, die zunächst gegen eine Verpflichtung aus einem Abkommen verstoßen, zu rechtfertigen, wenn sie bestimmte öffentliche Interessen und Politikziele verfolgen und wenn die Maßnahmen nicht unverhältnismäßig erscheinen. Allgemeine Rechtfertigungstatbestände finden sich z. B. in Art. XIV GATS und vergleichbaren Vorschriften in Freihandelsabkommen. Anders als Ausnahmeklauseln oder

⁵⁴ „Canada reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of public law enforcement and correctional services, and the following services to the extent that they are social services established or maintained for a public purpose: income security or insurance, social security or insurance, social welfare, public education, public training, health, and child care.”

⁵⁵ S. z. B. Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, § 3.

⁵⁶ Mattoo / Sauvé, Regionalism in Services Trade, in: Mattoo u.a. (Hrsg.), Handbook of International Trade in Services, S. 255.

Verpflichtungsbegrenzungen greifen Rechtfertigungstatbestände, wenn eine staatliche Maßnahme gegen Verpflichtungen eines Freihandelsabkommens verstößt. Sie ermöglichen in einem solchen Fall, die Maßnahme gleichwohl für rechtmäßig zu erklären. Funktional führen sie zu einem Ausgleich zwischen Verpflichtungen zur Handelsliberalisierung und der Verfolgung von bestimmten öffentlichen Interessen mit Mitteln, die gegen diese Verpflichtungen verstoßen würden.⁵⁷ Im Ergebnis läuft die Anwendung derartiger Rechtfertigungstatbestände zumeist auf eine Abwägungsentscheidung hinaus, in deren Zentrum die Bewertung des Zweck-Mittel-Verhältnisses steht.

In der bisherigen Praxis beziehen sich diese Vorschriften jedoch in erster Linie auf Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Moral, oder zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen. Spezielle Rechtfertigungstatbestände zum Schutz von öffentlichen Dienstleistungen sind in der Praxis bislang noch nicht verwendet worden. Daher könnte nur dann auf eine solche Ausnahmeklausel zurückgegriffen werden, wenn mit einer öffentlichen Dienstleistung etwa die Gesundheit von Menschen geschützt werden soll. Dies dürfte im Bereich von Gesundheitsleistungen, Wasserversorgung sowie Abfall – und Abwasserentsorgung der Fall sein.⁵⁸ Für Bildungsleistungen lässt sich eine Ausnahmeklausel wie Art. XIV GATS dagegen eher nicht anwenden.⁵⁹ Ansatzweise lässt sich ein Rechtfertigungstatbestand auch in der Klausel für finanzmarktpolitische Aufsichtsmaßnahmen zum Schutz der Integrität und Stabilität des Finanzsystems („prudential regulation carve-out“) finden, die z. B. im GATS Annex zu Finanzdienstleistungen oder in Art. 195 des Freihandelsabkommens EU-Zentralamerika verankert ist.⁶⁰ So könnte argumentiert werden, dass die Beibehaltung bestimmter Elemente eines öffentlichen Bankenwesens auch aus den dort genannten Gründen gerechtfertigt werden kann.

Als ein weiteres Beispiel ließe sich Art. 1201 (3) NAFTA nennen. Demnach darf das Abkommen nicht so ausgelegt werden, dass es eine Partei an der Erbringung einer Dienstleistung oder der Erfüllung einer Aufgabe in den Bereichen Rechtsdurchsetzung und Strafvollzug, soziale Sicherheit und Sozialversicherung sowie öffentliche Bildung, Gesundheit und Kinderpflege hindert, solange dies in einer vertragskonformen Weise geschieht. Zwar wird der rechtliche Wert der genannten Klausel durch die letztgenannte Qualifikation erheblich eingeschränkt⁶¹, strukturell kann eine solche Klausel aber als Rechtfertigungstatbestand konstruiert werden.⁶²

Es lässt sich jedoch festhalten, dass Rechtfertigungstatbestände zugunsten von öffentlichen Dienstleistungen in der Praxis von Dienstleistungsliberalisierungsabkommen bislang noch nahezu keine Rolle gespielt haben. Es ist allerdings denkbar, dass in einem Abkommen auch dieses Strukturelement spezifisch zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen eingesetzt werden kann. Eine Formulierung könnte lauten: „Unter der Voraussetzung, dass Maßnahmen nicht in einer Weise angewendet werden, die ein Mittel zu willkürlicher oder ungerechtfertigter

⁵⁷ Cottier/Delimitis/Diebold, Art. XIV GATS, Rn. 2, in: Wolfrum u.a. (Hrsg.), WTO- Trade in Services, 2008.

⁵⁸ In diesem Sinne auch Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, 2009, S. 142 und Hernekamp, Liberalisierung von Gesundheitsleistungen, 2013, S. 314.

⁵⁹ Reimold, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, 2010, S. 99.

⁶⁰ Dazu von Bogdandy / Windsor, Annex on Financial Services, para 22. In: Wolfrum u.a. (Hrsg.), Trade in Services, 2008.

⁶¹ VanDuzer, NAFTA's Approach to Protecting Public Services: Fragmentary, Asymmetrical, Rigid and Limited, in Krajewski, im Erscheinen.

⁶² Anders offenbar Choudhury, Public services and international Trade Liberalization, 2012 S. 90, die diese Klausel mit Art. I:3 GATS vergleicht.

Diskriminierung unter Ländern, in denen gleiche Bedingungen herrschen, oder eine verdeckte Beschränkung für den Dienstleistungshandel darstellen würde, darf dieses Abkommen nicht dahingehend ausgelegt werden, dass es die Annahme oder Durchsetzung von Maßnahmen eines Mitglieds verhindert, die erforderlich sind, um die Erbringung, Finanzierung und Organisation öffentlicher Dienstleistungen sicherzustellen.“

3. Analyserahmen zur Bewertung der Auswirkungen von Handelsabkommen auf öffentliche Dienstleistungen

Um das Potential der oben skizzierten Strukturelemente zum Schutz von öffentlichen Dienstleistungen zu bewerten und so die Auswirkungen eines Freihandelsabkommens auf öffentliche Dienstleistungen analysieren zu können, sind zwei Faktoren zu berücksichtigen.⁶³ Der erste Faktor betrifft den gegenständlichen Geltungsbereich einer bestimmten Vorschrift, der zweite das jeweilige Schutzniveau für öffentliche Dienstleistungen.⁶⁴ Um den inhaltlichen gegenständlichen Geltungsbereich zu bestimmen, ist festzustellen, welche Tätigkeiten und Dienstleistungen von der Vorschrift erfasst werden. Das Schutzniveau betrifft die Fragen, welche Verpflichtungen des Handelsabkommens von der Vorschrift erfasst werden und ob sie die öffentlichen Dienstleistungen von allen oder nur von bestimmten Teilen der Verpflichtungen ausnimmt.

a) Gegenständlicher Geltungsbereich

Wie oben bereits angedeutet, enthalten Freihandelsabkommen regelmäßig Ausnahmeklauseln oder Verpflichtungsbegrenzungen, die sich auf bestimmte Dienstleistungssektoren oder Tätigkeiten beziehen. Diese lassen sich danach unterscheiden, ob sie funktionale oder sektorbasierte Definitionen benutzen oder auf hybride Begrifflichkeiten abstellen.

(1) Funktionale Definitionen

Die traditionelle Ausnahmeklausel für Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind (z. B. Art. I:3 (b) GATS), ist das bekannteste Beispiel einer solchen funktionalen Definition. Die Klausel enthält eine funktionale Beschreibung der öffentlichen Dienstleistungen. Sie bezieht sich auf eine spezifische hoheitliche Aufgabe (Ausübung öffentlicher Gewalt) und legt nicht fest, welcher Sektor von der Ausnahmeklausel erfasst werden soll. Üblicherweise werden Tätigkeiten wie die öffentliche Verwaltung, die Justizverwaltung, der Strafvollzug sowie polizeiliche und militärische Aktivitäten unter dem Begriff der „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ verstanden. Es ist jedoch auch denkbar, dass auch andere Tätigkeiten hiervon erfasst werden, insbesondere wenn sie nur vom Staat ausgeübt werden (öffentliche Bildung, staatliche Eisenbahngesellschaften, staatliche Arbeitsvermittlung).

Die Mehrdeutigkeit des Konzepts der „hoheitlichen Gewalt“ mag der Grund dafür gewesen sein, warum der Begriff im GATS näher definiert wird („weder zu kommerziellen Zwecken

⁶³ So auch Arena, *The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism*, *JWT* 2011, 489 (495).

⁶⁴ Die folgenden Ausführungen beruhen auf Krajewski, *Public Services in Bilateral Free Trade Agreements of the EU*, 2011 sowie ders., „GATS plus“: Öffentliche Dienstleistungen in Freihandels- und Investitionsabkommen der Europäischen Union, in: Prasmüller/ Wagner (Hrsg.), *Reclaim Public Services*, S. 141 ff.

noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern“). Art. I:3 GATS wurde von den Streitbeilegungsorganen der WTO noch nicht näher interpretiert. In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass unter einer Dienstleistung, die zu kommerziellen Zwecken erbracht wird, eine Leistung zu verstehen ist, deren Erbringung gewinnorientiert ist.⁶⁵ Andere lassen bereits die Entgeltlichkeit einer Dienstleistung ausreichen, selbst wenn der Dienstleistungserbringer nicht gewinnorientiert arbeitet.⁶⁶ Unklarheiten bestehen auch bezüglich der Interpretation des Begriffs „im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern“.⁶⁷ Das ist dann nicht der Fall, wenn die in Rede stehende Dienstleistung von einem Monopolisten angeboten wird, da ein Wettbewerb mehrere Dienstleistungserbringer voraussetzt, die auf einem bestehenden Markt ihre Leistungen dem gleichen Kreis von Dienstleistungsempfängern anbieten und zueinander in einem Konkurrenzverhältnis stehen.⁶⁸ Fraglich ist jedoch, welche Kriterien zur Bestimmung des relevanten Marktes und eines möglichen Konkurrenzverhältnisses heranzuziehen sind.⁶⁹ Insbesondere ist fraglich, ob öffentliche und private Einrichtungen wie z. B. Schulen oder Krankenhäuser miteinander „konkurrieren“.⁷⁰

Unabhängig von einer rechtlichen Klärung dieser Begriffe dürften die Formulierungen „zu kommerziellen Zwecken“ oder „im Wettbewerb“ in jedem Fall dazu führen, dass Dienstleistungen, die in einem marktähnlichen Umfeld oder in einem stark regulierten Markt erbracht werden, nicht unter die Ausnahmeklausel fallen. In der jüngeren Fachliteratur und Handelspraxis scheint sich ein Konsens herauszubilden, wonach der funktionelle Zugang, der sich auf hoheitliche Gewalt bezieht – ob mit zusätzlicher Definition oder ohne – nur jene staatlichen Aktivitäten umfasst, die den Kern staatlicher Souveränität bilden.⁷¹ Das bedeutet, dass die meisten öffentlichen Dienstleistungen, inklusive Sozial- und Gesundheitswesen, Bildung sowie netzgestützte Dienstleistungen und Universaldienstleistungen wie Post- oder Telekommunikationsleistungen von der Ausnahmeklausel nicht erfasst werden.⁷²

Es ist auch nicht zweifelsfrei, ob die Abwasserentsorgung in Deutschland, obwohl sie gem. § 56 WHG als hoheitliche Aufgabe definiert wird, in diesen Anwendungsbereich fällt. Zum einen erfolgt die Abwasserentsorgung auf der Grundlage von speziellen Abgaben, die im weiteren Sinne als kommerzielle Gegenleistung verstanden werden können. Zum anderen

⁶⁵Leroux, 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?, JWT 2006, 345 (360); VanDuzer, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in: Curtis/ Ciuriak (eds), Trade Policy Research 2004, 2004, 287 (378 ff.); Krajewski, Public Services and Trade Liberalization, JIEL 2003, 341 (351). Ausführlich auch Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, 2009, S. 159ff.

⁶⁶Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 2006, 455 (462).

⁶⁷S. auch Kelsey, Serving Whose Interest?, 2008, S. 124 f.

⁶⁸Krajewski, Public Services and Trade Liberalization, JIEL 2003, 341 (352f.); E. 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?, JWT 2006, 345 (362 ff.).

⁶⁹Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 2006, 455 (463 ff.).

⁷⁰Dagegen VanDuzer, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in: Curtis/ Ciuriak (eds), Trade Policy Research 2004, 2004, 287 (395) sowie Reimold, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, 2010, S. 207 ff und Cremer u.a., Bildungsdienstleistungen und GATS, ZeuS 2011, S. 141 für Grund- und weiterführende Schulen in Deutschland. Zur Anwendbarkeit der Klausel auf Gesundheitsdienstleistungen, Hernekamp, Liberalisierung von Gesundheitsleistungen, 2013, S. 177 und Schmidt, Die Auswirkungen des GATS auf den deutschen Gesundheitssektor, 2010, S. 100 ff.

⁷¹Choudhury, Public Services and International Trade Liberalization, 2012, S. 67 ff. Arena, The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism, JWT 2011, 505; 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?, JWT 2006, 345 (352).

⁷²Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, 2009, S. 101.

wird auch die Abwasserentsorgung „nur“ zu 90 % von öffentlich-rechtlichen Betrieben und Unternehmen oder von kommunal beherrschten Gesellschaften erbracht⁷³, so dass auch auf einem kleinen Teil des Marktes eine wettbewerbliche Erbringung möglich erscheint.

Eine interessante Neuerung findet sich im Freihandelsabkommen EU-Zentralamerika. Nach Art. 162 dieses Abkommens werden Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt ausgeübt werden, wie folgt definiert: „zum Beispiel Tätigkeiten, die weder auf kommerzieller Basis noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Wirtschaftsbeteiligten ausgeübt werden“. Durch die Ergänzung mit den Wörtern „zum Beispiel“ haben sich die Vertragsparteien von der engen Definition des GATS befreit und einen weiteren Definitionsansatz gewählt, der auch andere Ansätze als funktionale Verständnisse enthalten kann. Im CETA ist diese Variante allerdings nicht eingesetzt worden. Allerdings stellt sich hierbei die Frage, ob derartige Abweichungen vom GATS zulässig sind. Ihre praktische Wirksamkeit wird jedenfalls durch einen möglicherweise weiteren GATS-Tatbestand reduziert.

(2) Sektorbasierte Kategorisierung

Ein zweiter Ansatz, um Ausnahmen für öffentliche Dienstleistungen zu formulieren, basiert auf sektoralen Kategorisierungen. Wie oben bereits erwähnt, finden sich im NAFTA bestimmte Klauseln, die auf Rechtsdurchsetzung, Strafvollzug, Sozialleistungen, öffentliches Bildungswesen, Gesundheit und Kinderbetreuung abstellen. Gegenüber dem funktionalen Ansatz führt eine sektorbasierte Ausnahmeklausel für öffentliche Dienstleistungen zu mehr Klarheit im Hinblick auf die Frage, welche Tätigkeiten erfasst werden. So wird etwa das öffentliche Bildungs- und Gesundheitswesen von den oben zitierten Bestimmungen eindeutig erfasst. Auf den ersten Blick scheint es daher, dass diese Klauseln einen größeren Anwendungsbereich haben als die auf der hoheitlichen Gewalt basierenden funktionalen Ausnahmeklauseln. Allerdings können auch diese Sektoren im Hinblick auf ihre exakten Grenzen strittig sein. Letztlich steht daher nicht eindeutig fest, ob der Anwendungsbereich einer sektorbasierten Ausnahmeklausel tatsächlich präziser ist als die oben erwähnten funktionalen Ansätze.

Darüber hinaus könnten sektorbasierte Ausnahmeklauseln, die auf einer abschließenden Liste von Sektoren beruhen, zu statisch sein, um sich an Veränderungen der Dienstleistungserbringung anzupassen und um zu berücksichtigen, dass sich Konzeption und Verständnis der „öffentlichen Dienstleistungen“ im Laufe der Zeit ändern. Sektorspezifische Ansätze, die auf einer nicht-abschließenden Liste beruhen, ermöglichen größere Flexibilität und damit ein dynamisches Verständnis ihres Anwendungsbereichs.

(3) Hybrider Ansatz: „public utilities“

In ihren GATS-Verpflichtungen und bilateralen Freihandelsabkommen verwendet die EU einen hybriden Ansatz, der Elemente der funktionalen und der sektoralen Definition kombiniert. Der bekannteste Ansatz ist die sogenannte „public utilities clause“, die die EU auch in ihren Listen der GATS-Verpflichtungen verwendet. Der regelmäßig von der EU verwendete Text lautet: „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.“ Die entsprechende Formulierung lautet in der nicht-verbindlichen

⁷³ Zahl nach Allianz für öffentliche Wasserwirtschaft (AöW), <http://aoew.de/pages/themen.php>.

deutschen Fassung: „In sämtlichen EU-Mitgliedstaaten können Dienstleistungen, die auf nationaler oder örtlicher Ebene als öffentliche Aufgaben betrachtet werden, staatlichen Monopolen oder ausschließlichen Rechten privater Betreiber unterliegen.“⁷⁴ Danach können in allen EU-Mitgliedstaaten Dienstleistungen, die auf nationaler oder lokaler Ebene als „public utilities“, öffentliche Versorgungsleistungen, angesehen werden, Gegenstand von öffentlichen Monopolen oder Ausschließlichkeitsrechten sein. In einer ergänzenden Fußnote wird festgehalten, dass „public utilities“ in einer Vielzahl von Sektoren, u.a. Umweltdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen oder Verkehrsdienstleistungen bestehen.⁷⁵ Damit wird deutlich, dass keine abschließende Beschreibung dessen, was unter „public utilities“ verstanden wird, erfolgen soll.

Der Begriff der „public utilities“ hat weder im internationalen Handelsrecht noch im Recht der EU eine klare Bedeutung. In der englischen Rechtspraxis umfasst „public utilities“ vor allem die Versorgungsdienstleistungen (Elektrizitäts-, Wasser- und Gasversorgung), Post- und – jedenfalls teilweise – Telekommunikationsdienstleistungen sowie den öffentlichen Personenverkehr.⁷⁶ Diese Bedeutung widerspricht in einem gewissen Umfang der Konkretisierung des Begriffs „public utilities“ durch eine Fußnote in der Liste der spezifischen Zugeständnisse: „Public utilities“ bestehen demzufolge in bestimmten Beratungs- und Forschungsdiensten, im technischen Prüfwesen, bei Umweltdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen und Verkehrsdienstleistungen. Die begriffliche Unschärfe wird durch die französischen und spanischen Fassungen der Liste der Zugeständnisse vergrößert, die zwar nicht verbindlich sind, als offizielle WTO-Sprachen jedoch eine gewisse Tendenzwirkung haben dürften. In diesen Fassungen wird „public utilities“ mit „services publics“ bzw. „servicios públicos“ übersetzt. Daher ist auch der Begriff „public utilities“ weiter zu verstehen als seine gewöhnliche Bedeutung. Neben den Versorgungsleistungen, Post- und Telekommunikation sowie Verkehr werden weitere Dienstleistungen von der Bereichsausnahme in der Liste der spezifischen Zugeständnisse erfasst. Vor allem die in der Fußnote ausdrücklich erwähnten Beratungs-, Forschungs- und Prüfleistungen sowie Gesundheitsleistungen fallen ebenfalls unter die Ausnahmeklausel. Da die Aufzählung der verschiedenen Leistungen in der Fußnote nicht abschließend ist, können auch noch andere öffentliche Dienstleistungen vom Begriff „public utilities“ mit umfasst werden. Aus der Formulierung, dass die entsprechenden Leistungen „von den nationalen oder örtlichen Behörden“ als „utilities“ angesehen werden, lässt sich schließlich folgern, dass es maßgeblich auf die Entscheidung einer nationalen oder lokalen Behörde ankommen soll, ob eine Dienstleistung als „public utility“ von der Ausnahme in der Liste der spezifischen Zugeständnisse profitiert.

Im Allgemeinen sind „public utilities“ Versorgungsleistungen für Energie und Wasser oder Verkehrsleistungen, die für die Gesellschaft notwendig sind, gewöhnlich durch ein staatliches oder privates Monopol kontrolliert werden und daher regelmäßig besonderen staatlichen Regulierungen unterliegen. Dieses Begriffsverständnis bezieht sich auf große netzgebundene Wirtschaftszweige, insbesondere die Energie- und Wasserversorgung sowie das

⁷⁴ Vgl. die Liste der Zugeständnisse zum GATS BGBl. II 1994, 1679.

⁷⁵ „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.”

⁷⁶ Graham, *Regulating Public Utilities – A Constitutional approach*, 2000, S. 1.

Verkehrswesen. Es ist enger als die Beschreibung in der oben erwähnten Fußnote, die auch Forschungs-, Entwicklungs- und Gesundheitsdienstleistungen mit umfasst. Das allgemeine Verständnis des Begriffs „public utilities“ impliziert die Vorstellung eines gesellschaftlichen Bedarfs. Dieser Aspekt kann auch für die Interpretation des Begriffs herangezogen werden. „Public utilities“ sind demnach alle Leistungen, die für eine Gesellschaft notwendig sind, weil sie einen öffentlichen Bedarf decken.

(4) Bewertung

Die zentrale Herausforderung bei den Definitionen der öffentlichen Dienstleistungen in Handelsabkommen betrifft die dynamische und veränderliche Natur des Konzepts derselben. Öffentliche Dienstleistungen werden durch eine bestimmte Gesellschaft in einem bestimmten historischen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext und basierend auf den jeweiligen Werten der Gesellschaft definiert. Dies impliziert soziale und politische Wertentscheidungen, die in unterschiedlichen Teilen der Welt und in unterschiedlichen historischen Momenten variieren können. Die Vielfalt und Veränderlichkeit ist daher ein Hauptmerkmal des Konzepts der öffentlichen Dienstleistungen. So wurden zahlreiche Dienste, die traditionell als öffentliche Dienstleistungen galten, in den letzten Jahren zum Gegenstand von Liberalisierungs- und Privatisierungsprozessen, was den Begriffsumfang der öffentlichen Dienstleistungen verkleinerte. In jüngerer Zeit hingegen gibt es in manchen Ländern Tendenzen einer Rekommunalisierung, was darauf hinauslaufen könnte, dass der Begriff in nächster Zukunft wiederum gedehnt und sein Umfang vergrößert wird. Ausnahmeregelungen für öffentliche Dienstleistungen in Handelsabkommen müssen daher ausreichend flexibel und offen formuliert werden, um sich der Dynamik ihres Gegenstandes anpassen zu können; gleichzeitig müssen sie aber auch ausreichend präzise sein, um sicherzugehen, dass sie wirklich jene Sektoren und Dienste aus dem Anwendungsbereich des Handelsabkommens ausnehmen, die als öffentliche Dienstleistungen gelten.

Ausnahmebestimmungen für öffentliche Dienstleistungen, die auf abschließenden Listen beruhen, mögen präzise und transparent sein, doch es fehlt ihnen die erforderliche Flexibilität. Funktionelle Ansätze wie Art. I.3 (b) GATS mögen ausreichend flexibel sein, doch verändert sich ihr Anwendungsbereich in Abhängigkeit davon, wie die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung organisiert wird. Sobald kommerzielle oder wettbewerbliche Elemente in die Erbringung eingeführt werden, fällt die entsprechende Tätigkeit nicht mehr in den Anwendungsbereich.

b) Schutzniveau

Neben dem gegenständlichen Bereich, den eine Norm erfasst, ist es für ihre Schutzwirkungen zugunsten von öffentlichen Dienstleistungen entscheidend, wie weit sie reicht.

(1) Vollständiger Ausschluss

Ausnahmebestimmungen für öffentliche Dienstleistungen wie Art. I:3 (b) GATS gelten für alle Bestimmungen eines Abkommens und schließen die von ihnen erfassten Leistungen und Tätigkeiten vom gesamten Handelsabkommen aus. Diese Bestimmungen finden sich typischerweise im Rahmenabkommen. Sie haben den weitreichendsten Anwendungsbereich. Dieser beschränkt sich nicht auf Marktzugang und Inländerbehandlung, sondern gilt auch für alle anderen Verpflichtungen. Leistungen und Tätigkeiten, die von diesen Ausnahmeklauseln

erfasst werden, sind zur Gänze aus dem Handelsabkommen ausgenommen. Grundüberlegung hinter diesen allgemeinen Ausnahmen im Rahmenabkommen ist, dass die von der Klausel erfassten Tätigkeiten typischerweise nicht als wirtschaftliche oder kommerzielle Tätigkeiten gelten, die liberalisiert werden sollten oder könnten. Eine Ausnahmeklausel für öffentliche Dienstleistungen im Rahmenabkommen gilt für alle Vertragsparteien in gleicher Art und Weise, denn das Rahmenabkommen – anders als die spezifischen Listen – bindet alle Mitglieder.

(2) Ausnahmen und Beschränkungen von spezifischen Zugeständnissen

Neben den Ausnahmeklauseln für öffentliche Dienstleistungen im Rahmenabkommen finden sich – wie oben bereits erwähnt – auch in den Verpflichtungslisten der einzelnen Länder Ausnahmeklauseln. Diese Klauseln gelten nur für das jeweilige Land, das von ihnen Gebrauch macht, und nur für die Disziplinen, die den jeweiligen spezifischen Verpflichtungen und Vorbehalten unterliegen. Nach dem traditionellen Positivlisten-Ansatz des GATS sind dies nur Marktzugang und Inländerbehandlung.

Ausnahmeklauseln für öffentliche Dienstleistungen können im horizontalen Teil einer auf dem Positivlisten-Ansatz basierenden Verpflichtungsliste verankert werden. In diesem Fall gilt die Ausnahmeklausel für alle Sektoren, in denen spezifische Verpflichtungen eingegangen wurden. In ähnlicher Weise können Ausnahmen für alle Sektoren einer auf dem Negativlisten-Ansatz basierenden Vorbehaltsliste gelten. Daneben können Ausnahmeklauseln für öffentliche Dienstleistungen in sektorspezifische Verpflichtungen oder Beschränkungen integriert werden. Nach diesem Ansatz wird die Anwendung der Verpflichtungen eines Handelsabkommens im Kontext sektoraler spezifischer Verpflichtungen ausgeschlossen oder beschränkt. Anstatt den Anwendungsbereich auf einer horizontalen Ebene zu regeln, schließen die Länder jene Teile eines Dienstes aus, die sie auf der sektoralen Ebene als öffentliche Dienstleistung betrachten.

Ein Beispiel hierfür ist die bereits erwähnte „public utilities“-Klausel, die von der EU in vielen Handelsabkommen verwendet wird. Diese Klausel nimmt öffentliche Versorgungsleistungen von der Anwendung der Disziplinen des Marktzugangs aus, dies jedoch nur hinsichtlich der Monopole und der Ausschließlichkeitsrechte von Dienstleistungserbringern. Darüber hinaus gilt sie nur für Modus 3 (kommerzielle Präsenz) des GATS. Die Ausnahmeklausel für öffentliche Versorgungsleistungen ist ein zentraler Teil des derzeitigen Standardmodells der EU, um die Anwendung bestimmter Marktzugangsverpflichtungen für öffentliche Dienstleistungen auszuschließen. Diese Ausnahmeklausel erfasst alle Monopole und Ausschließlichkeitsrechte unabhängig davon, wann sie eingeführt wurden. Mitgliedstaaten können daher bei solchen Dienstleistungen, die als öffentliche Versorgungsleistungen gelten, Monopole wiedereinführen, weil die Maßnahmen in jenen Sektoren, die als öffentliche Versorgungsleistungen gelten, nicht von ihren spezifischen Verpflichtungen umfasst werden.

Sektorspezifische Ausnahmen gelten nur für den jeweiligen Sektor. Beispiele für diese Art von Ausnahmen sind die ebenfalls bereits erwähnten spezifischen GATS-Verpflichtungen der EU, die sich auf privat finanzierte Bildungseinrichtungen beschränken. Die Unterscheidung zwischen öffentlicher oder privater Finanzierung von Diensten wurde auch in jüngeren Handelsverhandlungen als Kriterium herangezogen. Die Bezugnahme auf dieses Kriterium mag auf den ersten Blick attraktiv scheinen, weil es bedeutet, dass nur privat finanzierte Dienstleistungen Gegenstand von Liberalisierungsverpflichtungen sind. Allerdings steckt der

Teufel im Detail: Erstens muss erst definiert werden, ob „öffentliche Finanzierung“ eine 100%ige öffentliche Finanzierung voraussetzt oder ob es genügt, dass mehr als 50 % öffentlich finanziert werden. Zweitens ist festzulegen, auf welcher Basis unterschieden wird. Ist die Basis die – öffentlich finanzierte – Universität oder ein bestimmter Studiengang, der sich über Beiträge der Studierenden und private Sponsoren finanziert? Einige dieser Probleme lassen sich verhindern, wenn sich die Ausnahmeklausel auf Dienste bezieht, „die in welcher Form auch immer öffentliche Finanzierung oder staatliche Unterstützung erhalten“, denn dies würde jedenfalls sowohl gänzlich als auch teilweise vom Staat finanzierte Institutionen miteinbeziehen.⁷⁷

(3) Ausnahmen für andere Verpflichtungen

Zusätzlich zu den Ausnahmen für öffentliche Dienstleistungen in den relevanten Verpflichtungslisten, die nur für die jeweiligen spezifischen Verpflichtungen gelten, können Handelsabkommen auch solche Ausnahmeklauseln enthalten, die für andere Verpflichtungen gelten. Beispielsweise können solche Klauseln die Anwendung bestimmter allgemeiner Regelungen eines Handelsabkommens, wie Disziplinen für Subventionen oder das Beschaffungswesen, reduzieren. Diese Klauseln bewirken damit keinen Ausschluss vom gesamten Abkommen, sondern nur von bestimmten Pflichten. Schließlich können spezifische Klauseln, insbesondere im Kontext von Verpflichtungs- und Vorbehaltslisten, vorsehen, dass bestimmte innerstaatliche Regulierungen wie Gemeinwohlverpflichtungen aufrechterhalten werden dürfen. In diesen Fällen liegt der Fokus nicht darauf, eine bestimmte Disziplin des Handelsabkommens auszuschließen, sondern darauf, eine ganz bestimmte Maßnahme aufrechtzuerhalten, unabhängig davon, welche Pflichten des Handelsabkommens dadurch verletzt werden könnten.

(4) Bewertung

Die Ebene, auf der die Vertragsparteien eines Freihandelsabkommens Ausnahmeklauseln für öffentliche Dienstleistungen einführen, ist für den Anwendungsbereich dieser Klauseln von entscheidender Bedeutung. Ausnahmen im Kernabkommen selbst gelten für alle Teile des Abkommens und schließen daher öffentliche Dienstleistungen, soweit sie von der Klausel überhaupt erfasst sind, vom gesamten Abkommen aus. Daraus folgt, dass eine Ausnahmeklausel auf dieser Ebene den (jeweils erfassten) öffentlichen Dienstleistungen den umfassendsten Schutz vor den Auswirkungen der Disziplinen des jeweiligen Handelsabkommens einräumt. Dementgegen gelten Ausnahmeklauseln auf der Ebene der Verpflichtungs- und Vorbehaltslisten nur für bestimmte Disziplinen, typischerweise für die Inländerbehandlung, den Marktzugang und die Meistbegünstigung. Andere Pflichten aus dem Handelsabkommen, etwa die Disziplinen für innerstaatliche Regulierung, Subventionen und das Beschaffungswesen, gelten trotzdem, soweit sie allgemein auf den Dienstleistungsverkehr anzuwenden sind. Sektorspezifische Ausnahmen für öffentliche Dienstleistungen in den Verpflichtungs- und Vorbehaltslisten gelten nur für den spezifischen Sektor und haben allgemein keine Auswirkungen für andere öffentliche Dienste in anderen Sektoren. Ausnahmen in sektorspezifischen Annexen gelten meistens für das gesamte Abkommen und nicht nur für bestimmte Verpflichtungen. Sie sind jedoch auf den jeweiligen Sektor beschränkt, auf den sie sich beziehen.

⁷⁷ Im Rahmen des CETA wurde eine entsprechende Definition des Begriffs verwendet, s. u. V. 3 b).

c) Verhältnis von Geltungsbereich und Schutzniveau

Die Praxis bisheriger Freihandelsabkommen beruht auf einer umgekehrten Korrelation zwischen dem gegenständlichen Geltungsbereich und dem Schutzniveau für öffentliche Dienstleistungen. Während allgemeine Ausnahmen wie Art. I:3 (b) GATS das höchste Schutzniveau garantieren, da sie eine vollständige Ausnahme bedeuten, haben sie nur einen engen inhaltlichen Anwendungsbereich und damit nur eine geringe Auswirkung für den Schutz öffentlicher Dienstleistungen. Sektorale Ausschlüsse, die spezifische Verpflichtungen auf privat finanzierte Dienste beschränken, haben einen breiteren Anwendungsbereich, weil sie auf den Schutz aller Aktivitäten des jeweiligen Sektors abzielen, die als öffentlich finanziert gelten. Allerdings ist ihr Schutzniveau geringer, weil sie nur die Anwendbarkeit von Schlüsseldisziplinen, etwa Marktzugang und Inländerbehandlung ausschließen. Den größten gegenständlichen Geltungsbereich schließlich haben „public utilities“-Klauseln. Allerdings gelten diese bis dato nur für zwei Typen der Marktzugangsbeschränkung und haben daher insgesamt nur einen geringen Anwendungsbereich.

V. Dienstleistungsliberalisierung im TTIP

Da für das TTIP noch kein Textentwurf vorliegt, ist eine umfassende Analyse auf der Grundlage des vorstehenden Modells nicht möglich. Stattdessen sollen Elemente, die nach derzeitigem Kenntnisstand sicher oder sehr wahrscheinlich in dem Abkommen enthalten sein werden, bezüglich ihrer Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen untersucht werden. Dabei werden die im vorstehenden Teil entwickelten allgemeinen Analyseelemente jeweils im Einzelfall mit herangezogen.

1. Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt

Es ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das TTIP eine Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. I:3 GATS enthalten wird. Wie bereits erwähnt enthalten die Verhandlungsleitlinien der EU-Kommission den Hinweis: „Dienstleistungen gemäß Artikel I Absatz 3 des GATS-Abkommens, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden, sind von den Verhandlungen ausgeschlossen.“⁷⁸ Da diese Ausnahme in allen EU-Freihandelsabkommen einschließlich des CETA zu finden ist, ist anzunehmen, dass sie auch im TTIP enthalten sein wird. Die Ausnahmeklausel dürfte sich auch sowohl auf den Bereich der Investitionen (Niederlassung, Modus 3 des GATS) als auch auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Modus 1 und Modus 2 des GATS) beziehen.

Weiterhin ist anzunehmen, dass der Begriff Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt nicht anders als im GATS und in anderen EU-Freihandelsabkommen einschließlich des CETA definiert wird. Demnach wären nur Dienstleistungen, die „weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern“ erbracht werden, von der Ausnahmeklausel erfasst. Die im Freihandelsabkommen EU-Zentralamerika benutzte Qualifizierung „zum Beispiel“ wurde im CETA offenbar nicht übernommen. Es ist daher wahrscheinlich, dass auch im TTIP eine solche unterbleibt.

Damit dürfte der gegenständliche Geltungsbereich der Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt im TTIP ähnlich schmal sein wie im GATS und in anderen

⁷⁸ Nr. 20 Leitlinien für die Verhandlungen (Fn. 7).

EU-Freihandelsabkommen. Da die Definition des Begriffs Dienstleistungen in Ausübung öffentlicher Gewalt kumulativ auf den nicht kommerziellen Zweck und den Ausschluss von Wettbewerb abstellt, würde diese Klausel auch im TTIP nur den Kernbereich staatlicher Hoheitsaufgaben im Bereich der Polizei, Justiz, Verwaltung, Strafvollzug und öffentliche Sicherheit erfassen.⁷⁹ Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder Leistungen der Daseinsvorsorge, die teils kommerziell oder im Wettbewerb mit privaten Leistungsanbietern erbracht würden, wären keinesfalls ausgeschlossen.

Angesichts dieses klaren Befundes ist es auch nicht verwunderlich, dass der Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt aus Sicht der EU-Kommission keine besondere Rolle beim Schutz öffentlicher Dienstleistungen im TTIP zukommt. In einem Internetbeitrag unter dem Titel „Protecting public services in TTIP and other EU trade agreements“ vom Juli 2014 erläutert die EU-Kommission zahlreiche Mechanismen, mit denen im Rahmen von Verhandlungen der hohe Standard europäischer öffentlicher Dienstleistungen sichergestellt werden kann.⁸⁰ Auf die Ausnahmeklausel für hoheitliche Gewalt geht sie nicht ein. Damit macht sie deutlich, dass von dieser Klausel mit Blick auf öffentliche Dienstleistungen keine besondere Wirkkraft ausgehen wird.

2. Gegenstand der Verpflichtungen

Die meisten Abkommen zum Handel mit Dienstleistungen enthalten bestimmte Standardverpflichtungen, die sich auch im GATS finden. Zu den wichtigsten zählen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung (Meistbegünstigung und Inländerbehandlung) sowie Marktzugangsverpflichtungen.

a) Inländerbehandlung

Der Grundsatz der Inländerbehandlung verlangt, dass ausländische Dienstleistungen und Leistungserbringer nicht schlechter als inländische Dienstleistungen und Leistungserbringer behandelt werden. Diese Verpflichtung verbietet zunächst jede direkte Diskriminierung zwischen ausländischen und inländischen Dienstleistungen und ihren Erbringern. Mit direkter Diskriminierung sind Maßnahmen gemeint, die unmittelbar an die „Herkunft“ einer Dienstleistung oder eines Dienstleistungserbringers abstellen.⁸¹

Aus diesem Grund wären sämtliche regulative und finanzielle Maßnahmen, die inländische Unternehmen gegenüber ausländischen bevorzugen, mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung nicht vereinbar. Subventionen, die nur für Inländer reserviert sind oder nur für den Konsum inländischer Dienstleistungen gezahlt werden, sind hiervon ebenso erfasst, wie der Ausschluss von ausländischen Unternehmen von der Erbringung einer Dienstleistung.

Ein besonderes Problem besteht bei der Besserstellung eines Dienstleistungserbringers oder einer Dienstleistung in einer subzentralen Einheit (Region, Provinz, Bundesland) im Vergleich zu einer anderen subzentralen Einheit innerhalb des gleichen Mitgliedstaats. Werden z. B. ausländische private Bildungsträger in Hamburg besser behandelt als in Bayern,

⁷⁹ Dazu oben IV.3.a) (1).

⁸⁰ European Commission, Protecting public services in TTIP and other EU trade agreements, 4 July 2014, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1115>.

⁸¹ Diebold, Non-discrimination in International Trade in Services, 2010, S. 35.

könnte sich hieraus eine Verletzung der Inländerbehandlung ergeben. Ein ausländischer Dienstleister könnte sich auf die bessere Behandlung in Hamburg auch gegenüber Bayern berufen, da auf die Behandlung durch den Staat Bundesrepublik Deutschland abgestellt wird. Um dies zu verhindern, kann das Prinzip der Inländerbehandlung für solche Konstellationen dahin konkretisiert werden, dass in diesen Fällen nur auf die Behandlung durch die jeweilige regionale Einheit abzustellen ist. Eine derartige Vorschrift befindet sich im den TTIP-Konsultationen zu Grunde liegenden CETA-Text.⁸²

Darüber hinaus erfasst der Grundsatz der Inländerbehandlung auch indirekte oder verschleierte Diskriminierungen. Diese liegen vor, wenn eine formal neutrale Maßnahme faktisch ausländische Unternehmen stärker belastet als inländische.⁸³

Der Grundsatz der Inländerbehandlung kann einerseits mit der Erbringung und Regulierung von Dienstleistungen in Konflikt geraten, wenn die zuständigen Entscheidungsträger lokale oder regionale Dienstleistungsanbieter bevorzugen, um sicherzustellen, dass die Dienstleistungen „auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung“ gestellt werden. (Artikel 1, Protokoll Nr. 26 über Dienste von Allgemeinem Interesse). Darüber hinaus sind finanzielle Zuwendungen an öffentliche Dienstleister oft daran geknüpft, dass die Zuwendung einem inländischen Dienstleistungserbringer zu Gute kommt.

b) Marktzugang

Die Verpflichtung zu Marktzugang in Freihandelsabkommen verbietet regelmäßig eine Vielzahl mengenmäßiger und qualitativer Marktzugangsbeschränkungen, wenn diesbezüglich keine spezifischen Einschränkungen oder Ausnahmen vorgesehen sind. Die meisten Freihandelsabkommen orientieren sich diesbezüglich an Art. XVI:2 GATS.⁸⁴ Als Marktzugangsbeschränkungen gelten demzufolge öffentliche Monopole, ausschließliche

⁸² European Commission, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, Consultation Document, Art. X.1, p 20, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf

⁸³ Diebold, Non-discrimination in International Trade in Services, 2010, S. 38.

⁸⁴ „In Sektoren, in denen Marktzugangsverpflichtungen übernommen werden, werden die Maßnahmen, die ein Mitglied weder regional noch für sein gesamtes Hoheitsgebiet aufrechterhalten oder einführen darf, sofern in seiner Liste nichts anderes festgelegt ist, wie folgt definiert:

- a) Beschränkungen der Anzahl der Dienstleistungserbringer in Form von zahlenmäßigen Quoten, Monopolen oder Dienstleistungserbringer mit ausschließlichen Rechten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;
- b) Beschränkungen des Gesamtwerts der Dienstleistungsgeschäfte oder des Betriebsvermögens in Form von zahlenmäßigen Quoten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;
- c) Beschränkungen der Gesamtzahl der Dienstleistungen oder des Gesamtvolumens erbrachter Dienstleistungen durch Festsetzung bestimmter zahlenmäßiger Einheiten in Form von Quoten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;
- d) Beschränkungen der Gesamtzahl natürlicher Personen, die in einem bestimmten Dienstleistungssektor beschäftigt werden dürfen oder die ein Dienstleistungserbringer beschäftigen darf und die zur Erbringung einer bestimmten Dienstleistung erforderlich sind und in direktem Zusammenhang damit stehen, in Form zahlenmäßiger Quoten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;;
- e) Maßnahmen, die bestimmte Arten rechtlicher Unternehmensformen oder vom Gemeinschaftsunternehmen beschränken oder vorschreiben, durch die ein Dienstleistungserbringer eine Dienstleistung erbringen darf, bestimmte Rechtsformen vorschreiben oder diese einschränken; und
- f) Beschränkungen der Beteiligung ausländischen Kapitals durch Festsetzung einer prozentualen Höchstgrenze für die ausländische Beteiligung oder für den Gesamtwert einzelner oder zusammengefasster ausländischer Investitionen.“

Rechte, die privaten Leistungsanbietern gewährt wurden (sog. Ausschließlichkeitsrechte), und wirtschaftliche Bedarfsprüfungen. Bedarfsprüfungen schränken die Anzahl der Dienstleistungserbringer auf Grundlage des Bedarfs ein, um ruinösen Wettbewerb zu verhindern, der die Sicherheit und Qualität der Dienstleistungen gefährden könnte.

Typischerweise werden auch Rechtsformerfordernisse oder Beschränkungen als Marktzugangsbeschränkungen wahrgenommen. Sind in einem bestimmten Sektor nur bestimmte Gesellschaftsformen zulässig oder bestimmte Gesellschaftsformen ausgeschlossen, würde dies als Marktzugangsbeschränkung angesehen. Ein Gesetz, das z. B. die kommunalen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung nur in der Form eines Kommunalunternehmens, einer AöR oder GmbH vorsieht und z. B. Aktiengesellschaften ausschließt, könnte in diesem Sinne als Marktzugangsbeschränkung angesehen werden.

Indem Marktzugangsverpflichtungen Monopole, Ausschließlichkeitsrechte, wirtschaftliche Bedarfsprüfungen und Rechtsformerfordernisse verbieten, richten sie sich gegen traditionelle Instrumente der Erbringung und Regulierung von öffentlichen Dienstleistungen. Staaten, die diese Instrumente beibehalten oder neu bzw. wieder einführen wollen, sehen sich einem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt und müssen sicherstellen, dass die entsprechenden Maßnahmen von den Listen ihrer Ausnahmen erfasst werden. Zwar sind bei entsprechender Gestaltung der Listen Monopole und andere Marktzugangsbeschränkungen weiter möglich, staatliche Stellen könnten sich jedoch veranlasst sehen, die Erbringung der betroffenen Dienstleistungen im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens auf den effizientesten Bieter zu übertragen, was nicht zwingend auch zur höchsten Qualität der Dienstleistung führt.

Da die Marktzugangsverpflichtungen auch die innerstaatliche Regulierungsautonomie einschränken können, kann ein Freihandelsabkommen bestimmte regulatorische Maßnahmen als mit den Marktzugangsverpflichtungen vereinbar erklären. Im CETA werden diesbezüglich z. B. kommunale Planungsvorschriften, die der Entwicklung und der Nutzung des Bodens dienen, oder Maßnahmen, die eine eigentumsrechtliche Entflechtung durch die Trennung des Eigentums an einer Netzinfrastruktur und der Erbringung von Dienstleistungen in diesem Netz (sog. „ownership unbundling“) vorsehen oder dem Schutz natürlicher Ressourcen dienen, als mit der Marktzugangsverpflichtung vereinbar anerkannt. Eine generelle derartige Anerkennung von lokalen Maßnahmen zum Schutz von öffentlichen Dienstleistungen besteht allerdings nicht. Sie könnte jedoch in eine Marktzugangsverpflichtung integriert werden.

Eine für die Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen in Deutschland zentrale Frage ist, ob die Marktzugangsverpflichtung auch lokale öffentliche Monopole erfasst oder ob nur nationale und regionale Monopole in den Anwendungsbereich der Verpflichtung fallen. Bei Art. XVI:2 GATS ist diese Frage noch umstritten, da dieser nur von Maßnahmen auf gesamtstaatlicher und regionaler Ebene spricht. In anderen Abkommen – wie z. B. dem CETA – wird dagegen ausdrücklich klargestellt, dass das Verbot der konkreten Marktzugangsbeschränkungen auch für die lokale Ebene gilt.⁸⁵ Falls TTIP die gleiche Formulierung enthält, würde das bedeuten, dass ein auf kommunaler Ebene errichtetes Monopol nur dann mit dem TTIP vereinbar wäre, wenn eine entsprechende Ausnahme formuliert wäre bzw. in dem relevanten Sektor keine Zugeständnisse eingegangen worden wären.

⁸⁵ “Neither Party shall adopt or maintain with regard to market access through establishment by an investor of a Party, either on the basis of its entire territory or on the basis of the territory of a national, provincial, territorial, regional or local level of government, measures that:”

Angesichts dieser Auswirkungen der Marktzugangsverpflichtungen sind die entsprechenden Zugeständnisse oder Ausnahmen für öffentliche Dienstleistungen von besonderer Bedeutung. Im Angebotsentwurf der EU vom 26. Mai 2014 wird z. B. eine Marktzugangsverpflichtung im Modus 3 (kommerzielle Präsenz) für die Abwasserentsorgung (waste water services) sowie für alle anderen Umweltdienstleistungen angeboten. Modelle öffentlicher Abwasserentsorgung wären daher nur geschützt, wenn sie unter die public utilities-Klausel fallen würden. Dieses Angebot würde daher weiter gehen als die Verpflichtungen nach dem CETA. Der Entwurf des TTIP-Angebots gewährt für privatfinanzierte Bildungsdienstleistungen in den meisten Mitgliedstaaten einen weitgehend unbeschränkten Marktzugang. Für Gesundheits- und Sozialleistungen beschränkt sich das TTIP-Angebot ebenfalls auf privatfinanzierte Dienstleistungen, denen Marktzugang gewährt wird. Einige Mitgliedstaaten haben diese Zugeständnisse jedoch insbesondere für Ambulanzdienste ausgeschlossen. Die Zugeständnisse für Sozialleistungen beschränken sich für die meisten Mitgliedstaaten zudem auf Alten- und Pflegeheime.

3. Umfang der Verpflichtungen

a) Die „public utilities“-Klausel

Auch im Rahmen der TTIP-Verhandlungen verfolgt die EU den Ansatz, öffentliche Dienstleistungen mit der sog. „Public utilities“-Klausel zu schützen. Diese Klausel wird regelmäßig als Beschränkung in den horizontalen Teil der Marktzugangsverpflichtungen eingefügt und wurde auch für eine Anhang II-Ausnahme⁸⁶ in CETA verwendet.⁸⁷ Sie findet sich auch im Angebot der EU im Rahmen des von der EU, den USA und 20 weiteren WTO-Mitgliedern derzeit verhandelten plurilateralen Abkommens über Dienstleistungshandel (TiSA).⁸⁸ Die „public utilities“-Klausel wird auch im Rahmen des Angebots für die TTIP-Verhandlungen verwendet. Dabei bleibt es in allen Fällen bei einer Beschränkung der Klausel auf die Marktzugangsverpflichtung und hier konkret auf Monopole und ausschließliche Leistungserbringer.

Auf der speziell dem Verhältnis von TTIP und öffentlichen Dienstleistungen gewidmeten Internetseite der Generaldirektion Handel wird die „public utilities“-Klausel als wichtiges Element der Schutzgarantie für öffentliche Dienstleistungen bezeichnet.⁸⁹ Die EU-Kommission erläutert die Klausel so: „EU governments are free to decide what they consider to be public ‘utilities’ or services. If they wish, EU governments can organise these services so that just one supplier provides the service – what economists call a “monopoly”. This single provider can be publicly owned (“public monopoly”) [or] a private firm which has the right to offer a particular service (“exclusive rights”).“

Wie oben bereits erwähnt ist der genaue Inhalt des Begriffs “public utilities” nicht klar. Daher ist auch der gegenständliche Umfang der entsprechenden Klausel unklar, was offenbar bei den Verhandlungspartnern der EU immer wieder zu Irritationen führt. Auch die EU-Kommission schien von dem Begriff nicht immer überzeugt. In einer Frühphase der Verhandlungen mit

⁸⁶ Zur Funktion von Anhang II-Ausnahmen s. u. 4. b).

⁸⁷ Vgl. den Text der Ausnahme im Anhang dieser Studie unter 2. a) (1).

⁸⁸ European Commission, The EU initial offer (November 2013), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152689.pdf.

⁸⁹ European Commission, Protecting public services in TTIP and other EU trade agreements (Fn. 3).

Kanada wurde in der EU-Kommission jedenfalls darüber nachgedacht, den Begriff im CETA durch eine durch die europarechtlichen Begriffe (wie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse) geprägte Terminologie zu ersetzen.⁹⁰ Dieser ebenfalls nicht unproblematische Ansatz⁹¹ wurde jedoch in der endgültigen Fassung des CETA nicht weiter verfolgt. Stattdessen wurde der Begriff „public utilities“ weiter verwendet. Dies dürfte auch auf die Erkenntnis zurückzuführen sein, dass auch eine Verwendung europarechtlicher Begriffe keine größere Klarheit gebracht hätte.

Bedeutsamer als eine genaue Bestimmung des gegenständlichen Umfangs des Begriffs „public utilities“ ist, dass sich die Klausel in der üblichen Verwendung nur auf die Verpflichtung zu Marktzugang bezieht und auch nur zwei Marktzugangsbeschränkungen betrifft, nämlich Monopole und ausschließliche Dienstleistungserbringer. Andere Einschränkungen wie Quoten oder wirtschaftliche Bedarfsprüfungen werden hiervon nicht erfasst und könnten daher nicht mit Hilfe der „public utilities“-Klausel geschützt werden. Außerdem können diskriminierende Maßnahmen etwa die Subventionierung von örtlich ansässigen Unternehmen nicht durch diese Klausel abgesichert werden. Damit erweist sich die „public utilities“-Klausel letztlich nur für Monopole und ausschließliche Dienstleistungsunternehmen als wirkungsvolles Schutzinstrument.

b) Beschränkung auf „privatfinanzierte“ Dienstleistungen

Neben der „public utilities“-Klausel verwendet die EU in ihren Freihandelsabkommen einen weiteren Ansatz zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen. So gelten die Zugeständnisse im Bereich Bildungs-, Sozial- und Gesundheitsleistungen nur dann, wenn die entsprechende Leistung privatfinanziert („privately funded“) ist. Die Beschränkung wurde von der EU – ebenso wie von anderen OECD-Staaten⁹² – bereits in ihren GATS-Zugeständnissen im Bildungsbereich verwendet. In jüngeren Freihandelsabkommen wurde diese Qualifizierung auch auf Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen übertragen. Diese Einschränkung wird von der EU-Kommission ebenso wie die „public utilities“-Klausel als wesentliches Element des Schutzes öffentlicher Dienstleistungen in Freihandelsabkommen angesehen.⁹³

In den GATS-Zugeständnissen wird der Begriff „privatfinanziert“ nicht weiter definiert. Entsprechend ist unklar, ob eine vollständige Privatfinanzierung erforderlich ist oder ob auch eine Mischfinanzierung aus privaten und öffentlichen Mitteln als „privatfinanziert“ angesehen werden kann.⁹⁴ In den neueren Abkommen versucht die EU, den Begriff der Privatfinanzierung zu konkretisieren. So heißt es z. B. in den Listen der EU im CETA “educational services which receive public funding or State support in any form, and are therefore not considered to be privately funded”.⁹⁵ Hieraus kann man folgern, dass bereits

⁹⁰ European Commission, Reflections Paper on Services of General Interest in Bilateral FTAs (Applicable to both Positive and Negative Lists), 28 February 2011, im Internet unter http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/EUC_Reflection_Paper_Services_of_General_Interest.doc; European Commission, Commission Proposal for the Modernisation of the Treatment of Public Services in EU Trade Agreements, 26 October 2011, im Internet unter http://www.epsu.org/IMG/pdf/154b-11_EC_paper_on_public_services_.pdf.

⁹¹ Dazu Krajewski, Public services in the Draft Canada-European Union Economic and Trade Agreement (CETA), http://www.epsu.org/IMG/pdf/Public_services_in_the_CETA.pdf

⁹² Choudhury, Public Services and International Trade Liberalization, 2012, S. 201.

⁹³ European Commission, Protecting public services in TTIP and other EU trade agreements (Fn. 3).

⁹⁴ Cremer u.a., Bildungsdienstleistungen im GATS, ZeuS 2011, S. 159.

⁹⁵ Hervorhebung durch den Autor. Eine vergleichbare Definition findet sich im Entwurf des TTIP-Angebots der EU vom 26. Mai 2014 soweit ersichtlich nicht,

eine teilweise öffentliche Finanzierung oder staatliche Unterstützung dazu führen, dass der entsprechende Teilsektor nicht von den Verpflichtungen des Freihandelsabkommens erfasst werden soll.

Ist damit geklärt, dass keine ausschließlich öffentliche Finanzierung erforderlich ist, stellt sich gleichwohl die Frage, was „public funding“ bedeutet. Die Finanzierung von Dienstleistungen aus dem allgemeinen Haushalt dürfte ohne weiteres als „public funding“ angesehen werden. Weniger klar ist dagegen die Bewertung von konkreten leistungsbezogenen Gebühren, wie z. B. Abfallgebühren. Da diese vom Leistungsempfänger entrichtet werden, könnte argumentiert werden, dass Gebühren eine Form der Privatfinanzierung darstellen. Andererseits könnte man die Tatsache, dass die Gebühren hoheitlich auferlegt werden und auf einem Abschlusszwang beruhen, auch als „state support in any form“ ansehen. Soweit ersichtlich, besteht zu dieser Frage keine Klarheit.

Ein vergleichbares Problem betrifft Gesundheits- und Bildungsleistungen, die teilweise über Zwangsbeiträge durch die Leistungsempfänger mitfinanziert werden. Können bspw. Studienbeiträge, die von den Studierenden einer Universität geleistet werden, als „public funding“ bezeichnet werden? Gelten Beiträge zu einer gesetzlichen Krankenversicherung als „public funding“? Auch hier bestehen weiterhin erhebliche Unsicherheiten.

Die Konkretisierung des Begriffs „privately funded“ macht auch deutlich, dass auf die Finanzierung der Dienstleistung und nicht auf die des Dienstleistungserbringers abgestellt werden muss. Erbringt ein öffentlich finanzierter Dienstleistungserbringer eine Leistung, die ausschließlich privat, also durch den Leistungsempfänger, finanziert wird, greift die Beschränkung nicht. Bietet eine staatliche Universität z. B. einen Weiterbildungsstudiengang an, dessen Kosten vollständig von Studienbeiträgen gedeckt werden, könnte dieser Studiengang als privatfinanzierte Bildungsdienstleistung angesehen werden.

Wird eine Dienstleistung nicht „privatfinanziert“, unterfällt sie zwar weiterhin den allgemeinen Verpflichtungen des Freihandelsabkommens wie dem Meistbegünstigungsgrundsatz oder dem Transparenzprinzip. Die Verpflichtungen zu Marktzugang und Nichtdiskriminierung finden jedoch keine Anwendung. Damit entfaltet die Beschränkung dieser spezifischen Verpflichtungen auf privatfinanzierte Dienstleistungen zwar ein weiteres Schutzniveau⁹⁶ als die „public utilities“-Klausel. Allerdings dürfte der gegenständliche Anwendungsbereich der Ausnahme für öffentlich finanzierte Dienstleistungen enger sein als der Anwendungsbereich der „public utilities“-Klausel, da letztere auch privatfinanzierte Leistungen und Leistungserbringer erfasst.

4. Liberalisierungsverpflichtungen bei einem Negativlisten-Ansatz

Ob und auf welche Weise die oben genannten Verpflichtungen für bestimmte Sektoren Geltung entfalten, hängt auch von der Struktur der Liberalisierungsverpflichtungen, insbesondere der Frage ab, ob das relevante Abkommen einem Positivlisten- oder einem Negativlistenansatz folgt. Das GATS und alle bisher in Kraft getretenen EU-Abkommen beruhen auf einem Positivlistenansatz. Das mit Kanada ausgehandelte CETA ist dagegen ein Negativlisten-Abkommen. Das derzeit verhandelte plurilaterale Abkommen über Dienstleistungshandel TiSA soll einem hybriden Ansatz verfolgen, der sowohl Negativ- als auch Positivlistenelemente enthält.

⁹⁶ Zum Begriff oben IV.3.b).

Die Struktur der Liberalisierungsverpflichtungen im Bereich des Handels mit Dienstleistungen ist für das TTIP noch nicht festgelegt. Es spricht viel dafür, dass die USA – wie bei nahezu allen Verhandlungen über bilaterale Freihandelsabkommen – ein Angebot auf der Grundlage einer Negativliste formuliert haben. Das Angebot der EU weist einen hybriden Charakter auf: Während das Angebot für die Inländerbehandlung einem Negativansatz folgt⁹⁷, folgen die Zugeständnisse im Bereich Marktzugang dem Positivlistenansatz. Damit entspricht die Struktur des EU-Angebots dem TiSA-Angebot. Ob dieser Ansatz beibehalten wird, ist fraglich. Zwar hat das Europäische Parlament in einer Resolution aus dem Jahre 2011 gefordert, dass der Negativlisten-Ansatz im CETA „als reine Ausnahme zu betrachten ist und nicht als Präzedenzfall für künftige Verhandlungen dienen darf“.⁹⁸ Es darf jedoch bezweifelt werden, dass die EU-Kommission, nachdem sie mit Kanada bereits auf der Grundlage eines Negativlisten-Ansatzes verhandelt hat, ausgerechnet in den Verhandlungen mit den USA, deren Freihandelsabkommen alle auf einem Negativlisten-Ansatz beruhen, auf einem Positivlisten-Ansatz bestehen wird. Andererseits könnte die EU unter Verweis auf ihre bisherige Praxis und gegebenenfalls auch die Forderung des Europäischen Parlaments zunächst auf einem Positivlisten-Ansatz beharren und diesen erst gegen weitere Zugeständnisse aufgeben.

Es ist in jedem Fall anzunehmen, dass die Frage, auf welchem Ansatz das TTIP beruhen wird, Gegenstand der Verhandlungen ist und dass die EU schon aus strategischen Interessen nicht von vorneherein bereit sein wird, auf einen Positivlisten-Ansatz zu verzichten. Da ein reiner Negativlistenansatz für die EU ein schwierigeres Unterfangen darstellt als für die USA, wird die EU versuchen, Zugeständnisse zu erhalten, falls sie doch auf eine reine Negativliste umschwenkt.

a) Funktion und Bedeutung des Anhang I (Annex I)

Sollte das TTIP einem Negativlistenansatz folgen, ist anzunehmen, dass die Begrenzungen von Liberalisierungsverpflichtungen der für derartige Abkommen typischen Regelungstechnik folgen werden, wonach bestehende Maßnahmen, die mit einer oder mehreren Verpflichtungen des TTIP nicht in Einklang stehen, nur dann beibehalten werden dürfen, wenn sie im Anhang I (Annex I) des Abkommens ausdrücklich aufgeführt werden. In diesem Anhang werden alle bereits bestehenden Maßnahmen (= Gesetze oder Verwaltungspraxis) aufgelistet, die gegen das Abkommen verstoßen würden (sog. *existing non-conforming measures*). Diese Maßnahmen dürfen dann beibehalten werden. Alle Maßnahmen, die nicht aufgeführt werden und gegen die Verpflichtungen verstoßen, sind aufzuheben („*List it or lose it*“).⁹⁹

Regelmäßig besteht die Struktur einer Anhang I-Ausnahme aus mehreren Elementen. Zunächst bedarf es einer Beschreibung des betreffenden Sektors oder Teilsektors mit Hilfe einer anerkannten Produktklassifizierung wie der Central Product Classification (CPC).¹⁰⁰

⁹⁷ Die Ausnahmen werden jedoch nicht in Anhängen (Annex I und Annex II) formuliert sondern in Teil A und Teil B einer Liste, die in das Tabellenformat einer Positivliste eingefügt ist. In der Sache handelt es sich trotz dieses Formats um einen Negativlistenansatz.

⁹⁸ Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Juni 2011 zu den Handelsbeziehungen zwischen der EU und Kanada, P7_TA(2011)0257, Absatz 5.

⁹⁹ Mattoo / Sauvé, Regionalism in Services Trade, in: Mattoo u.a. (Hrsg.), Handbook of International Trade in Services, S. 251.

¹⁰⁰ Z. B.: „Sector: Environmental Services - Sub-sector: Processing and recycling of used batteries and accumulators, waste oils, old cars and waste from electrical and electronic equipment - Industry classification: part of CPC 9402“

Weiterhin muss die konkrete Verpflichtung (oder Verpflichtungen), von der eine Ausnahme festgelegt wird (Meistbegünstigung, Inländerbehandlung, Marktzugang, usw.) genannt werden. Diese beiden Elemente (Sektorbeschreibung und Verpflichtung) bestimmen die Reichweite der konkreten Ausnahme. Schließlich muss die Maßnahme, für die die Ausnahme gelten soll, genannt werden. Dies geschieht zunächst durch die Bezeichnung des relevanten Gesetzes oder der einschlägigen Vorschriften und anschließend durch eine Beschreibung dieser Maßnahme. Darüber hinaus enthalten Anhang I-Ausnahmen zusätzlich oft einen Hinweis darauf, ob und wann die Maßnahme abgeschafft werden soll.¹⁰¹ Bezieht sich die entsprechende Maßnahme auf mehrere Sektoren, kann eine Anhang I-Ausnahme auch als horizontale Ausnahme formuliert werden. In diesem Fall entfällt die genaue Beschreibung des Sektors.

Bei EU-Freihandelsabkommen ist grundsätzlich zu beachten, dass neben Ausnahmen und Zugeständnissen, die für die EU in ihrer Gesamtheit gelten, auch alle Mitgliedstaaten Ausnahmen und Zugeständnisse formulieren können. Daher finden sich bei einem Abkommen mit einer Negativliste im Anhang I Maßnahmen der EU und der Mitgliedstaaten. Bei EU-Ausnahmen handelt es sich typischerweise um Maßnahmen, die auf harmonisierten Rechtsvorschriften beruhen. Ähnliche Strukturen von Anhang I-Ausnahmen finden sich auch in kanadischen und US-amerikanischen Freihandelsabkommen, da hier sowohl gesamtstaatliche als auch Provinz- bzw. bundesstaatliche Maßnahmen aufgeführt sind.

Maßnahmen, die in einem Anhang I aufgeführt sind, unterliegen regelmäßig auch dem sog. Sperrklinkenmechanismus („Ratchet clause“). Dieser besagt, dass eine Änderung der im Anhang I aufgeführten Maßnahmen nur zulässig ist, wenn sie weniger restriktiv ist als die jeweilige Maßnahme unmittelbar vor ihrer Änderung. Diese rechtstechnisch komplizierte Konstruktion hat zur Folge, dass eine vorgenommene Liberalisierung einer im Anhang I aufgeführten Maßnahme grundsätzlich nicht mehr zurückgenommen werden kann. Würde also ein bestehendes Monopol für öffentliche Dienstleistungen in Annex I aufgeführt werden, dürfte es beibehalten werden, auch wenn es gegen Marktzugangspflichten verstößt. Wird das Monopol im Zuge einer staatlichen Liberalisierungspolitik anschließend jedoch aufgehoben, kann es später nicht wieder eingeführt werden, obwohl es in Annex I aufgeführt ist.

Diese Wirkungsweise lässt sich auch am konkreten Beispiel einer Anhang I-Ausnahme für Postdienstleistungen zeigen.¹⁰² Nach Art. 5 und 6 der Postbinnenmarktrichtlinie 97/67/EG¹⁰³ sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Erfüllung von bestimmten Universaldiensten sicherzustellen. Dazu können auch Maßnahmen ergriffen werden, die den Wettbewerb teilweise einschränken. Nach Art. 8 der Postbinnenmarktrichtlinie können die Mitgliedstaaten die Aufstellung von Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen, die Ausgabe von Postwertzeichen und die Zustellung von Einschreibsendungen im Rahmen von Gerichts- oder Verwaltungsverfahren unter Ausschluss des Wettbewerbs regeln. Die entsprechenden Maßnahmen können gegen Elemente der Marktzugangspflicht verstoßen und sind daher im Anhang I als Ausnahme zu deklarieren. Würde die EU die genannten Beschränkungen des Wettbewerbs im Zuge einer weiteren Postliberalisierung aufheben und alle Postleistungen dem unbeschränkten Wettbewerb öffnen, wäre sie an diese unilaterale Liberalisierung gebunden. Sie könnte diese Wettbewerbsöffnung nicht wieder auf das im

¹⁰¹ Beispiele für Anhang I-Ausnahmen finden sich im Anhang dieser Studie.

¹⁰² Siehe dazu auch das Beispiel im Anhang dieser Studie.

¹⁰³ ABl. EU Nr. L 015 vom 21.1.1998, S.14.

Anhang I festgelegte Niveau zurückführen, da dies zu einem restriktiveren Niveau führen würde als es unmittelbar vor der erneuten Änderung bestanden hätte.

Es zeigt sich somit, dass sich der Sperrklinkenmechanismus negativ auf die staatliche Autonomie zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auswirken kann. Im Rahmen der jüngsten Reformen im Bereich öffentlicher Dienstleistungen kam es in einigen EU-Mitgliedstaaten zu Renationalisierungen oder Rekommunalisierungen, mit denen jedenfalls faktisch Liberalisierungen rückgängig gemacht wurden.¹⁰⁴ Derartige Maßnahmen könnten durch einen Sperrklinkenmechanismus grundsätzlich verhindert werden. Daher entfaltet dieser insbesondere bei Reformen, die zu weniger Wettbewerb führen sollen, eine beschränkende Wirkung.

Der Entwurf des Angebots der EU für die TTIP-Verhandlungen enthält keine EU-weite und auch keine sektorspezifische Ausnahme für den sog. Anhang I. Es finden sich lediglich horizontale, d. h. sektorübergreifende Ausnahmen für verschiedene Mitgliedstaaten. Dies lässt sich dadurch erklären, dass der Angebotsentwurf der EU in den TTIP-Verhandlungen nur bezüglich der Verpflichtung zur Inländerbehandlung einem Negativlistenansatz folgt und dass der Anhang I nur bestehende Maßnahmen erfasst. Offenbar geht die EU-Kommission davon aus, dass auf EU-Ebene keine und in den Mitgliedstaaten keine sektorspezifischen diskriminierenden Maßnahmen bestehen.

b) Funktion und Bedeutung des Anhang II (Annex II)

Der Anhang II zu einem Freihandelsabkommen, das auf dem Negativlisten-Ansatz beruht, enthält ebenso wie der Anhang I Maßnahmen, die den zentralen Liberalisierungsverpflichtungen widersprechen. Allerdings erfasst der Anhang II nicht nur bestehende Maßnahmen, sondern alle Maßnahmen, die von den jeweiligen Parteien beibehalten oder neu eingeführt werden. Damit erfasst Anhang II auch zukünftige Maßnahmen. Der Sperrklinkenmechanismus gilt in diesem Fall nicht. Damit wird deutlich, dass ein umfassender staatlicher Autonomiebereich nur für solche öffentliche Dienstleistungen gewahrt bleibt, die in Anhang II aufgeführt werden. Um sicherzustellen, dass die Erbringungs- und Organisationsautonomie für öffentliche Dienstleistungen nicht durch Liberalisierungsverpflichtungen des TTIP eingeschränkt wird, müssten diese im Anhang II aufgeführt werden.

Ähnlich wie Ausnahmen in Anhang I müssen in Anhang II der einschlägige Sektor und die Vertragsvorschrift, von der abgewichen werden soll, genannt werden. Daneben ist eine verbale Beschreibung der Ausnahme erforderlich. Konkrete betroffene Maßnahmen können genannt werden. Da die Anhang II-Ausnahmen ihre Wirkung jedoch vor allem in Zukunft entfalten, finden sich in den Ausnahmen zumeist keine Hinweise auf bestehende Maßnahmen.

Der Bezug zu öffentlichen Dienstleistungen im Anhang II kann entweder durch eine horizontale Ausnahme für öffentliche Dienstleistungen oder durch sektorspezifische Ausnahmen erfolgen. Eine horizontale Ausnahme betrifft Maßnahmen oder Bereiche, die sektorübergreifend für alle öffentlichen Dienstleistungen gelten. In diesem Fall muss sichergestellt werden, dass der in der horizontalen Ausnahme verwendete Begriff alle

¹⁰⁴ S. z. B. Pigeon, Wasser: Rekommunalisierung eines lebensnotwendigen Bereichs, in: Prausmüller/Wagner (Hrsg.), Reclaim Public Services, 2014, S. 195 f.

relevanten Dienstleistungen erfasst. Dies ist z. B. bei der Verwendung des Begriffs „public utilities“ nicht unproblematisch.¹⁰⁵

Bei sektorspezifischen Ausnahmen im Anhang II ist dagegen zu bedenken, dass damit die Gefahr einhergehen kann, dass sich der Schutz auf ein statisches Konzept öffentlicher Dienstleistungen bezieht.¹⁰⁶ Vor diesem Hintergrund sichert eine Kombination von horizontalen und sektorspezifischen Einträgen in Anhang II den größten Schutz für öffentliche Dienstleistungen. Diesen Ansatz scheint die EU auch im CETA verfolgt zu haben, das sowohl die für EU-Abkommen typische Ausnahmeklausel für „public utilities“ enthält als auch EU-weite und mitgliedstaatspezifische Ausnahmen für verschiedene öffentliche Dienstleistungen. Das gleiche gilt für den Entwurf des Angebots der EU für die TTIP-Verhandlungen. Hier finden sich sektorspezifische Ausnahmen für Umweltdienstleistungen sowie öffentlich finanzierte Bildungs-, Gesundheits- und Sozialdienstleistungen, die sich jedoch nur auf die Inländerbehandlung beziehen. Damit macht die EU deutlich, dass sie sich das Recht vorbehalten will, zukünftig diskriminierende Maßnahmen zu erlassen.

5. Ausnahmen für bestehende Maßnahmen auf kommunaler Ebene

Für die Daseinsvorsorge in Deutschland stellt sich insbesondere die Frage, wie kommunale Maßnahmen wie z. B. örtliche Monopole oder lokale Bedarfstests, im Zusammenhang mit den Annex I- und Annex II-Ausnahmen zu bewältigen sind und ob der Sperrklinkenmechanismus nur auf gesamtstaatlicher oder regionaler Ebene greift oder ob auch kommunale Maßnahmen hiervon erfasst werden.

Wie oben erwähnt erfassen Freihandelsabkommen grundsätzlich auch Maßnahmen auf kommunaler Ebene. Daher sind auch Kommunalverwaltungen an die Verpflichtungen gebunden, die sich aus dem Abkommen ergeben. Bei einem Abkommen, das auf einem Negativlisten-Ansatz beruht, müssten also kommunale Maßnahmen, die nicht mit den Verpflichtungen übereinstimmen und die beibehalten werden sollen, in die Anhang I-Listen aufgenommen werden. Da dies wenig praktikabel ist und sowohl die Verhandlungsführer als auch Kommunalverwaltungen vor hohe technische Herausforderungen stellen würde, werden in Negativlisten-Abkommen bereits bestehende lokale Maßnahmen grundsätzlich als Ausnahme behandelt.¹⁰⁷ Lokale Maßnahmen werden damit so gestellt, als seien sie in der Anhang I-Liste erwähnt. Allerdings gilt das nur für bestehende und nicht für zukünftige Maßnahmen. Eine entsprechende generelle Ausnahme für bestehende lokale Maßnahmen wird auch das CETA enthalten. Es ist anzunehmen, dass dies bei TTIP nicht anders sein wird.

Von der generellen Ausnahme für bestehende lokale Maßnahmen ist die Frage zu trennen, ob für diese Maßnahmen auch die Sperrklinkenklausel gilt. Grundsätzlich wäre es denkbar, auch hiervon eine Ausnahme festzulegen. In der Praxis der Freihandelsabkommen ist das jedoch regelmäßig nicht der Fall. Damit führt eine Liberalisierung auf lokaler Ebene grundsätzlich auch dazu, dass eine bei Inkrafttreten des Abkommens bestehende lokale Handelsbeschränkung nicht wieder eingeführt werden kann, wenn die Ausnahmen nur im Anhang I festgelegt sind. Wie sich der Sperrklinkenmechanismus auf Rekommunalisierungen auswirkt, hängt zum einen davon ab, wie die Rekommunalisierung gestaltet wird und zum anderen, wie weit die konkreten Liberalisierungsverpflichtungen des Freihandelsabkommens

¹⁰⁵ Dazu unten V. 4. a).

¹⁰⁶ Siehe dazu oben IV. 3. a) (2).

¹⁰⁷ Vgl. z. B. Art. 1108 (1) (a) (iii) und 1206 (1) (a) (iii) NAFTA, die sich allerdings nur auf diskriminierende Maßnahmen beziehen. Für den Abbau von Marktzugangsbeschränkungen gilt ein anderer Mechanismus.

reichen. Führt die Rekommunalisierung zu einem faktischen Monopol und ist hierfür keine Ausnahme vorgesehen, könnte die Maßnahme gegen die Marktzugangsverpflichtung verstoßen.

Ausnahmen in Anhang II erfassen sämtliche staatlichen Maßnahmen ohne Beschränkung auf die zentralstaatliche Ebene. Der durch die Annex II-Ausnahmen geschützte Regulierungs- und Handlungsspielraum erfasst daher auch die lokale Ebene. Das bedeutet allerdings auch, dass für Sektoren, für die keine Anhang II-Ausnahmen bestehen, auch auf lokaler Ebene keine Möglichkeit besteht, von den Verpflichtungen des Abkommens abzuweichen. Daher müssen die Verhandlungsführer hier treuhänderisch für Kommunalverwaltungen und lokale Entscheidungsträger sicherstellen, dass die für Kommunen relevanten Sektoren ebenfalls in Anhang II erwähnt werden.

Eine entsprechende Ausnahme in Anhang II des CETA hat Deutschland für den Bereich der Abwasserbeseitigung festgelegt. Demnach behält sich Deutschland das Recht vor, jede Maßnahme, die sich auf die Bestimmung, Begründung, Ausdehnung oder Tätigkeit von Monopolen oder ausschließlichen Dienstleistungserbringern, die Abwasserentsorgungsleistungen erbringen, zu erlassen oder beizubehalten.¹⁰⁸ Auf diese Weise wird die in Deutschland überwiegend auf kommunaler Ebene erbrachte Aufgabe der Abwasserentsorgung von Teilen der Verpflichtung zum Marktzugang ausgenommen. Soweit ersichtlich, findet sich im Entwurf des TTIP-Angebots vom 26. Mai 2014 keine vergleichbare Beschränkung des Marktzugangsangebots. Vielmehr wird hier ein unbeschränktes Marktzugangsangebot abgegeben.

VI. Beschaffung, Wettbewerb und Energie

Die Verpflichtungen im Bereich der Dienstleistungsliberalisierung sind nicht die einzigen Bereiche des TTIP, die sich auf öffentliche Dienstleistungen auswirken könnten. Auch Regelungen zur öffentlichen Beschaffung, zu Wettbewerb und Energie könnten Folgen für die Erbringung und Organisation von öffentlichen Dienstleistungen haben.

1. Öffentliches Beschaffungswesen

Ausweislich Nr. 24 der Verhandlungsleitlinien soll das TTIP „höchst ambitioniert“ im Bereich der öffentlichen Beschaffung gestaltet werden. Dabei soll es über das neu überarbeitete Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (General Procurement Agreement, GPA) hinausgehen und „einen verbesserten beiderseitigen Zugang zu den Beschaffungsmärkten auf allen Verwaltungsebenen (national, regional und lokal) (...)“ vorsehen. Das Positionspapier der EU-Kommission zum Thema Öffentliche Beschaffung bestätigt auch, dass ein GPA-Plus-Ansatz im TTIP verfolgt werden soll.¹⁰⁹ Die EU hat im Rahmen des GPA u.a. öffentliche Verkehrsdienstleistungen, Finanzdienstleistungen und Telekommunikationsdienste sowie Abfall- und Abwasserbeseitigung und sonstige Entsorgungsdienstleistungen den Disziplinen des GPA unterstellt. Es ist anzunehmen, dass die Vertragspartner Marktzugang für weitere Sektoren anstreben. So soll das TTIP u.a. auf einen verbesserten beiderseitigen Zugang zu den Beschaffungsmärkten „im

¹⁰⁸ Siehe die Formulierung der Ausnahme im Anhang zu dieser Studie.

¹⁰⁹ European Commission, Public Procurement, Initial Position Paper, 16. Juli 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151623.pdf

Versorgungsbereich“ abzielen. Da sich die Verhandlungspartner auch zu öffentlich-privaten Partnerschaften befragt haben, liegt es nahe dass öffentliche Unternehmen mit privaten Anteilseignern Ziel solcher neuer Maßnahmen für einen verbesserten Marktzugang sein könnten.

Das GPA erfasst keine Dienstleistungskonzessionen, wie sie zum Beispiel für die Organisation der Trinkwasserversorgung durch kommunale Unternehmen genutzt werden. Es wäre daher denkbar, dass „ambitionierte“ Regelungen im TTIP auch gerade den Bereich der Konzessionen umfassen sollen. Ausweislich des State of Play¹¹⁰ zur letzten Verhandlungsrunde wurde über die neue Konzessionsvergaberichtlinie unterrichtet und sich gegenseitig zu Konzessionen befragt. Neben Konzessionen könnten weitere Themen in den Verhandlungen eine Rolle spielen. Das EU-Positionspapier nennt z.B. Staatsunternehmen (state owned enterprises), andere öffentliche Unternehmen (public undertakings) und Unternehmen mit besonderen Rechten (special and exclusive rights). Damit könnten auch Kommunalunternehmen und Unternehmen erfasst werden, die mit besonderen gemeinwirtschaftlichen Pflichten betraut sind und daher gewisse Sonderrechte in Anspruch nehmen können.

Die Festsetzung von neuen Schwellenwerten im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ist stets schwierig, sowohl im europäischen, als auch im internationalen Kontext, insofern könnte man eine Änderung der Schwellenwerte für Ausschreibungen durch das TTIP für unwahrscheinlich halten. Andererseits soll ein verbesserter Zugang zu den Beschaffungsmärkten auf allen Ebenen¹¹¹, also auch auf der lokalen Ebene, erzielt werden. Gerade Aufträge auf der lokalen Ebene und solche für KMU zeichnen sich aber unter Umständen durch niedrige Auftragsvolumina aus, würden also nur bei niedrigeren Schwellenwerten transatlantisch ausgeschrieben werden müssen. Die Diskussionen um das öffentliche Beschaffungswesen sind daher im Hinblick auf mögliche Änderungen von Schwellenwerten im Auge zu behalten.

Zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen sollte im Rahmen des Kapitels zum öffentlichen Beschaffungswesen darauf geachtet werden, dass in kritischen Bereichen wie Dienstleistungskonzessionen oder öffentlichen Unternehmen keine Disziplinen vereinbart werden, die die Organisationsautonomie für öffentliche Dienstleistungen einschränken. Weiterhin ist darauf zu achten, dass bewährte Formen interkommunaler Zusammenarbeit zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen respektiert werden oder für diese Kooperationen im Vergleich zum geltenden EU-Recht keine zusätzlichen Ausschreibungsverpflichtungen festgelegt werden.

2. Energie

Die Europäische Kommission hat im veröffentlichten Positionspapier zu Energie und Rohstoffen mehrere mögliche Aspekte im Bereich Wettbewerb identifiziert, zu denen das TTIP Regelungen treffen könnte.¹¹² Insbesondere sollen Preisfestsetzungen für den heimischen Markt für Industriekunden eingeschränkt werden und andere spezielle

¹¹⁰ State of Play vom 29.06.2014, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152666.pdf.

¹¹¹ Siehe Nr. 24 der Leitlinien.

¹¹² Initial Position Paper "Raw Materials and energy", abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151624.pdf.

Regelungen für staatliche Unternehmen und solche mit besonderen Rechten diskutiert werden.

In einem geleakten Non paper zu Rohstoffen und Energie¹¹³ werden Regelungen zur heimischen Preisregulierung und zum Bereich der erneuerbaren Energie vorgeschlagen. Die kommunalen Energieversorger stehen insbesondere im Hinblick auf die Energiewende vor besonderen Herausforderungen. Die Umstellung auf die Nutzung von erneuerbarer Energie ist nicht nur eine weltanschauliche Entscheidung, sondern benötigt auch eine langfristige und handfeste Finanzplanung. Gerade die Diskussion um die Unionsrechtskonformität des EEG und dessen Reform hat gezeigt, dass die kommunalen Unternehmen meist weit im Voraus finanziell planen (müssen). Regelungen, die die heimische Preisregulierung und ordnungspolitische Maßnahmen zur Unterstützung des Marktes der Erneuerbaren Energien einschränken, können daher besonders sensibel sein. Die Entwicklungen im Bereich Energie und Rohstoffe sollten daher nicht nur unter Aspekten des Umweltschutzes aufmerksam verfolgt werden, damit die (auch von Bürgern bezahlte und) vor Ort gelebte Umstellung auf erneuerbare Energien auch wirtschaftlich nachhaltig bleibt.

3. Wettbewerbs- und Beihilfenrecht

Ausweislich des State of Play zur sechsten Verhandlungsrunde hat im Hinblick auf den Bereich Wettbewerb auch ein erster Gedankenaustausch zu Staatsunternehmen und Beihilfen stattgefunden. Sowohl im Bereich des Beihilfenrechts, als auch bei der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen durch öffentliche Unternehmen gibt es bereits ein elaboriertes System aus verschiedenen Regelungen auf nationaler und europäischer Ebene, die Wettbewerbsverzerrungen vermeiden sollen, beispielsweise sei hier auf das Verbot der Quersubventionierung bei Beihilfen für DAWI verwiesen.¹¹⁴

Aus einem nicht-öffentlichen Verhandlungsdokument zu Wettbewerbsvorschriften geht zudem hervor, dass die EU Wettbewerbsvorschriften in das TTIP einfügen möchte, die sich auf Staatsunternehmen (state owned enterprises) und Unternehmen mit besonderen Rechten (special and exclusive rights) beziehen. Diese Unternehmen sollen nach EU-Vorstellungen den allgemeinen Wettbewerbsvorschriften unterworfen werden.

VII. Investitionsschutz

Das geplante TTIP-Kapitel zum Investitionsschutz und zu Investor-Staat-Schiedsverfahren ist öffentlich besonders heftig kritisiert worden. Die Auswirkungen des Investitionsschutzes auf öffentliche Dienstleistungen unterscheiden sich von den Auswirkungen reiner Handelsabkommen. Auf der einen Seite zwingen die Kapitel über Investitionsschutz nicht zur Marktöffnung. Diese sind erst dann auf ausländische Investitionen anwendbar, wenn die Investition im Gastland getätigt wurde („post establishment“). Allerdings können einige grundlegende Standards des Investitionsschutzes, wie zum Beispiel das Prinzip der gerechten und billigen Behandlung („fair and equitable treatment“) oder die Verpflichtung zur

¹¹³ Non paper on energy and raw materials vom 20.09.2013, abrufbar unter: <http://big.assets.huffingtonpost.com/TTIPNonPaper.pdf>.

¹¹⁴ Siehe Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, Artikel 5 Abs. 3 lit.b.

Entschädigung von indirekten Enteignungen, den regulatorischen Spielraum für öffentliche Dienstleistungen einschränken.¹¹⁵

So könnte eine Regelung, die ausländischen Investoren Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt, als Verletzung der gerechten und billigen Behandlung angesehen werden. Ebenso könnte das Festlegen einer Preisobergrenze als indirekte Enteignung bewertet werden, wenn sie den Wert einer ausländischen Investition merklich reduziert. Es ist daher wichtig sicherzustellen, dass die Kapitel über den Investitionsschutz nicht das Recht auf Regulierung einschränken. Dies ist umso bedeutender, als Investitionsabkommen typischerweise keine Ausnahmebestimmungen für öffentliche Dienstleistungen enthalten, wie etwa Artikel I:3 (b) GATS, und auch keine allgemeinen Rechtfertigungsnormen.

Investor-Staat-Schiedsverfahren (Investor-state dispute settlement, ISDS) geben privaten Investoren die Möglichkeit, eine staatliche Maßnahme vor einem internationalen Ad-hoc-Schiedsgericht zu bekämpfen ohne zuvor den innerstaatlichen Rechtsweg zu beschreiten. Dieses bemerkenswerte Element internationaler Investitionsabkommen ist der Grund für die dynamische Entwicklung des internationalen Investitionsrechts.

Zahlreiche bereits entschiedene Investor-Staat-Streitfälle bezogen sich auf öffentliche Dienstleistungen, insbesondere die Wasser- und Energieversorgung. So wurden vor einigen Jahren mehrere Investitionsschiedsverfahren gegen Argentinien und Tansania angestrengt, nachdem die zuvor erfolgte Privatisierung der Wasserversorgung wieder rückgängig gemacht wurde und die dem privaten ausländischen Investor übertragenen Konzessionen zurückgenommen wurden.¹¹⁶ Zwei andere Fälle betrafen Klagen eines niederländischen Unternehmens gegen Reformen im Gesundheitssektor in der Slowakei.¹¹⁷ Trotz dieser Fälle fehlt es bislang an einer umfassenden und systematischen schiedsgerichtlichen Praxis zum Verhältnis von öffentlichen Dienstleistungen und Investitionsschutz.

Im Rahmen der Konsultationen zum Investitionsschutzkapitel im TTIP hat die Kommission zahlreiche Fragen zur Ausgestaltung dieses Kapitels gestellt und ihre eigene Konzeption präsentiert. Auf die Auswirkungen des TTIP auf öffentliche Dienstleistungen wurde in diesem Rahmen jedoch nicht speziell eingegangen. Die Konkretisierungsvorschläge der Begriffe „indirekte Enteignung“ und „faire und gerechte Behandlung“ enthielten keine besonderen Formulierungen mit Blick auf den Schutz von öffentlichen Dienstleistungen.

VIII. Ergebnis und rechtspolitische Forderungen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sich das TTIP in vielfältiger Hinsicht auf öffentliche Dienstleistungen auswirken kann. Die in der gegenwärtigen Praxis der Freihandelsabkommen der EU vorhandenen Ansätze zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen entfalten nur eine begrenzte Wirksamkeit: Auf der einen Seite fehlt es ihnen an rechtlicher und konzeptueller Klarheit, auf der anderen Seite scheinen sie nicht ausreichend flexibel zu sein, um sich an einen Wandel von öffentlichen Dienstleistungen anzupassen.

¹¹⁵ Krajewski, *Investment Law and Public Services*, in: Bungenberg u.a., im Erscheinen.

¹¹⁶ S. z. B. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A./Argentine Republic*, ARB/97/3; *Azurix Corp./Argentine Republic*, ARB/01/12; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A./Argentine Republic*, ARB/03/17 und *Biwater Gauff (Tanzania) Limited/United Republic of Tanzania*, ARB/05/22.

¹¹⁷ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*) und *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-12.

Allgemein bieten die bestehenden Bestimmungen den öffentlichen Dienstleistungen vor den Auswirkungen der Pflichten von Handelsabkommen keinen ausreichenden Schutz. Jeder Reformvorschlag muss daher versuchen, zwischen dem erforderlichen Grad an rechtlicher Klarheit und der notwendigen rechtlichen Flexibilität eine Balance zu finden.

Wie oben gezeigt ist eine Ausnahmeklausel, wie sie im GATS verwendet wird, problematisch, weil sie eine mehrdeutige Definition des Begriffs „hoheitliche Gewalt“ enthält, die weder den inhaltlichen Anwendungsbereich noch das Schutzniveau stärkt. Es wäre daher denkbar, die zusätzliche Definition zu streichen und schlicht die Anwendung von Handelsabkommen für jene Tätigkeiten und Leistungen auszuschließen, die „in der Rechtsprechung der jeweiligen Partei/des jeweiligen Mitglieds als Ausübung hoheitlicher Gewalt gelten“. Eine solche Bestimmung würde klarstellen, dass staatliche Kernfunktionen, wie sie im Rechtssystem jedes Landes definiert werden, vom Anwendungsbereich des Handelsabkommens ausgeschlossen sind.

Für den verbleibenden großen Bereich der öffentlichen Dienstleistungen, die unter den Anwendungsbereich der Abkommen fallen, sollten die EU und ihre Mitglieder den Begriff „öffentliche Dienste/Dienstleistungen“ (public services) verwenden und sie definieren als „Dienstleistungen, die spezifischen regulatorischen Regimes unterliegen oder die sich durch spezifische Verpflichtungen auszeichnen, die den Leistungserbringern auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene im Sinne des allgemeinen Interesses auferlegt werden.“ Diese Definition würde ein Verständnis der öffentlichen Dienstleistungen reflektieren, das den meisten Ländern dieser Welt entspricht und gleichzeitig die Mehrdeutigkeit des Begriffs der „public utilities“ vermeidet.

Auf dieser Basis sollten dann Ausnahmen von allen Verpflichtungen des Grundsatzes des Marktzugangs und der Inländerbehandlung erfolgen. Im Rahmen eines Positivlisten-Ansatzes kann dies durch eine horizontale Einschränkung geschehen. Verglichen mit der gegenwärtigen „public utilities“-Klausel der EU, würde eine solche breitere Beschränkung für öffentliche Dienstleistungen mehr Rechtssicherheit bringen, weil sie den mehrdeutigen Begriff der „public utilities“ vermeidet. Des Weiteren würde sie sich nicht nur auf zwei Aspekte der Marktzugangspflicht (Monopole und Ausschließlichkeitsrechte) konzentrieren. Im Kontext eines Negativlisten-Ansatzes müsste eine Ausnahmeklausel der öffentlichen Dienstleistungen für alle Sektoren und für die Vorbehalte bezüglich bestehender und zukünftiger Maßnahmen (Annex II) gelten. Ein solcher Vorbehalt könnte wie folgt formuliert werden: „Im Hinblick auf öffentliche Dienstleistungen behält sich die Partei das Recht vor, die Anzahl der Dienste und Dienstleistungserbringer zu beschränken, den Dienstleistungsanbietern spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen und die Erbringung dieser Dienstleistungen im Sinne des allgemeinen Interesses zu regulieren.“ Dabei sollte ausdrücklich angegeben werden, dass sich dies auf Marktzugang und Inländerbehandlung bezieht.

Schließlich sollten EU und Mitgliedstaaten sektorspezifische Ausnahmen im Annex II formulieren. Dies kann z. B. Wasserversorgung und Abfallentsorgung aber auch andere Sektoren wie Bildung, Gesundheit und Sozialleistungen betreffen. Wenn eine Differenzierung zwischen privat- und öffentlich finanzierten Leistungen beibehalten werden soll, müsste diese genau definiert werden.

Im Rahmen weiterer Kapitel des TTIP insbesondere zu Beschaffung, Energie und Wettbewerb ist darauf zu achten, dass keine Einschränkungen für besondere

Erbringungsformen (öffentliche Unternehmen, Dienstleistungskonzessionen, PPPs oder kommunale Zusammenarbeit) erfolgen.

Anhang

Anmerkung: Die folgenden Beispiele stammen aus den Annex I und Annex II-Listen der EU für das CETA in der Fassung vom 4. August 2014.¹¹⁸

1. Beispiele für Annex I-Ausnahmen

a) EU-weite Ausnahme

Sector:	Communications Services
Sub-sector:	Postal services
Industry classification:	part of CPC 751, part of CPC 71235, part of CPC 73210
Type of Reservation:	Market Access
Measures:	Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service, as amended by Directive 2002/39/EC and Directive 2008/06/EC
Description:	<p>Cross-Border Services and Investment</p> <p>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.</p> <p>Licensing systems may be established for those services for which a general Universal Service Obligation exists. These licences may be subject to particular universal service obligations and/or a financial contribution to a compensation fund.</p>
Phase-out:	None

¹¹⁸ Die Annex I- und II-Listen wurden – neben anderen CETA-Dokumenten – von der Tagesschau geleakt, siehe <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/ceta-101.html>

b) Ausnahme für einen Mitgliedstaat (Deutschland)

Sector:	Business services
Sub-sector:	Medical and Dental Services, Midwives services, Services provided by nurses
Industry classification:	CPC 9312, CPC 93191
Type of Reservation:	National Treatment, Market Access
Level of Government:	National and sub-federal
Measures:	<p>Bundesärzteordnung, Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde, Gesetz über die Berufe des Psychologischen Psychotherapeuten und des Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung, Gesetz über den Beruf der Hebamme und des Entbindungspfleger, Gesetz über die Berufe in der Krankenpflege, § 7 Absatz 3 Musterberufsordnung für Ärzte, §§ 95, 99, 291b SGB V, Heilberufekammergesetz des Landes Baden-Württemberg (...)</p> <p>¹¹⁹</p>
Description:	<p>Cross-Border Services and Investment</p> <p>Geographical restrictions may be imposed on professional registration, which apply to nationals and non-nationals alike. Doctors (including psychologists, psychotherapists, and dentists) need to register with the regional associations of statutory health insurance physicians/ dentists (kassenärztliche/zahnärztliche Vereinigungen), if they wish to treat patients insured by the statutory sickness funds. This registration can be subject to quantitative restrictions based on the regional distribution of doctors. For dentists this restriction does not apply. Registration is necessary only for doctors participating in the public health scheme. Non-discriminatory restrictions on the legal form of establishment required to provide these services may exist (§ 95 SGB V).</p> <p>For medical, dental and midwives services, access is restricted to natural persons only.</p> <p>Establishment requirements may apply.</p> <p>Telemedicine may only be provided in the context of a primary treatment involving the prior physical presence of a doctor.</p>

¹¹⁹ Weitere Landesgesetze und –vorschriften wären zu nennen. Vom Abdruck wurde hier abgesehen.

The number of ICT-service providers may be limited to guarantee interoperability, compatibility and necessary safety standards. This is applied in a non-discriminatory way.

Phase-out:

None

2. Beispiele für Annex II-Ausnahmen

a) EU-weite Ausnahmen

(1) Horizontale Ausnahme (“public utilities”)

Sector: All sectors

Sub-sector:

Industry classification:

Type of Reservation: Market Access

Description: 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.

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.

Existing Measures:

(2) Sektorale Ausnahme (Wasserversorgung)

Sector: Collection, purification and distribution of water

Sub-sector:

Industry classification: ISIC rev. 3.1: 41

Type of Reservation: Market Access
National Treatment

Description: 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.

Existing Measures:

b) Ausnahmen für einen Mitgliedstaat (Deutschland)

Sector:	Environmental Services
Sub-sector:	Waste management: Sewage, refuse disposal, and sanitation services
Industry classification:	CPC 9401, CPC 9402, CPC 9403
Type of Reservation:	Market access
Description:	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 relating to the designation, establishment, expansion, or operation of monopolies or exclusive services suppliers providing waste management services.