

Die Auswirkungen von CETA auf den politischen Gestaltungsspielraum
von Ländern und Gemeinden

Gutachten im Auftrag des
Staatsministeriums des Landes Baden-Württemberg

Tübingen, den 8. Januar 2016/
überprüft am 17. März 2016

Executive Summary - Policy Recommendations

1. CETA lässt den politischen Gestaltungsspielraum der Länder und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland nicht unberührt. Dies gilt auch dann, wenn man in Rechnung stellt, dass diese Verbände in den von CETA erfassten Sachbereichen nur beschränkte Handlungskompetenzen haben und vielfältigen grundgesetzlichen, gesetzlichen und EU-rechtlichen Bindungen unterliegen.

2. Die Freiheit der Länder und Gemeinden, den Bürgerinnen und Bürgern umfassende, effiziente und kostengünstige Leistungen der Daseinsvorsorge zu erbringen, wird durch die in CETA begründete Freiheit zur Niederlassung kanadischer Unternehmen berührt. Eine umfassende Freistellung von Dienstleistungen des Allgemeininteresses findet sich in CETA nicht. Die Ausschlussklauseln und die Vorbehalte, die sich im Vertragstext und in Erklärungen der EU und Deutschlands finden, erfassen nur Teilbereiche. Der Vorbehalt zugunsten der „governmental authority“ ist überprüfungsbedürftig. Auch die Vorbehalte zugunsten der „public utilities“ und der „social services“ leiden unter Unklarheit. Die folgenden Klarstellungen im Text von CETA werden empfohlen:

a) Die Ausnahmeklausel im Kapitel „Investment“, mit der Tätigkeiten in Ausübung von „governmental authority“ ausgenommen werden (Art. X.1 Abs. 2 iVm. Art. X.3), ist unscharf. Die Definition in Art. X.3 sollte wie folgt gefasst werden:

„activities carried out in the exercise of governmental authority means an activity carried out not within the market and not on the basis of commercial considerations, even if other economic operators exist.“

b) Der Vorbehalt der EU hinsichtlich öffentlicher Dienstleistungen (S. 1500 des Entwurfs vom 26. September 2014) sollte wie folgt gefasst werden:

„In all EU Member States, services of general public interest, including services of general economic interest (Art. 14 of the Treaty on the Functioning of the EU) and services of social interest, at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators.

The aforementioned services exist, e.g., 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 such services are often also provided 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.“

c) Der Vorbehalt der EU hinsichtlich der Erbringung sozialer Dienstleistungen („social services“) (S. 1511 des Entwurfs vom 26. September 2014) ist unscharf. Es wird empfohlen, ihn wie folgt zu fassen:

„The EU, its Member States and the entities on the sub-national level reserve the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of public services of social interest within the meaning of EU law. Such services include, but are not limited to social services which receive public funding or State support in any form.“

3. Es bedarf der Klarstellung, dass der investitionsschutzrechtliche Bestandsschutz („Fair-and-equitable-treatment“; Verbot der indirekten Enteignung) nicht auf Maßnahmen angewandt wird, die nach dem materiellen CETA-Recht legitim sind. Dies gilt sowohl für mitgliedstaatliche Regulierungsmaßnahmen als auch für Subventionen. Klarzustellen ist auch, dass die Weiterentwicklung des „FET“-Standards nicht zu einer Einschränkung der Regelungsautonomie von Ländern und Gemeinden führen kann.

Art. X. 9. des Kapitels „Investment“ sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 7.

...

No measure of a Party or its subnational entities may be considered to be in violation of the „fair and equitable treatment“ or the „full protection and security“ standards if it is covered by the right to regulate, by an exception, reservation or other derogation within this treaty.“

4. Die Vorgaben, die sich dem Kapitel „Domestic Regulation“ entnehmen lassen, bedürfen der Konkretisierung, um zu verhindern, dass sie eine einschneidende und umfassende substanzielle Bindung von Ländern und Gemeinden bewirken. Zu verhindern ist, dass die Gestaltungsspielräume, die den Ländern und Gemeinden nach innerstaatlichem Recht zustehen, über die Anforderungen an die Objektivität der ergriffenen Regelungen übermäßig eingeschränkt werden. Empfohlen wird die Aufnahme der folgenden Klausel in Art. X.2 des Kapitels „Domestic Regulation“:

„The Parties recognize that the objectivity requirement in paragraph 2.b) must not be interpreted as a substantive limitation of the political and regulatory prerogatives of the Parties and the subnational entities.“

5. Die Handlungsfreiheit der Länder und Gemeinden kann auch durch die Öffnung grenzüberschreitender Dienstleistungsmärkte berührt werden. Insofern bedarf es der politischen Prüfung, ob es sachgerecht ist, hier weniger Vorbehalte als im Investitionsbereich zu erklären.

6. Auch im Dienstleistungsbereich bedarf es einer genaueren Abstimmung zwischen den Regelungen über die substanzielle Gestaltungsbefugnis („right to regulate“) und den sich aus CETA ergebenden Bindungen. Auch hier darf es nicht zu einer Aushöhlung der Gestaltungsbefugnis kommen. Es werden daher die folgenden Schritte empfohlen:

a) Die Bestimmung in über die Erbringung von Dienstleistungen unter Ausübung von Hoheitsgewalt (Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-01 2. (a) iVm. Art. X-08) sollte umformuliert und der Fassung angepasst werden, wie sie vorstehend für den Investitionsbereich (oben unter 2.a)) vorgeschlagen wurde.

b) Art. X-03, Satz 1, des Kapitels „Cross-border Trade in Services“ sollte wie folgt gefasst werden:

„Nothing in Article X-02 (National Treatment) shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining a measure that prescribes formal or substantive requirements in connection with the supply of a service, provided that such requirements are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination.“

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary - Policy Recommendations	2
A. Allgemeines	6
I. Einleitung und Fragestellung	6
II. Allgemeine Struktur	8
1. Liberalisierungs- und Nichtdiskriminierungspflichten.....	8
2. Das Bekenntnis zur Erhaltung mitgliedstaatlicher Regelungsautonomie („right to regulate“).....	8
III. Bindungswirkungen des Abkommens für Länder und Gemeinden	10
B. Marktordnungsregeln	10
I. Unternehmerische Niederlassung (Investitionen)	10
1. Vorgaben von CETA	10
a) Persönlicher Schutzbereich	10
b) Sachlicher Schutzbereich	11
aa) Keine allgemeine Freistellung von Staatsunternehmen, Monopole und Unternehmen mit besonderen Rechten.....	11
bb) Vertraglich ausgenommene Sektoren („governmental authority“; audiovisuelle Dienstleistungen)	12
cc) Sektorale Vorbehalte zugunsten bestehender Regelungen.....	12
dd) Sektorale Vorbehalte zur Sicherung künftiger Freiräume.....	13
c) Inhaltliche Anforderungen	16
aa) Markteintritt („Establishment of Investment“)	16
bb) Anforderungen an die Behandlung eines fremden Unternehmens.....	17
(1) Anforderungen an die Tätigkeitsaufnahme	17
(2) Inländerbehandlung und Meistbegünstigung.....	17
(3) Bestandsschutz: „Fair-and-equitable-Treatment“ und Enteignungsschutz.....	18
(a) „Fair-and-equitable-Treatment“	18
(b) Enteignungsschutz.....	20
d) Ausnahmen	20
aa) Umfassende Ausnahmeklauseln.....	20
bb) Weitergehende Freistellung des öffentlichen Beschaffungswesens und der Subventionsgewährung.....	21
2. Einschränkungen der Handlungsfreiheit von Land und Gemeinden	21
a) Kreis der begünstigten Unternehmen	22
b) Staatliche Leistungserbringung (inkl. Daseinsvorsorge).....	22
aa) Begrenzte Reichweite des Vorbehalts zugunsten der „governmental authority“	22
bb) Begrenzte Tragweite der spezifischen Vorbehalte.....	24
(1) Der EU-Vorbehalt zugunsten von „public utilities“.....	25
(2) Der EU-Vorbehalt zugunsten von „social services“.....	26
(3) Die deutschen Vorbehalte zugunsten von Gesundheits- und Sozialdienstleistungen.....	26
(4) Vorbehalte im Bereich der Wasserwirtschaft.....	27
(5) Der Vorbehalt zugunsten der audio-visuellen Dienstleistungen.....	27
cc) Keine umfassende Freistellung der Subventionsgewährung.....	28
dd) Fazit.....	28
c) Regulierungs- und Gestaltungszuständigkeit im Bereich Kultur.....	29
aa) Ausnahme- und Vorbehaltsklauseln.....	29
(1) Unschärfen hinsichtlich des Begriffs der audio-visuellen Dienstleistung	29
(2) Begrenzte Freistellung des übrigen Kultursektors	30
bb) Reichweite des „right to regulate“	30
cc) Anforderungen des Kapitels „domestic regulation“	32
d) Regulierungs- und Gestaltungszuständigkeit im Bereich Erziehung und Bildung.....	33
aa) Die Reichweite von Vorbehalten.....	33
bb) Reichweite des „right to regulate“ /Anforderungen des Kapitels „domestic regulation“	33
II. Grenzüberschreitende Dienstleistungen	34

1. Vorgaben von CETA	34
a) Sachliche Reichweite.....	34
aa) Vertragliche Ausnahmen	34
bb) Spezifische Vorbehalte seitens der Vertragsparteien	34
(1) Bestehende Hindernisse (Annex I)	34
(2) Sicherung künftiger Freiräume (Annex II)	35
b) Inhaltliche und persönliche Reichweite	36
aa) Umfassende Pflicht zur Meistbegünstigung.....	36
bb) Beschränkte Pflicht zur Eröffnung des Marktzugangs.....	36
cc) Inländerbehandlung.....	37
dd) Fortbestehende Freiheit zur Regulierung von Dienstleistungen	37
c) Ausnahmen.....	37
2. Einschränkungen der Handlungsfreiheit von Land und Gemeinden	38
a) Staatliche Verantwortlichkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge.....	38
aa) Ausnahmen und Vorbehalte.....	38
bb) Schutz und Anerkennung des „right to regulate“	38
b) Der Bereich der Kultur.....	40
c) Der Bereich der Erziehung und Bildung	40
III. Waren	40
C. Subventionen.....	41

A. Allgemeines

I. Einleitung und Fragestellung

Das geplante und inzwischen in einem Entwurf vorliegende „Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen“ (Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)) zielt auf eine tiefgreifende und breite Öffnung und Einbindung der Wirtschaftsordnungen der Vertragspartner ab. Der von Kanada, der EU und ihren Mitgliedstaaten angestrebte Integrationsgrad geht deutlich über das in herkömmlichen Freihandelsabkommen vorgesehene Niveau hinaus. Insbesondere werden nicht nur Hindernisse und Beschränkungen „an der Grenze“, also im Bereich der Zölle und handelspolitischen Maßnahmen, erfasst. Das Abkommen zielt auch darauf ab, mitgliedstaatliche Maßnahmen „hinter der Grenze“ einem Regime zu unterwerfen, das von der Idee der Marktöffnung, der Nichtdiskriminierung und – in beschränktem Rahmen – der Verhältnismäßigkeit getragen ist.

Die Idee des Abschlusses eines umfassenden Abkommens kam in der Zeit nach der Jahrtausendwende auf. Nach ersten Gesprächen ließen die kanadische Regierung und die EU-Kommission eine Studie über die Effekte und den Nutzen einer engeren wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den beiden Wirtschaftsräumen („EU-Canada Joint Study“¹), erstellen. Deren Ergebnisse waren so positiv, dass man 2009 mit den förmlichen Verhandlungen begann.² Nach mehrjährigen Verhandlungen konnten im Jahr 2013 die wesentlichen Punkte geklärt werden. Auf technischer Ebene kam es zu der Festlegung auf ein Verhandlungsergebnis am 1. August 2014. Der festgestellte Text umfasst ca. 1500 Seiten. Nachdem es Mitte August 2014 zu einer Verbreitung des Vertragstextes im Internet kam, veröffentlichte die Europäische Kommission am 26. September 2014 den konsolidierten Text des Abkommens.³ Seither wird der Text redaktionell geprüft und einer juristischen Kontrolle unterzogen. Nach Abschluss dieser Arbeiten muss der Text in die Amtssprachen der EU übersetzt werden. Bis zum förmlichen Abschluss sind Änderungen rechtstechnisch und politisch möglich.⁴ Die Verhandlungspartner hatten ursprünglich vorgesehen, das Abkommen noch im Jahr 2015 zu unterzeichnen. Die Verwirklichung dieser Absicht erscheint inzwischen ausgeschlossen. Rechtlich weiterhin umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob das Abkommen nicht nur von der Europäischen Union, sondern auch von den EU-Mitgliedstaaten als „gemischtes Abkommen“ unterzeichnet werden muss bzw. unterzeichnet werden soll.⁵

Der Entwurf des Abkommens hat in der Öffentlichkeit unterschiedliche Reaktionen ausgelöst. Während er teilweise als Meilenstein auf dem Weg der transnationalen Integration der Volkswirtschaften der EU und Kanadas und als Garant für Wachstum und Entwicklung angesehen

¹ <http://international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/study-etude.aspx?lang=eng>.

² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-896_de.htm. Vgl. auch <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/can-eu-report-can-ue-rapport.aspx?lang=eng>.

³ http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_en.htm#outcome.

⁴ Dies gilt es gerade mit Blick auf die Tendenz der EU-Organe, das Verhandlungsergebnis für unantastbar zu erklären, zu betonen (<http://www.euractiv.com/sections/trade-society/malmstrom-only-minor-adjustments-isds-trade-deal-canada-309906>).

⁵ Rathke, Fragen zur Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten sowie zur Ratifikation des Abkommens über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP). Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, PE 6 – 3000 – 49/14, 19. März 2014; Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar?, August 2014; Fischer-Lescorno/Horst, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA), Oktober 2014; Kerckemeyer, Europarechtliche Bedenken gegen das CETA-Abkommen, KJ 48 (2015), 264.

wird, sehen andere in ihm einen Angriff auf die demokratisch verantwortete und selbstbestimmte Entscheidung über die zukünftige politische und wirtschaftliche Entwicklung.⁶ Die Befürworter verweisen auf die Vorteile, die sich mit Blick auf wirtschaftliche Freiheit, Effizienzgewinne und Wohlfahrtssteigerung ergeben. Von Seiten der Gegner betont man vor allem die nachteiligen Effekte, die von dem vermehrten Wettbewerbsdruck ausgehen, und bestreitet die Prognose einer erheblichen Wohlfahrtssteigerung.⁷ Im politischen Raum sind inzwischen Zweifel aufkommen, ob man an der Entscheidung festhalten soll, eine Schiedsgerichtsbarkeit durch private Schiedsrichter vorzusehen. In Kreisen der Zivilgesellschaft wird der Entwurf aus einer Vielzahl von Richtungen kritisiert. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion hat vor allem das Kapitel über die Schiedsgerichtsbarkeit Aufmerksamkeit erfahren.⁸ Über die Frage, wie tiefgehend die mit CETA verbundenen Einschnitte für den Bundesgesetzgeber sind, wird gestritten.⁹ Keine vertiefte rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit¹⁰ hat bislang die Frage erfahren, inwieweit das Abkommen die Handlungs- und Gestaltungsfreiheit der Länder und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland beschränken würde.¹¹

Die hiermit vorgelegte Untersuchung zielt darauf ab, diese Lücke zu schließen. Sie vermisst die Beschränkungen der Handlungsfreiheit, die die Länder und Gemeinden im Falle des Inkrafttretens von CETA hinnehmen müssten. Zu diesem Zweck wird jeweils untersucht, welche Beschränkungen und Vorgaben CETA in den für Länder und Gemeinden besonders relevanten Bereichen Daseinsvorsorge, Kultur (einschließlich Medien und Rundfunk) sowie Erziehung und Bildung vorsieht. Besonderes Augenmerk wird in diesem Zusammenhang der Frage geschenkt, inwieweit das Recht auf Regulierung („right to regulate“), also die Freiheit zur Verfolgung politisch-gestalterischer Ziele, erhalten bleibt. Die Feststellungen werden vor dem Hintergrund der den Ländern und Gemeinden nach dem Grundgesetz eröffneten Entscheidungsfreiräume bearbeitet.

Das Gutachten ist im Auftrag des Staatsministeriums des Landes Baden-Württemberg erstellt worden.

⁶ Zu den verschiedenen Einschätzungen etwa: Aichele/Felbermayr, CETA: Welche Effekte hat das EU-Kanada Freihandelsabkommen auf Deutschland? IFO Schnelldienst 24/2014, Jg. 67, 22. Dezember 2014, S. 20-30.

⁷ Sinclair/Trew/Mertins-Kirkwood, Making Sense of CETA, Canadian Center for Policy Alternatives, 2014; Fritz, Analyse und Bewertung des EU-Kanada Freihandelsabkommens CETA, Januar 2015. Zu TTIP etwa: Bund für Umwelt und Naturschutz, Das Gemeinwohl ist nicht ver(frei)handelbar, Positionen 62, 2015.

⁸ Ausführlich: Hindelang/Sassenrath, The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective, EP September 2015 - PE534.998; Hindelang/Wernicke (Hrsg.), Grundzüge eines modernen Investitionsschutzes, Harnack-House Reflections, 2015. Auch in der Anhörung des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages, am 15.12.2014 zum Thema Comprehensive Economic and Trade Agreement („CETA“) zwischen der EU und Kanada spielte die Schiedsgerichtsbarkeit eine zentrale Rolle. Allgemein etwa: Dugan et al. (Hrsg.), Investor-State Arbitration, 2008.

⁹ Einerseits: Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten), 2014; andererseits Krajewski, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014, September 2014.

¹⁰ Zur politischen Diskussion etwa: Fritz, 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.

¹¹ Der Bereich der Daseinsvorsorge wird analysiert von Krajewski, Public services in the Draft Canada-European Union Economic and Trade Agreement (CETA), 2011; Krajewski/Kynast, Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen in Europa, 1. Oktober 2014.

II. Allgemeine Struktur

1. Liberalisierungs- und Nichtdiskriminierungspflichten

Das Abkommen zielt – wie Freihandelsabkommen allgemein – darauf ab, die Märkte der Vertragsparteien dadurch zu öffnen, dass typische Hindernisse und Beschränkungen per se verboten oder einem Rechtfertigungszwang unterzogen werden. Hierzu gehören nicht nur Zölle, sondern auch Regelungen über den Marktzugang. Bedeutung haben zudem Maßnahmen der Vertragspartner mit Blick auf einmal errichtete Niederlassungen und in Gang gesetzte Dienstleistungsbeziehungen. Traditionell werden den Vertragsparteien Maßnahmen „hinter der Grenze“ nur dann verboten, wenn sie diskriminierend sind (Meistbegünstigung, Inländerbehandlung). CETA geht über diese Struktur hinaus, weil Investitionen einem eigenständigen Schutzregime unterstellt werden (Gebot der billigen und gerechten Behandlung und Verbot direkter und indirekter Enteignung). Darin liegt ein Element der Verhältnismäßigkeitskontrolle. Ungewöhnlich ist die Entscheidung, die Durchsetzung dieser Verpflichtungen in die Hände von Investor-Staat-Schiedsgerichten zu legen (Kapitel „Investment“). Von Bedeutung ist auch, dass das Kapitel „Domestic regulation“ potentiell weitreichende Anforderungen an die Anwendung mitgliedstaatlicher Regelungen stellt.

In einem abgestuften und differenzierten System lässt CETA Ausnahmen von den Marktöffnungs- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen zu. Neben allgemeinen Schutzklauseln (Kapitel „Exceptions“) sieht CETA spezifische Verpflichtungslisten der EU und Kanadas vor, in denen sich die Vertragsparteien Freiräume vorbehalten können (Annex I, Annex II). Die Umsetzung des Abkommens wird von Ausschüssen begleitet (Kapitel „Administrative and Institutional Provisions“). Kommt es zu Konflikten zwischen den Vertragsparteien, kann ein Streitschlichtungsverfahren („Staat-Staat-Verfahren“) durchgeführt werden (Kapitel „Dispute Settlement“). Das Abkommen richtet sich grundsätzlich an alle Ebenen des staatlichen Aufbaus.¹²

2. Das Bekenntnis zur Erhaltung mitgliedstaatlicher Regelungsautonomie („right to regulate“)

Die Verhandlungen über CETA sind in einem Umfeld geführt worden, in dem eine zunehmende öffentliche Sensibilität hinsichtlich der von einem Freihandelsabkommen ausgehenden Beschränkungen zu beobachten war. Es überrascht daher nicht, dass die Vertragsparteien sich in der Präambel dazu bekennen, der Möglichkeit zur Verfolgung gemeinwohldienlicher Politiken angemessenen Raum einzuräumen.

Die Vertragsparteien erklären sich hier insbesondere dazu verpflichtet, „to promote sustainable development and the development of international trade in such a way as to contribute to sustainable development in its economic, social and environmental dimensions“. Zudem betonen sie, „that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity.“ Dies wird mit Blick auf Demokratie und Menschenrechte besonders hervorgehoben.¹³ Auch der Schutz kulturpolitischer Freiheit findet eine besondere und innovative Erwähnung.¹⁴ Ferner werden umweltpolitische Anliegen bekräftigt.

¹² Vgl. in diesem Zusammenhang Kapitel „Initial provisions“, Art. X.06 Abs. 2 und Art. X.09.

¹³ Vgl. die folgende Feststellung: „REAFFIRMING their strong attachment to democracy and to fundamental rights as laid down in the Universal Declaration of Human Rights and sharing the view that the proliferation of weapons of mass destruction poses a major threat to international security“.

¹⁴ Präambel: „AFFIRMING their commitments as Parties to the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions and recognizing that states have the right to reserve, develop and implement their cultural policies, and to support their cultural industries for the purpose of strengthening the diversity of cultural expressions, and preserving their cultural identity, including through the use of regulatory measures and financial support.“

Diese Klauseln sind aber nicht unmittelbar operativ. Zudem sind sie inhaltlich sehr unscharf. Ihr Wert darf daher nicht überschätzt werden. Sie können zur Bestätigung von Auslegungsergebnissen herangezogen werden, die aus dem operativen Teil des Abkommens hergeleitet wurden.¹⁵ Als eigenständige Grundlage für die Herleitung von Freiräumen der Vertragsparteien – gar gegen ausdrückliche Verpflichtungen im operativen Teil – dienen sie nicht. Umso wichtiger ist es, den operativen Teil des Abkommens genau darauf hin zu prüfen, inwieweit sich gestalterische Freiheiten (auch für die Länder und Gemeinden) ergeben.

Im operativen Teil enthält CETA keinen *allgemeinen* Vorbehalt hinsichtlich gemeinwohlförderlicher Normgebung. Dies gilt nicht zuletzt für den Bereich des Umwelt- und Verbraucherschutzes. Zwar wird im Kapitel „Umweltschutz“, Article X.4 (right to regulate and levels of protection), betont, dass die Vertragsparteien nicht nur die legitime Freiheit haben, über Art und Maß des Umweltschutzes zu entscheiden.¹⁶ Die Vertragsparteien betonen auch, dass die Förderung des internationalen Handels nicht zu einer Schwächung des Umweltschutzes in den staatlichen Rechtsordnungen führen soll. Insbesondere wenden sich die Vertragsgeber dagegen, dass Umweltschutzstandards abgesenkt werden, um Handel oder Investitionen zu fördern. Aus der hier interessierenden Perspektive ist aber von Bedeutung, dass die im Kapitel „Umweltschutz“ formulierten Vorgaben nicht von der Verpflichtung zur Beachtung der aus CETA folgenden Gebote befreien. Das Recht der Vertragsparteien zur Formulierung ihrer Umweltpolitik muss „in a manner ... consistent with this Agreement“ wahrgenommen werden. In anderen Bereichen fehlt es gar an einer grundsätzlichen Anerkennung mitgliedstaatlicher Gestaltungsautonomie. So enthält das Abkommen keine Menschenrechtsklausel, die es den Vertragsparteien ermöglichte, Schritte zum Schutz und zur Durchsetzung von Menschenrechten zu ergreifen, ohne hierdurch (potentiell) in Konflikt zu den Vorgaben aus CETA zu geraten.¹⁷ Politische Forderungen, die Balance zwischen den Menschenrechten und dem Freihandel zu überdenken,¹⁸ finden im operativen Teil des Abkommens (bislang) keinen Niederschlag. Auch der Verbraucherschutz wird nicht in einem eigenen Kapitel behandelt.¹⁹

Das „right to regulate“ kann daher nur innerhalb der Liberalisierungsstrukturen von CETA wahrgenommen werden. Umso wichtiger ist es für eine Bewertung der sich für Länder und Gemeinden ergebenden Konsequenzen, die einzelnen „Säulen“ von CETA darauf hin zu überprüfen, inwieweit sich in der Textur der Vorgaben konkrete Vorgaben zur Erhaltung von Freiräumen ergeben. Dies soll in den Teilen B ff. gemacht werden.

¹⁵ McLachlan, *The Principle of Systematic Integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (2005), 279.

¹⁶ „Recognizing the right of each Party to set its own environmental priorities, to establish its own domestic levels of environmental protection, and to adopt or modify its relevant laws and policies accordingly in a manner consistent with the multilateral environmental agreements to which they are a party and with this Agreement, each Party shall seek to ensure that those laws and policies provide for and encourage high levels of environmental protection and shall strive to continue to improve those laws and policies and their underlying levels of protection.“

¹⁷ Hierzu Fischer-Lescano/Horst, *Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)*. Juristisches Kurzgutachten im Auftrag von Attac/München, Bremen, Oktober 2014.

¹⁸ <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>. Zur wissenschaftlichen Diskussion: Choudhury, *Public Services and International Trade Liberalization - Human Rights and Gender Implications*, 2012.

¹⁹ Hierzu Stoll/Krüger, *Agrar- und verbraucherpolitische Auswirkungen des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA) zwischen der EU und Kanada*, Januar 2014.

III. Bindungswirkungen des Abkommens für Länder und Gemeinden

Die Abkommen, die die EU im Rahmen der durch die EU-Verträge begründeten Kompetenzen abschließt, gelten in der EU als Teil der EU-Rechtsordnung und sind damit unmittelbar verpflichtendes Recht (Art. 207 AEUV). Sie sind damit auch für die Institutionen der EU-Mitgliedstaaten verbindlich. Dies gilt auch für Ebenen unterhalb des Zentralstaats. Die sich aus CETA ergebenden Bindungen müssen daher von den Ländern und Gemeinden beachtet werden. Soweit CETA sich auf Bereiche erstreckt, die nicht im Kompetenzrahmen der EU liegen, bedarf es der Beteiligung der Mitgliedstaaten. CETA würde in diesen Bereichen in Deutschland aufgrund der Zustimmungserklärung nach Art. 59 Abs. 2 GG gelten und Verbindlichkeit beanspruchen.

B. Marktordnungsregeln

Das Abkommen sieht die Einrichtung einer Freihandelszone vor.²⁰ Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich nicht nur auf den Handel mit Waren, sondern auch auf die Erbringung von Dienstleistungen, die Niederlassung von Unternehmen und Aspekte der Freizügigkeit. Im folgenden sollen zunächst die Vorgaben untersucht werden, die sich aus dem Kapitel „Investitionen“ für Länder und Gemeinden ergeben (nachfolgend I.). Danach soll der Bereich der Erbringung von Dienstleistungen betrachtet werden (nachfolgend II.). Schließlich soll ein kurzer Blick auf den Bereich des Warenhandels geworfen werden (nachfolgend III.). Fragen der Personenfreizügigkeit sollen nicht behandelt werden: Sie bewegen sich außerhalb des Regulierungsermessens der Länder und Gemeinden.

I. Unternehmerische Niederlassung (Investitionen)

Staatliche Verantwortlichkeit bedeutet, den Bürgerinnen und Bürgern die für ein den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechenden und politisch gewollten Leistungen zu erbringen. Diese Aufgabe obliegt in der Ordnung des Grundgesetzes vor allem den Ländern und Gemeinden. Die Leistungen werden teilweise unmittelbar von öffentlichen Stellen erbracht. Vielfach bedienen sich Länder und Gemeinden auch privater Unternehmen, die mit Sonderrechten ausgestattet sind (Monopole, Subventionen). Das in CETA angelegte Recht auf Marktzugang der aus Kanada stammenden Unternehmen und ihr Anspruch auf Nichtdiskriminierung steht hierzu in einem potentiellen Spannungsverhältnis. Es liegt im Interesse von Ländern und Gemeinden sicherzustellen, dass die in CETA angelegte Liberalisierung nicht ihren diesbezüglichen Regelungs- und Gestaltungsfreiraum beeinträchtigt.

1. Vorgaben von CETA

Die Ermöglichung und der Schutz von Investitionen bildet eine der wesentlichen Säulen von CETA (Kapitel „Investment“). Die Regelungen zielen auf eine grundsätzlich umfassende Liberalisierung des Markteintritts für die Unternehmen des jeweils anderen Vertragspartners ebenso ab wie auf den Schutz der im Aufnahmestaat getätigten Investitionen. Die Grundstruktur der Regelungen lässt sich wie folgt skizzieren:

a) Persönlicher Schutzbereich

Die begünstigenden Regelungen des Kapitels „Investment“ erstrecken sich auf die „investors of the other party“. Nach der Begriffsbestimmung im Kapitel „Investment“, Art. X.3, fallen in den Schutzbereich nur die Vertragsparteien selbst, deren Angehörige und die der Vertragspartei zugehörigen Unternehmen. Nicht erfasst werden Niederlassungen („branch“) oder Repräsentan-

²⁰ Kapitel „Initial Provisions and General Definitions“, Art. X.03.

zen („representative office“). Ein Unternehmen fällt in den Schutzbereich nur, wenn es nach der Rechtsordnung einer Vertragspartei gegründet worden ist, nach dieser verwaltet wird *und* im Gebiet dieser Partei erhebliche Geschäftstätigkeit („substantial business activities“) entfaltet oder jedenfalls von einem Staatsangehörigen bzw. dauernd Aufenthaltsberechtigten der Vertragspartei oder einem in der beschriebenen Weise zugehörigen Unternehmen direkt oder indirekt kontrolliert wird. Diese Bestimmung zielt darauf ab, sicherzustellen, dass nicht Drittstaatsunternehmen durch Gründung von Scheinniederlassungen den Schutz von CETA zu erlangen versuchen.²¹

b) Sachlicher Schutzbereich

CETA beruht nicht auf einem Positivlisten-Ansatz, demzufolge Sachbereiche nur dann einer Liberalisierungsverpflichtung unterliegen, wenn sie („positiv“) benannt sind. Das Abkommen erstreckt sich vielmehr grundsätzlich auf alle Sektoren des Wirtschaftslebens. Zudem ist der Begriff der Investition in CETA weitgefasst. Als Investition wird eine umfangreiche Gruppe von kapitalrelevanten Vorgängen bezeichnet (Kapitel „Investment“, Art. X.3).²² Das Abkommen erstreckt sich damit nicht nur auf die Begründung einer unternehmerischen Niederlassung im Warenverkehrsbereich, sondern auch auf eine solche im Dienstleistungssektor.²³ Für die hier aufgeworfene Fragestellung sind vor allem Investitionen in eine unternehmerische Präsenz auf dem Gebiet eines Landes oder einer Kommune von Bedeutung. Das Bemühen um Einrichtung einer derartigen Präsenz kann zu Leistungsstrukturen in Spannung treten, die die öffentliche Hand zur Sicherung ihrer Daseinsvorsorgeverantwortung errichtet hat. Wenn, um ein Beispiel zu nennen, die öffentliche Hand eine Dienstleistungskonzession vergeben hat, die mit exklusiven Rechten verbunden ist, kann nicht zugleich freier Markteintritt nach CETA gewährt werden.²⁴

aa) Keine allgemeine Freistellung von Staatsunternehmen, Monopole und Unternehmen mit besonderen Rechten

Die Bestimmungen des Kapitels „State Enterprises, Monopolies and Enterprises granted Special Rights or Privileges“ bewirken im hier interessierenden Zusammenhang keinen Schutz der Interessen von Ländern und Gemeinden. Die Bestimmungen dieses Kapitels betonen zwar das Recht der Vertragsparteien, öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit besonderen Privilegien zu betreiben. Nach Art. 3 Abs. 1 des Kapitels führen die in dem Kapitel begründeten Privilegien aber gerade nicht zu einer Einschränkung der sich aus anderen Teilen des Abkommens ergebenden Pflichten: „Without prejudice to the Parties' rights and obligations under this Agreement, nothing in this Chapter prevents Parties from designating or maintaining state enterprises or monopolies or from granting enterprises special rights or privileges.“ Im übrigen trifft die Mitgliedstaaten die Pflicht, darauf hinzuwirken, dass die existierenden Unternehmen mit Sonderstellung sich in einer Weise verhalten, die mit den Vorgaben von CETA vereinbar ist (Art. 3 Abs. 2 des Kapitels). Es wäre also verfehlt anzunehmen, dass sich in dem Kapitel eine allgemeine oder auch nur besondere Freistellung befände.

Die Bestimmungen dieses Kapitels bewirken im Gegensatz eine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit von Ländern und Gemeinden. Über dieses Kapitel wird die Entscheidung über die

²¹ In der Öffnung hinsichtlich indirekt kontrollierter Unternehmen i.S.d. Definition des Art. X.3 liegt eine bedeutsame Erweiterung des Kreises der möglichen Kläger, insbesondere aufgrund der weiterhin zumeist sehr großzügigen Rspr. der Investitionstribunale.

²² Als Investition gilt jede Form von Vermögensgegenstand, die ein Investor direkt oder indirekt kontrolliert und die den Charakter einer Investition aufweist (z.B. Kapitaleinsatz, Gewinnerwartung, Risikoübernahme).

²³ Entsprechend GATS Modus 3.

²⁴ Die jüngst in Kraft getretene Richtlinie über Dienstleistungskonzessionen erkennt den Eigenwert und die Legitimität von Konzessionen ausdrücklich an; sie bemüht sich allein darum, einen Markt um die Erlangung derartiger Konzessionen zu errichten (Nettesheim, Das Recht der Dienstleistungskonzessionen, in: Kment (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, im Erscheinen, 2016).

Reichweite und die Grenzen einer Privilegierung von Unternehmen zum Gegenstand von CETA gemacht. Einschlägig ist in diesem Zusammenhang Art. 5 Abs. 1: „Except to fulfill the purpose for which a monopoly has been created or for which special rights or privileges have been granted, or in the case of a state enterprise to fulfill its public mandate, and provided that the entity's conduct is consistent with the provisions in Article 4 of this Chapter and the (Chapter XX – Competition), each Party shall ensure that a covered entity acts in accordance with commercial considerations in the relevant territory in its purchases and sales of goods, ...“ Damit verlieren Länder und Gemeinden in jenen Bereichen, in denen keine Vorbehalte existieren, die freie Entscheidung über die Art und das Maß der Privilegierung.²⁵ Zwar ist in dem Abkommensentwurf vorgesehen, die sich aus Art. 4 und Art. 5 ergebenden Pflichten für einzelne Bereiche des Investitions- und Dienstleistungsbereichs auszuschließen (bislang finden sich hier nur Platzhalter).²⁶ Um mehr als eine Erweiterung des Entscheidungsspielraums der unter das Kapital fallenden Unternehmen handelt es sich dabei aber nicht. Es liegt im Interesse von Ländern und Gemeinden, hier eine Freistellung der Leistungen der Daseinsvorsorge („services of general interest“) sicherzustellen. Die Freistellung sollte sich nicht nur auf die Dienstleistungen im wirtschaftlichen Interesse²⁷ beziehen, sondern auch solche nicht-wirtschaftlicher Natur umfassen.

bb) Vertraglich ausgenommene Sektoren („governmental authority“; audiovisuelle Dienstleistungen)

Von Bedeutung sind die im Kapitel „Investment“, Art. X.1 2., enthaltenen Freistellungen. Dort ist vorgesehen, dass die folgenden Tätigkeiten den Liberalisierungspflichten nicht unterliegen: „activities carried out in the exercise of governmental authority“.²⁸

Im übrigen hat sich die EU vorbehalten, dass die Bestimmungen über den Markteintritt („establishment of investments“) und jene über die Inländerbehandlung („non-discriminatory treatment“) nicht auf Maßnahmen im Bereich der „audiovisuellen Dienstleistungen“ Anwendung finden. Kanada hat sich den Bereich der „cultural industries“ umfassend vorbehalten.²⁹

cc) Sektorale Vorbehalte zugunsten bestehender Regelungen

Darüber hinaus sieht CETA vor, dass die Vertragsparteien Vorbehalte erklären können. Nach dem System des Abkommens besteht zunächst die Möglichkeit, dass sich eine Vertragspartei die Aufrechterhaltung und Fortführung bestehender Beschränkungen vorbehält (sog. „existing non-conforming measures“). Aufgrund dieser Altfallregelung („grandfather clause“) können bestehende Regelungen, die mit der Verpflichtung zu Meistbegünstigung, Marktzugang, „performance requirements“, Inländerbehandlung und Wahlfreiheit bei Leistungspositionen in Konflikt stehen, unter bestimmten Voraussetzungen aufrechterhalten und fortgeführt werden (Kapitel „Investment“, Art. X.14 Abs. 1 lit. a) and b)).

Die EU hat in dem für dieses Gutachten relevanten Bereich die folgenden Vorbehalte in Annex I erklärt:

²⁵ Aus dem EU-Wettbewerbsrecht (Art. 107, 106 Abs. 2 AEUV) ergeben sich allerdings ebenfalls Bindungen.

²⁶ Art. 2 Abs. 3 des Kapitels.

²⁷ Zur Terminologie: Art. 106 AEUV.

²⁸ Hierzu findet sich die folgende Definition: „activities carried out in the exercise of governmental authority means an activity carried out neither on a commercial basis nor in competition with one or more economic operators.“ (Kapitel „Investment“, Art. X.3).

²⁹ Kapitel „Investment“, Art. X.1 3.

- Gesundheits-, soziale und Bildungsdienstleistungen (Eigentümerstruktur) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leitungsebene)³⁰.

Die Bundesrepublik Deutschland hat den folgenden Vorbehalt erklärt:

- Herstellung und Verbreitung von Zeitungen, Zeitschriften und Medienerzeugnissen (gesamtstaatliche und nachgelagerte Ebene) (Nachweis eines Verantwortlichen) (Inländerbehandlung)³¹;
- Gesundheits- und soziale Dienstleistungen (Pflegedienstleistungen, Krankenhausbehandlung, Transport- und Rettungsdienstleistungen) (Marktzugang und Inländerbehandlung)³².

Das Abkommen sieht vor, dass die damit bezeichneten Regelungen aufrechterhalten und auch erneuert werden können.³³ Änderungen sind allerdings nur zulässig, wenn sie nicht die Spannungen zu der im Investitionskapitel von CETA angestrebten Rechtslage erhöhen.³⁴ Liberalisierungsschritte können auch nicht wieder rückgängig gemacht werden (sog. „ratchet“-Bestimmung). Damit sind Rekommunalisierungen im Anwendungsbereich von Annex I fühlbare Grenzen gesetzt.³⁵

dd) Sektorale Vorbehalte zur Sicherung künftiger Freiräume

CETA sieht zudem vor, dass die Vertragsparteien sich Bereiche vorbehalten können, in denen sie ihre Handlungsfreiheit umfassend erhalten wollen (Annex II). Im Bereich der unter Annex II erklärten Vorbehalte bewahren die Vertragsparteien ihren Gestaltungsspielraum (Kapitel „Investment“, Art. X.14 Abs. 2 i.V.m. Annex II), allerdings mit einer Rückausnahme für den Schutz bestehender Investitionen (Kapitel „Investment“, Art. X.14 Abs. 3).

Die EU hat die folgenden Vorbehalte eingelegt:

³⁰ „Any EU Member State, when selling or disposing of its equity interests in, or the assets of, an existing state enterprise or an existing governmental entity providing health, social or education services, may prohibit or impose limitations on the ownership of such interests or assets, and on the ability of owners of such interests and assets to control any resulting enterprise, by investors of Canada or of a non-Party or their investments. With respect to such a sale or other disposition, any EU Member State may adopt or maintain any measure relating to the nationality of senior management or members of the boards of directors, as well as any measure limiting the number of suppliers.“

³¹ „Each publicly distributed and/or printed newspaper, journal, or periodical must clearly indicate a "responsible editor" (the full name and address of a natural person). The responsible editor may be required to be a permanent resident of Germany, the EU or an EEA country. Exceptions may be allowed by the Federal Minister of the Interior.“

³² „Rescue services and "qualified ambulance services" are organised and regulated by the Länder. Most Länder delegate competences in the field of rescue services to municipalities. Municipalities are allowed to give priority to not-for-profit operators. This applies equally to foreign as well as domestic service providers. Ambulance services are subject to planning, permission and accreditation. Telemedicine may only be provided in the context of a primary treatment involving the prior physical presence of a doctor. 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.“

³³ Kapitel „Investment“, Art. X.14 1. (b).

³⁴ Kapitel „Investment“, Art. X.14 1. (c): „an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with X.4 (Market Access), X.5 (Performance Requirements), Articles X.6 (National Treatment), X.7 (Most-Favoured-Nation Treatment), and X.8 (Senior Management and Boards of Directors).“

³⁵ Pigeon, Wasser: Rekommunalisierung eines lebensnotwendigen Bereichs, in: Prausmüller/Wagner (Hrsg.), Reclaim Public Services – Alternativen zur neoliberalen Privatisierungspolitik (Hamburg: VSA), 2014, 195.

- Öffentliche Versorgungsunternehmen („public utilities“) (Marktzugang) ³⁶;
- Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser (Marktzugang, Inländerbehandlung)³⁷;
- Notar- und Beglaubigungsdienstleistungen (Marktzugang, Inländerbehandlung, oberes Management und Leitungsgremien)³⁸;
- Unterhaltungs-, Kultur- und Sportdienstleistungen (Kulturdienstleistungen) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsaufgaben, oberes Management und Leitungsgremien)³⁹;
- Unterhaltungs-, Kultur- und Sportdienstleistungen (Wetten) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsaufgaben, oberes Management und Leitungsgremien)⁴⁰;
- Bildungsdienstleistungen (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsaufgaben, oberes Management und Leitungsgremien)⁴¹;
- Gesundheits- und soziale Dienstleistungen (öffentlich geförderte Dienstleistungen) (Marktzugang, Inländerbehandlung)⁴².

³⁶ „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.“

³⁷ „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.“

³⁸ „The EU, with the exception of SE, reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of legal advisory and legal documentation and certification services provided by legal professionals entrusted with public functions, such as notaries, “huissiers de justice” or other “officiers publics et ministériels”, and with respect to services provided by bailiffs who are appointed by an official act of government.“

³⁹ „The EU except AT reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of library, archive, museum, and other cultural services (CPC 963). ... In addition, the EU, except AT and SE, reserves the right to adopt or maintain any measure requiring establishment and restricting the cross-border provision of entertainment services, including theatre, live bands, circus and discotheque services.“

⁴⁰ „The EU except MT reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of gambling activities, which involve wagering a stake with pecuniary value in games of chance, including in particular lotteries, scratch cards, gambling services offered in casinos, gambling arcades or licensed premises, betting services, bingo services and gambling services operated by and for the benefit of charities or non-profit-making organisations. - This reservation does not apply to games of skill, gambling machines that do not give prizes or that give prizes only in the form of free games, and promotional games, whose exclusive purpose is to encourage the sale of goods or services which are not covered by this exclusion.“

⁴¹ „The EU reserves the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of all educational services which receive public funding or State support in any form, and are therefore not considered to be privately funded. - The EU, except for CZ, NL, SE and SK, reserves the right to adopt and maintain any measure with respect to the provision of privately funded other education services (CPC 929), which means other than those classified as being primary, secondary, higher and adult education services. Where the provision of privately funded education services by a foreign provider is permitted, participation of private operators in the education system may be subject to concession allocated on a non-discriminatory basis.“

⁴² „The EU, with the exception of HU, reserves the right to adopt or maintain any measure requiring the establishment or physical presence in their territory of suppliers and restricting the cross-border provision of health services from outside their territory.

The EU, with the exception of LT, LV and the NL, reserves the right to adopt or maintain any measure re-

Die Bundesrepublik Deutschland hat in den folgenden Bereichen Vorbehalte zu Lasten ausländischer Investoren erklärt:

- Abfallbewirtschaftung (Abwasser, Abfallbeseitigung, sanitäre Versorgung) (Marktzugang)⁴³;
- Umweltdienstleistungen (Bodenbewirtschaftung) (Marktzugang)⁴⁴;
- Gesundheits- und Sozialdienstleistungen (Leistungen im Kontext des Sozialversicherungssystems) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Meistbegünstigung, Leistungsaufgaben, Leitungspersonal)⁴⁵;
- Sozialdienstleistungen (privat finanzierte Dienstleistungen/Dienstleistungserbringung im Markt) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Meistbegünstigung, Leitungspersonal)⁴⁶;
- Freizeit-, Kultur- und Sportdienstleistungen (Unterhaltungsdienstleistungen) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsaufgaben, Leitungsgremien)⁴⁷.

Damit konzentrieren sich die Vorbehalte Deutschlands auf den Umwelt-, Kultur- und Sozialbereich. Die Tragweite dieser Vorbehalte wird an späterer Stelle untersucht werden.⁴⁸ Festzuhalten ist, dass den Ländern und Gemeinden in den genannten Sektoren und mit Blick auf die jeweils bezeichneten Modi das „right to regulate“⁴⁹ erhalten bleibt.

quiring the establishment or physical presence in their territory of suppliers and restricting the cross-border provision of social services from outside their territory.

This reservation does not relate to the provision of all health-related professional services, including the services provided by professionals such as medical doctors, dentists, midwives, nurses, physiotherapists, paramedics, and psychologists, which are covered by other reservations.“

⁴³ „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.“

⁴⁴ „Germany reserves the right to adopt or maintain any measure prohibiting the cross-border provision of services and requiring establishment with respect to services relating to the protection of soil and the management of contaminated soils, 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 soil management and protection services.“

⁴⁵ „Germany reserves the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of the Social Security System of Germany, where services may be provided by different companies or entities involving competitive elements which are thus not "Services carried out exclusively in the exercise of governmental authority". Germany reserves the right to accord better treatment in the context of a bilateral trade agreement with regard to the provision of health and social services.“

⁴⁶ „Germany reserves the right to adopt and maintain any measure with respect to the provision of privately funded social services other than services relating to Convalescent and Rest Houses and Old People's Homes. Germany reserves the right to adopt or maintain any measure regarding the Social Security System of Germany, where services are provided by different companies or entities involving competitive elements and might therefore not fall under the definition of the "Services carried out exclusively in the exercise of governmental authority".“

⁴⁷ Germany reserves the right to adopt and maintain any measure prohibiting the cross-border provision of services irrespective of their mode of production, distribution, or transmission and requiring establishment with respect to entertainment services (CPC 961), with the exception of audiovisual services which are not subject to liberalisation under this agreement.

Germany reserves the right to adopt and maintain any measure with respect to the provision of libraries, archives, museums and other cultural services (CPC 963).“

⁴⁸ Nachfolgend B. I. 2.

⁴⁹ Allgemein etwa: Delimatsis, *International Trade in Services and Domestic Regulations*, 2007.

c) Inhaltliche Anforderungen

Für die Bewertung der Folgen, die sich aus CETA für die Länder und Gemeinden ergeben, kommt es auf die inhaltliche Reichweite der sich ergebenden Verpflichtungen an.

aa) Markteintritt („Establishment of Investment“)

CETA zielt nicht darauf ab, die Anforderungen an den Markteintritt eines Unternehmens umfassend zu liberalisieren oder jedenfalls einer Verhältnismäßigkeitskontrolle zu unterwerfen. Der Regelungsanspruch bleibt damit deutlich hinter jenem von Art. 49 AEUV iVm. Art. 54 AEUV zurück. Es geht vielmehr um die Bekämpfung eines bestimmten Typs von Regelungen, mit denen der Umfang oder die Tiefe des Eindringens in den Markt der anderen Vertragspartei beschränkt werden sollen. Zu diesem Zweck werden in einer abschließenden Aufzählung die folgenden Anforderungen verboten:

- „(i) the number of enterprises that may carry out a specific economic activity whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive suppliers or the requirement of an economic needs test;
- (ii) the total value of transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;
- (iii) the total number of operations or the total quantity of output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test (...);
- (iv) the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment;
- (v) the total number of natural persons that may be employed in a particular sector or that an enterprise may employ and who are necessary for, and directly related to, the performance of economic activity in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test.“⁵⁰

Ferner geht es um Beschränkungen der Rechtswahlfreiheit.⁵¹

Darüber hinaus sieht CETA eine ebenfalls abschließende Liste verbotener Leistungsaufgaben („performance requirements“) vor. Dabei handelt es sich um Regelungen, den Marktzugang von der Erfüllung bestimmter Anforderungen an das Exportvolumen, an den Umfang lokaler Beschaffung u.ä. abhängig machen.⁵²

Die Vertragsparteien sehen die Gefahr, dass die Bestimmungen über den Markteintritt von Unternehmen dazu verwandt werden könnten, den legitimen Ordnungsrahmen anzugreifen, den der Aufnahmestaat für die unternehmerische Tätigkeit auf seinem Gebiet errichtet hat. Zu diesem Zweck legt CETA fest, dass bestimmte Vorgaben *nicht* als Beschränkung des Markteintritts angesehen werden können. Zulässig sind danach Anforderungen an die Qualifikation besonderer Leitungspersonen, Beschränkungen des Markteintritts aufgrund technischer oder faktischer Begrenzungen oder Maßnahmen wettbewerbsrechtlicher Natur. Zwei Regelungen sind im hier interessierenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung. Unbedenklich sind:

- „measures concerning zoning and planning regulations affecting the development or use of land, or other analogous measures“, und

⁵⁰ Kapitel „Investment“, Art. X.4. 1 (a).

⁵¹ Kapitel „Investment“, Art. X.4. 1 (b).

⁵² Im einzelnen: Kapitel „Investment“, Art. X.5.

- „measures seeking to ensure the conservation and protection of natural resources and the environment, including limitations on the availability, number and scope of concessions granted, and the imposition of moratoria or bans.“⁵³

In dem Abkommen ist nicht ausdrücklich festgelegt, ob die vorstehend wiedergegebene Aufzählung abschließend ist. Vieles spricht dafür, ihr nur exemplarischen Charakter zuzuschreiben. Eine Klarstellung wäre, wie noch auszuführen ist, sinnvoll.⁵⁴

bb) Anforderungen an die Behandlung eines fremden Unternehmens

Über den Marktzugang hinaus bildet die mitgliedstaatliche Behandlung der in den Markt eingetretenen Unternehmen eine zweite Säule von CETA.

(1) Anforderungen an die Tätigkeitsaufnahme

Das Abkommen sieht im Kapitel „Domestic Regulation“ Regelungen vor, die die Freiheit der Vertragsparteien bei der Formulierung von Zulassungsregeln und Tätigkeitsanforderungen begrenzen. Die Anforderungen sind vor allem formal-rechtsstaatlicher Natur. CETA will mit den Bestimmungen des Kapitels sicherstellen, dass Lizenzierungsanforderungen und –verfahren sowie Qualifikationsanforderungen und –verfahren auf Kriterien beruhen, die „willkürliche“ Entscheidungen zuständiger Behörden verhindern (Kapitel „Domestic Regulation“, Art. X.2.1.). Auch die Anwendung der gesetzlich formulierten Bedingungen wird dann vertraglicher Disziplin unterworfen. Das Abkommen sieht vor, dass die gewählten Kriterien a) klar und transparent, b) objektiv und c) im voraus fixiert und öffentlich zugänglich sein sollen (Kapitel „Domestic Regulation“, Art. X.2.2.). Laut Artikel X.2.7 sollen die Verfahren zur Anwendung der Lizenzierungs- und Qualifikationsbestimmungen „so einfach wie möglich sein“ und die Ausübung wirtschaftlicher Aktivitäten „nicht über Gebühr komplizieren oder verzögern“. Dies ist für die Länder und Gemeinden von besonderer Bedeutung.

Die EU ist nach den Bestimmungen des Abkommens in den folgenden Bereichen nicht gebunden: „Health, education, and social services, gambling and betting services, the collection, purification, and distribution of water, as set out in the EU’s schedule to Annex II, and audio-visual services.“ Die Aufzählung ist eher willkürlich. Sie schirmt den Bereich der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge in den Ländern und Gemeinden nicht umfassend ab.

Die Tragweite der damit begründeten Verpflichtungen ist bislang kaum abzuschätzen. Sie können als Einfallstor für eine weitreichende Bindung des mitgliedstaatlichen „right to regulate“ herangezogen werden. Dies gilt vor allem für die Anwendung der jeweils bestehenden gesetzlichen Vorgaben durch die Verwaltung. Der gegenwärtige Abkommenstext sieht nicht vor, dass die im Kapitel „Exceptions“ enthaltenen Ausnahmen zur Rechtfertigung von Durchbrechungen der im Kapitel „Domestic Regulation“ enthaltenen Regelungen herangezogen werden können.

(2) Inländerbehandlung und Meistbegünstigung

CETA sieht darüber hinaus vor, dass die in den Markt eingetretenen Unternehmen Anspruch auf Inländerbehandlung genießen,⁵⁵ also gegenüber inländischen Unternehmen nicht diskriminiert

⁵³ Kapitel „Investment“, Art. X.4.

⁵⁴ Ohne dass dem an dieser Stelle weiter nachgegangen werden soll, kann jedenfalls festgestellt werden, dass beispielsweise raum- und bauplanerische Restriktionen der Ansiedlung von Supermärkten nicht als Marktzugangshemmnisse angesehen werden. Die in der öffentlichen Diskussion geäußerte Sorge, dass die Gemeinden ihre Planungshoheit verlieren könnten, ist daher nicht berechtigt.

⁵⁵ Kapitel „Investment“, Art. X.6.

werden dürfen.⁵⁶ Grundsätzlich erstreckt sich die Pflicht zur Inländerbehandlung auf alle staatlichen Maßnahmen, die eine Behandlung des Investors bewirken, die „nachteilhafter“ als die Behandlung eines vergleichbaren einheimischen Unternehmens ist.⁵⁷ Ausgeschlossen ist eine Multilateralisierung von vorteilhafteren Behandlungsstandards aus Drittabkommen (Kapitel „Investment“, Art. X.7 Abs. 4 S. 2).

Darüber hinaus verpflichtet CETA den Aufnahmestaat zur Behandlung des Investors nach Meistbegünstigungsgrundsätzen.⁵⁸ Der Grundsatz der Meistbegünstigung erstreckt sich nicht auf prozessuale Rechte im Rahmen von Investor-Staats-Schiedsverfahren (Kapitel „Investment“, Art. X.7 Abs. 4 S. 1).⁵⁹

Das Unternehmen darf grundsätzlich auch nicht durch Vorgabe von Anforderungen an die Staatsangehörigkeit in der Auswahl des Leitungspersonals behindert werden.⁶⁰

(3) Bestandsschutz: „Fair-and-equitable-Treatment“ und Enteignungsschutz

Beschränkungen der Handlungsfreiheit von Ländern und Gemeinden gegenüber den in ihrem Markt operierenden kanadischen Unternehmen ergeben sich schließlich auch noch aus den Regelungen über den Bestandsschutz.

(a) „Fair-and-equitable-Treatment“

CETA legt fest, dass ein Unternehmen, das in den Markt einer Vertragspartei eingetreten ist, nicht unfair oder ungerecht behandelt werden darf („fair and equitable treatment“; „FET“-Standard).⁶¹ CETA definiert die Standards konkreter und enger als traditionelle bilaterale Investmentabkommen. Als Verstoß werden angesehen:

„Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings;
manifest arbitrariness;
targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or
a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.“⁶²

Die damit getroffenen Festlegungen bringen eine erhebliche Reduktion der Tragweite des „FET“-Standards mit sich. Der Interpretationsspielraum von Investor-Staat-Schiedsgerichten wird durch die Auflistung in Artikel X.9 erheblich und deutlich über das übliche Maß hinaus eingegrenzt. Das Erfordernis, dass „legitime Erwartungen“ nur auf der Grundlage konkreter vertrauensgenerierender Maßnahmen („*specific representation*“) entwickelt werden können, grenzt den

⁵⁶ Zur Reichweite dieser Pflicht: Hindelang, Gutachten; Vgl. Reinisch, National Treatment, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.): International Investment Law, 2015, 846.

⁵⁷ Es ist anerkannt, dass dem Prinzip der Meistbegünstigung auch indirekte bzw. de-facto-Diskriminierungen zuwider laufen.

⁵⁸ Kapitel „Investment“, Art. X.7.

⁵⁹ Krajewski/Kynastm', Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen in Europa, Studie im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Erlangen-Nürnberg, 1. Oktober 2014.

⁶⁰ Kapitel „Investment“, Art. X.8.

⁶¹ Kapitel „Investment“, Art. X.9. Hierzu ausführlich: Kläger, 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law, 2011; Jacob/Schill, Fair and equitable treatment: Content, Practice, Method, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.): International Investment Law, 2015, 700.

⁶² Kapitel „Investment“, Art. X.9 Abs. 2.

Verpflichtungsgehalt und die Reichweite nochmals ein.⁶³ Das schon in der geltenden Praxis verwandte Kriterium objektiv erkennbarer Erzeugung von Vertrauenserwartungen⁶⁴ findet hier eine Verstärkung.⁶⁵ Für die Annahme, es könnte unter CETA gleichwohl zu einer weiten und ausgehenden Interpretationspraxis kommen, wie es manche Schiedsgerichte entwickelt haben (z.B.: FET-Garantie als Garantie auf ein „stabiles Regulierungsumfeld“), spricht danach nichts. Dies gilt es zu betonen, weil die angeblich grenzenlose Weite des „FET“-Standards in der Kritik an CETA eine wichtige Rolle spielt. Es ist nicht zu erwarten, dass sich Schiedsgerichte über die in CETA formulierten Eingrenzungen einfach hinweg setzen werden – auch wenn dies gelegentlich so behauptet wird. Richtig ist vielmehr, dass die investitionsschutzrechtlichen Schiedsgerichte in den letzten Jahren den Bedeutungsgehalt der FET-Klausel auch in klassischen Investitionsschutzabkommen eher restriktiv gelesen haben, um legitimen Gemeinwohlanliegen Raum zu geben.⁶⁶ Die Zahl der Fälle, in denen sich Schiedsgerichte einem Investor im Verlangen nach einer weiten Lesart des FET-Standards gefolgt ist, ist gering.⁶⁷ Vielfach wird in der Kritik am „FET“-Standard nicht unterschieden zwischen den Behauptungen der Kläger und dem, was das Schiedsgericht entschieden hat.

Das bedeutet aber nicht, dass die in CETA angelegten Regelungen gänzlich unbedenklich wären. Bedenken folgen m.E. aus einer anderen Bestimmung. Nach den Festlegungen von Kapitel „Investment“, Art. X.9 Abs. 3, obliegt es den Vertragsparteien, die Standards der fairen und gerechten Behandlung regelmäßig zu überprüfen. Die Entscheidung obliegt dem „Trade Committee“. Die Vertragsbestimmung enthält keine Aussage des Inhalts, dass etablierte oder anerkannte Schutzstandards das Orientierungsmuster bilden müssten. Ebensowenig wird gesagt, dass legitime Regelungsanliegen der Vertragspartner („right to regulate“) nicht durch den „FET“-Standards unterlaufen werden dürfen. Nicht ausgeschlossen ist es damit, dass der „FET“-Standard eine neue und so bislang nicht bekannte Gestalt gewinnt.⁶⁸ Die darin liegende Kompetenz zur Weiterentwicklung von Verhaltensstandards ist weitreichend. Das „Trade Committee“ hat es in der Hand, Verhaltensstandards zu definieren, deren Nichtbeachtung oder Verletzung zu Schadensersatz führen. Eine Rückbindung dieser Festlegungen in den innerstaatlichen Willensbildungsprozess ist nicht vorgesehen. Ebenso wenig bedürfen die Entscheidungen des „Trade Committee“ einer Zustimmung der staatlichen Parlamente oder einer Ratifikation.

⁶³ Zur Entscheidungspraxis im Investitionsschutzrecht: etwa *BG Group plc v. Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24. Dezember 2007, Rn. 289–310; *National Grid plc v. Argentina*, UNCITRAL, Award, 3. November 2008, Rn. 167–180; *Total SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27. Dezember 2010, Rn. 99 ff., 305 ff., 412 ff.; *EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11. Juni 2012, Rn. 994 ff.

⁶⁴ Vgl. etwa *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11. September 2007, Rn. 331; *Continental Casualty Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5. September 2008, Rn. 261.

⁶⁵ Damit greift CETA einen sich zunehmend zur h.M. verdichtenden Trend in der Rspr der Investitionstribunale auf (z.B. *White Industries v. India*, Award, para. 5.2.20; *Toto v. Lebanon*, Award, paras. 219–220; siehe auch *Micula v. Romania*, Award, paras. 669, 671).

⁶⁶ Porterfield, *A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals*. IISD, 22. März 2013.

⁶⁷ Verfahren, die in diesem Zusammenhang gerne angeführt werden, sind das „Lone-Pine“-Verfahren (<http://www.canadians.org/media/lone-pine-resources-files-outrageous-nafta-lawsuit-against-fracking-ban>) und das „Suez“-Verfahren (*Suez vs. Argentine*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30.7.2010).

⁶⁸ Von Bedeutung ist auch die Bestimmung des Kapitels „Investment“, Art. X.27 Abs. 2, der es dem Trade Committee erlaubt, „binding interpretations“ zu allen Vorschriften von Kap. X zu erlassen. Zwar können dadurch auch gerade expansive Interpretationen der Tribunale eingefangen werden können. Grenzen dieser Befugnis zur Festlegung von „interpretations“ bestehen jedenfalls in textlicher Hinsicht nicht. Was also „interpretation“ und was „amendment“ ist, wird de facto weitestgehend im Ermessen der Vertragsparteien liegen. Das Problem der demokratischen Rückkopplung ist offenkundig.

(b) Enteignungsschutz

Die Behandlung der Investoren wird noch einer weiteren Schranke unterzogen. Nicht nur direkte, sondern auch „indirekte“ Enteignungen sind verboten.⁶⁹ Die Verhandlungspartner von CETA bemühen sich um eine Klarstellung, welche Sachverhalte eine „indirekte Enteignung“ darstellen. Zwar wird im Grundsatz festgelegt, dass legitime, dem Gemeinwohl dienende Maßnahmen, die zum Schutz von Gesundheit, Sicherheit oder Umwelt ergriffen werden, nicht unter den Begriff der indirekten Enteignung subsumiert werden können. Allerdings – das eröffnet ein weites Feld der Unklarheit – gilt dies nur, wenn sie nicht offensichtlich über das eigentliche Ziel hinausgehen.⁷⁰ Das Konzept der greifbaren Übertreibung („manifestly excessive“) ist hochgradig unbestimmt. Hier liegt ein Einfallstor, mit dem das „right to regulate“ unterlaufen werden kann.

d) Ausnahmen

In Sektoren, die den Liberalisierungspflichten des Investitionskapitels unterfallen, gelten begrenzte Ausnahmeklauseln.

aa) Umfassende Ausnahmeklauseln

Den Mitgliedstaaten steht die Möglichkeit offen, für die Bereiche „Marktzugang“ und „Inländerbehandlung“ Durchbrechungen zu rechtfertigen. Im Kapitel „Exceptions“ wird die Ausnahmebestimmung Art. XX GATT 1994⁷¹ für das Kapitel „Investment“, Abschnitt 2 (Establishment of Investments) und Abschnitt 3 (Non-discriminatory Treatment)) für anwendbar erklärt („integriert“).⁷² Der Rechtfertigungskanon des Art. XX GATT 1994 umfasst insgesamt zehn Punkte. Im hier interessierenden Kontext sind vor allem Rechtfertigungsmöglichkeiten für folgende Maßnahmen von Bedeutung:

- „(a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- ...
- (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- ...“.

Eine Berufung hierauf ist nur zulässig, wenn dies nicht zu einer „willkürlichen oder nicht zu rechtfertigenden Diskriminierung“ zwischen Staaten führt, in denen vergleichbare Bedingungen herrschen. Die Ausnahmeklausel greift auch dann nicht, wenn es zu einer „verdeckten Behinde-

⁶⁹ Kapitel „Investments“, Art. X.11 mit Annex „Expropriation“.

⁷⁰ Kapitel „Investments“, Annex X.11 Abs. 3: „For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.“

⁷¹ Kapitel „Exceptions“, Art. X.02 Abs. 1: „For the purposes of Chapters X through Y and Chapter Z (National Treatment and Market Access for Goods, Rules of Origin, Origin Procedures, Customs and Trade Facilitation, Wines and Spirits, Sanitary and Phytosanitary Measures, Investment Section 2 (Establishment of Investments) and Investment Section 3 (Non-discriminatory Treatment)), GATT 1994 Article XX is incorporated into and made part of this Agreement. The Parties understand that the measures referred to in GATT 1994 Article XX (b) include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health. The Parties further understand that GATT 1994 Article XX (g) applies to measures for the conservation of living and non-living exhaustible natural resources.“

⁷² Vgl. zu den potentiellen Auswirkungen: Legum/Petculescu, GATT Article XX and international investment law, in: Echandi/Sauvé, Prospects in International Investment Law and Policy, 2013, 340.

„... des internationalen Handels“ kommt.

An die Seite dieser Ausnahmeklausel stellt CETA eine weitere, partiell deckungsgleiche Klausel. Auch wenn ein Konflikt mit den Grundsätzen des Marktzugangs oder der Inländerbehandlung auftritt, können die Vertragsparteien Maßnahmen erlassen oder durchsetzen, die notwendig sind, um:

- „(a) to protect public security or public morals or to maintain public order ... ;
- (b) to protect human, animal or plant life or health;
- (c) to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Chapter including those relating to:
 - (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on contracts;
 - (ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;
 - (iii) safety.“

Einschränkend wird festgelegt, dass die Ausnahme unter (a) nur geltend gemacht werden darf, wenn „a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.“ Im Kapitel „Exceptions“ wird ferner die Bedeutung der Freistellungen, die im Investitionskapitel zugunsten der „cultural industries“ begründet werden, nochmals besonders hervorgehoben.⁷³

Im hier interessierenden Zusammenhang ist hervorzuheben, dass sich diese Ausnahmebestimmungen nicht auf das Kapitel „Investitionen“, Abschnitt 4 (materielle Standards der Behandlung eines Investors) beziehen. Die Entscheidung darüber, was eine faire und gerechte Behandlung des Investors darstellt, kann daher ebenso wie die Entscheidung über das Vorliegen einer (indirekten Enteignung) ohne Berücksichtigung der in den Ausnahmeklauseln enthaltenen Einschränkungsbefugnis erfolgen. Eine Abstimmung erscheint erforderlich. Zudem fällt auf, dass sich keine umfassende Ausnahmeklausel zugunsten der Bereiche Daseinsvorsorge, Kultur und Bildung findet. Man kann sagen, dass sich das inzwischen entwickelte und auch im internationalen Raum spürbare Bewusstsein um die Bedeutung des Umweltschutzes in CETA niedergeschlagen hat. Keine Entsprechung findet dies aber für andere ebenso wichtige Bereiche.

bb) Weitergehende Freistellung des öffentlichen Beschaffungswesens und der Subventionsgewährung

Nach den Bestimmungen des Kapitels „Investment“, Art. X.14 Nr. 5, können die Entscheidungen der Vertragsparteien über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über Subventionen nicht als Beeinträchtigung der Prinzipien von Marktzugang, Inländerbehandlung, Meistbegünstigung und Leitungspersonal angesehen werden. Diese weitgehende Freistellung gilt allerdings wiederum nicht für die Interpretation des „FET“-Standards und des Konzepts der indirekten Enteignung. Auch hier scheint eine Abstimmung erforderlich.⁷⁴ CETA sieht darüber hinaus eine umfassende Freistellung der Subventionsgewährung für den Bereich der audiovisuellen Dienstleistungen auch im Kapitel „Subventionen“ vor (Kapitel „Subsidies“, Art. x7).

2. Einschränkungen der Handlungsfreiheit von Land und Gemeinden

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Beschreibung ist es möglich, eine Bewertung der Folgen von CETA für die Handlungsfreiheit von Ländern und Gemeinden vorzunehmen und Punkte zu identifizieren, in denen eine Überprüfung des Übereinkommens sinnvoll ist. Es sei daran erin-

⁷³ Kapitel „Exceptions“, Art. X-08.

⁷⁴ Dazu noch unten C.

ner, dass den Ländern und Gemeinden bei der Beschränkung des Markteintritts ausländischer (EU-)Unternehmen über Art. 49 AEUV iVm. Art. 55 AEUV unverhältnismäßige Beschränkungen untersagt sind; sie unterliegen unionsrechtlich auch im Umgang mit niedergelassenen Unternehmen einer strikten Verhältnismäßigkeitskontrolle. Damit ist der noch verfügbare Handlungsspielraum jedenfalls mit Blick auf die in der EU ansässigen Markteintrittsinteressenten unionsrechtlich eng begrenzt. Zudem ergeben sich grundrechtliche Bindungen aus Art. 12 GG, Art. 2 GG und Art. 14 GG. Ausländische juristische Personen können sich auf diese Grundrechte allerdings nur begrenzt stützen.

a) Kreis der begünstigten Unternehmen

In der öffentlichen Diskussion wird gelegentlich die Position vertreten, dass Drittstaatsunternehmen den Versuch unternehmen könnten, sich die in CETA begründeten Rechte durch Scheingründungen in Kanada zu erschleichen. Bei genauerem Hinsehen erweist sich allerdings, dass die diesbezüglichen Regelungen von CETA mit hinreichender Bestimmtheit einen Missbrauch von Drittstaatsunternehmen verhindern. M.E. bieten die Regelungen von CETA den Stellen der Länder und Gemeinden genügend Raum und Flexibilität, auf erkennbaren Mißbrauch zu reagieren. Die Einleitung eines Staat-Staat-Schiedsgerichtsverfahrens erscheint in diesem Fall hochgradig unwahrscheinlich. Das Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren steht einem Unternehmen, dem der Markteintritt versperrt wurde, nicht offen. Die Entscheidungspraxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die sich gegenüber dem Versuch des „forum shopping“ sensibel und problembewusst zeigt, weckt die Erwartung, dass jedem Versuch der Erschleichung von Rechtspositionen Einhalt geboten wird. Bislang ist von Seiten der Kritik auch noch kein Vorschlag unterbreitet worden, wie sich das Problem besser lösen lässt. Weitergehende Vorkehrungen sind nicht erforderlich.

b) Staatliche Leistungserbringung (inkl. Daseinsvorsorge)

Das Investitionskapitel von CETA zielt darauf ab, den Unternehmen des Vertragspartners den Markteintritt und die grundsätzlich unbehinderte Tätigkeit zu garantieren. Zu Spannungen mit dem politischen Gestaltungsinteresse von Ländern und Gemeinden kann es kommen, wenn diese einen bestimmten Tätigkeitsbereich nicht marktförmig organisieren wollen, die Zahl der Marktakteure beschränken oder Privilegien gewähren. Die Existenz derartiger Spannungen ist jüngst auch mit Blick auf die klassischen Investitionsschutzabkommen betont worden.⁷⁵ Bislang sind die Bindungen, die sich aus dem WTO im Bereich der „public services“ ergeben, noch nicht hinreichend konkretisiert worden.⁷⁶

aa) Begrenzte Reichweite des Vorbehalts zugunsten der „governmental authority“

CETA stellt den Bereich der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorge nicht umfassend frei. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass der im Kapitel „Investment“ enthaltene

⁷⁵ European Commission, Reflections Paper on Services of General Interest in Bilateral FTAs (Applicable to both Positive and Negative Lists) Revised 28 February 2011. Vgl. auch Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (Tübingen: Mohr Siebeck), 2009; Krajewski, Public Services in Bilateral Free Trade Agreements of the EU, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1964288>; ders., „GATS plus“: Öffentliche Dienstleistungen in Freihandels- und Investitionsabkommen der Europäischen Union, in: Prausmüller/Wagner (Hrsg.), Reclaim Public Services – Alternativen zur neoliberalen Privatisierungspolitik, 2014, S. 132; ders., Investment Law and Public Services, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.): International Investment Law, 2015, 1629 ff.

⁷⁶ Krajewski, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 2003, 341; Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 2006, 455; 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; Arena, The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from the EU Supranational Dialectic, Journal of World Trade 2011, 489.

Vorbehalt zugunsten der Bereiche, in denen „governmental authority“ ausgeübt wird,⁷⁷ unscharf ist und den Bereich der Daseinsvorsorge auch nicht im Ansatz abdecken kann.

Im Kapitel „Investment“ wird der Begriff der „activities carried out in the exercise of governmental authority“ mit einer Legaldefinition versehen, die sich an das WTO-Recht anlehnt.⁷⁸ Danach umfasst der Vorbehalt die „activit(ies) carried out neither on a commercial basis nor in competition with one or more economic operators“⁷⁹. Der Vorbehalt greift damit nur, wenn zwei Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind: Einerseits darf die öffentliche Hand nicht „geschäftlich“, „kommerziell“, „wirtschaftlich“ oder „gewinnstrebend“ handeln. Andererseits darf sich die Tätigkeit der öffentlichen Hand nicht in einem Umfeld abspielen, in dem privater Wettbewerb existiert.

Der den Ländern und Gemeinden eröffnete Spielraum bleibt damit unklar. Begrifflich legt es die Formel von der „governmental authority“ eigentlich nahe, nach dem Vorliegen von Hoheitsgewalt zu fragen. Dem Wortsinn zufolge handelt es sich um Sphären, in denen „öffentliche Gewalt“, „öffentliche Herrschaft“ bzw. „amtliche Autorität“ ausgeübt wird. CETA verwendet insofern ein instrumentelles Konzept. Dies würde etwa bedeuten, dass CETA keinen Anspruch begründen würde, Rechtsformen zu wählen, in denen die Ausübung von Hoheitsgewalt angelegt ist (z.B.: Anstalt des öffentlichen Rechts im Sparkassenwesen). Ebenso hätte diese Sichtweise zur Folge, dass der Marktzugang in diesem Bereich nicht beansprucht werden kann (kein Anspruch auf Teilhabe am Kapital einer Sparkasse). Aber ganz eindeutig ist dies vor allem deshalb nicht, weil die von CETA gewählte Definition gerade nicht auf die Ausübung von Hoheitsgewalt abstellt und deshalb scheinbare Klarheit vernichtet. Die klare Aussage, dass CETA keine Liberalisierungsverpflichtungen in den Sphären der Ausübung von Hoheitsgewalt begründet, findet sich nicht.

Auch die in CETA vorgesehene Definition selbst ist überprüfungsbedürftig.⁸⁰ Für Länder und Gemeinden besonders misslich ist der Umstand, dass sich die Formulierung „on a commercial basis“ mit guten Gründen auf gemeinwirtschaftliche Tätigkeiten anwenden lässt. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Leistung nicht von einer Eigengesellschaft erbracht wird, sondern von einem eigenständigen Unternehmen der öffentlichen Hand. In Fällen, in denen sich dieses unternehmerisch geriert und Gewinne erwirtschaftet, ist die Annahme einer Tätigkeit auf einer „commercial basis“ nicht fernliegend. Aus dieser Perspektive werden insbesondere jene öffentlichen Dienstleistungen, deren Erträge zur Quersubventionierung unrentabler Leistungen verwandt werden, „kommerziell“ erbracht. Hier erscheint eine Klarstellung nicht überflüssig.

Auch das Merkmal der (Nicht-)Existenz von Wettbewerb mit „economic operators“ ist unscharf. Bei wörtlichem Verständnis wäre es nie erfüllt, wenn sich ein Mitgliedstaat zur Einrichtung eines Monopols zugunsten eines von der öffentlichen Hand getragenen Unternehmens entschliesse. Denn in diesem Fall läge gerade kein Wettbewerb vor. Vieles spricht allerdings für die Annahme, dass dies nicht der Intention der Verfasser von CETA entspricht. Dies belegt auch der Blick auf die unionsrechtlichen Parallelentwicklungen, in deren Folge es zum Aufbrechen von Monopolen gekommen ist.⁸¹ Entscheidend ist danach nicht, ob sich das öffentliche Unternehmen zum Zeitpunkt des begehrten Markteintritts eines unter CETA berechtigten Unternehmens schon „in competition with one or more economic operators“ befindet. Vielmehr wäre der Maßstab der Existenz einer hypothetisch denkbaren Wettbewerbssituation anzulegen. Der Vorbehalt griffe

⁷⁷ Oben unter B. I. 1. b) bb).

⁷⁸ Leroux, What Is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority” under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?, *Journal of World Trade* 2006, 345.

⁷⁹ Kapitel „Investment“, Art. X.3.

⁸⁰ Selbst wenn sich im WTO-Kontext ähnliche Formulierungen finden, bedeutet dies nicht, dass mißglückte oder überbreite Regelungen in CETA aufgenommen werden sollten. CETA sollte (auch mit Blick auf die Weiterentwicklung der multilateralen Abkommen) das Ziel der „best practice“ anstreben.

⁸¹ EuGH, Rs. C-534/92, SAT/Eurocontrol, Slg. 1994, I-43, Rdnr. 30; EuGH, Rs. C-343/95, Diego Cali, Slg. 1997, I-1547, Rdnr. 23; EuGH, Rs. C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577, Rdnr. 57.

immer dann nicht, wenn die erbrachte Leistung nach abstrakter Betrachtung marktgängig ist. Hier ist Klärungsbedarf gegeben.

Fazit: Der von CETA gewählte Regelungsansatz bringt es mit sich, dass selbst der unmittelbare und enge Bereich der Erbringung von Leistungen unter Einsatz von Hoheitsgewalt nicht eindeutig freigestellt ist.⁸² Der Preis könnte eine Erschwerung der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen im Kernbereich der Aufgabenzuständigkeit der Länder und Gemeinden sein. Dies gilt erst recht für Gestaltungskonstellationen, in denen der Dienstleistungserbringer in einem an und für sich marktgeprägten Umfeld agiert. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu Konflikten kommt, darf zwar nicht überschätzt werden. Gleichwohl täten die Verhandlungspartner gut daran, hier Klarheit zu schaffen. Im Zentrum der Gemeinwohlverantwortung von Ländern und Gemeinden steht die Erbringung von Leistungen durch Verwaltungsbehörden in öffentlich-rechtlicher Rechtsform und unter Einsatz von Hoheitsgewalt. Es ist erforderlich, sicherzustellen, dass sich die Marktöffnungspflichten aus CETA nicht auf derartige Bereiche beziehen.

In der „Executive Summary“ wird ein Formulierungsvorschlag vorgestellt, der der vorstehend beschriebenen Problematik entgegenwirkt.

bb) Begrenzte Tragweite der spezifischen Vorbehalte

Es ist eine Konsequenz des gewählten Regelungsansatzes, dass Bereiche, in denen die Mitgliedstaaten Leistungen der Daseinsvorsorge durch Unternehmen mit Monopolstellung erbringen lassen,⁸³ nicht allgemein von den aus CETA resultierenden Verpflichtungen freigestellt werden. Gleiches gilt für den Fall, dass der Marktzugang unter CETA dadurch erschwert wird, dass einem einheimischen Unternehmen das Privileg sonstiger Vorrechte (z.B. Anschluss- und Benutzungszwang) gewährt wird.⁸⁴ Umso wichtiger ist es, dass die jeweiligen Dienstleistungsbereiche unter einen sektorspezifischen Vorbehalt fallen. Auffällig ist, dass sich in dem 2014 vereinbarten Text ein recht weitgehender Vorbehalt zugunsten der „nicht-ökonomischen Dienste“ nicht mehr findet.⁸⁵ Mit Blick auf die konkret eingelegten Vorbehalte ist folgendes zu bemerken.⁸⁶

⁸² Als Bereich, in denen es zur „exercise of governmental authority“ kommt, muss nicht zuletzt jeder Bereich gelten, in dem öffentliche Dienstleistung unter Einsatz von Hoheitsgewalt erbracht werden. Es bedarf der eindeutigen Klarstellung, dass dieser Verantwortungsbereich von Ländern und Gemeinden (Polizei, Justiz etc.) nicht geöffnet wird. Aus CETA kann kein Anspruch ausländischer Unternehmer darauf hergeleitet werden, Tätigkeiten aufzunehmen, deren Ausübung die Verfügung über Mittel der öffentlichen Gewalt voraussetzt. Insbesondere kann aus CETA auch kein Anspruch auf Beilehung folgen.

⁸³ In Feldern, in denen die Dienstleistungserbringung im Rahmen eines *Monopols* vorgesehen ist, ergibt sich ein prima-facie-Konflikt mit den Vorgaben des Kapitels „Investment“, Art. X.4. 1 (a), wonach es CETA grundsätzlich (vorbehaltlich von Ausnahmen) nicht zulässt, dass die Zahl der in einem Bereich tätigen Unternehmen numerisch begrenzt oder auf Eins (Monopol) festgelegt wird.

⁸⁴ Demgegenüber besteht im Bereich subventionierter Dienstleistungen kein Problem.

⁸⁵ In ihrem „Draft offer“ vom 29. Juli 2011 hatte die EU noch den folgenden Vorbehalt aufgenommen: “The EU reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of non-economic services of general interest which are carried out in relation to the exercise of governmental authority, which are services which are supplied neither on a commercial basis nor in competition with one or more service suppliers. These services may include, but are not limited to, the police, justice, statutory social security schemes, border and air space control, and public administration, as well as activities of international organisations and regional bodies, diplomatic and consular missions. The non-economic nature of a specific service of general interest within the EU is determined in the light of the case law of the European Court of Justice.”

⁸⁶ Die Betrachtung beschränkt sich auf die für Länder und Gemeinden relevanten Bereiche Daseinsvorsorge, Kultur, Bildung und Erziehung. Andere Bereiche, wie etwa der Bereich der Gesundheit, sind von beschränkter Bedeutung, können aber aus Platzgründen nicht behandelt werden (zu letzterem etwa: Herne-kamp, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen nach dem Weltdienstleistungshandelsabkommen GATS - Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitssystem, 2013).

(1) Der EU-Vorbehalt zugunsten von „public utilities“

Zwar hat die EU einen Vorbehalt zugunsten von „services considered as public utilities at a national or local level“ erklärt.⁸⁷ Der Begriff der „public utility“⁸⁸ bezieht sich nach allgemeinem Sprachgebrauch nur auf „öffentliche Versorgungsunternehmen“ oder „öffentliche Versorgungseinrichtungen“.⁸⁹ Die Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen durch Eigengesellschaften wird damit von dem Vorbehalt erfasst. Demgegenüber erstreckt sich der Vorbehalt jedenfalls vom *Wortlaut* her nicht auf die Einschaltung privater und mit Sonderrechten ausgestatteten Leistungserbringer im Markt. Die von dem Vorbehalt der EU enthaltene Erläuterung bestätigt die Einschätzung, dass sich die Freistellung nur auf „public utilities“ in einem engen Sinn beziehen soll. Dort heißt es: „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.“ In gewissem Widerspruch steht es dann, dass in dem sich anschließenden Satz von privaten Dienstleistern die Rede ist: „Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations.“ In dem abschließenden Satz des Vorbehalts ist dann aber wieder ausschließlich von „public utilities“ die Rede: „Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical.“

Diese Formulierung ist jedenfalls unklar.⁹⁰ Auch wenn man zur Kenntnis nimmt, dass im Sprachgebrauch des internationalen Wirtschaftsrechts eine über den allgemeinen Sprachgebrauch hinausgehende Bedeutungszuschreibung nicht ungewöhnlich ist,⁹¹ ist es doch unglücklich, wenn sich Unsicherheiten schon vor Inkrafttreten des Abkommens abzeichnen. Eine Industrie-Klassifikation ist nicht vorgenommen worden. Vieles spricht dafür, dass sie in einem späteren Streitfall restriktiv gelesen wird und nur auf öffentliche Versorgungsunternehmen im engeren Sinne angewandt wird. Weite Bereiche der in den Ländern und Gemeinden erbrachten öffentlichen Dienstleistungen werden damit nicht erfasst. Zudem erstreckt sich der Vorbehalt nur auf den „market access“. Wenn ein Investor unter CETA einmal in den Markt eingetreten ist, sind Differenzierungen danach nicht mehr möglich.

Es sei am Rande erwähnt, dass der von der EU eingelegte Vorbehalt im Bereich der Wasserwirtschaft als Gegenbeispiel für eine gelungene Freistellung dienen kann.⁹² Er bezieht sich nicht lediglich auf den Marktzugang, sondern auch auf die Inländerbehandlung. Sachlich ist er so umfas-

⁸⁷ Annex II, S. 1500.

⁸⁸ Die Vorbehaltsklausel entspricht jener im GATS (vgl. dazu Kleine Anfrage Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsdrucksache 18/892).

⁸⁹ Vgl. Graham, *Regulating Public Utilities – A Constitutional approach*, 2000.

⁹⁰ In dem „Draft offer“ vom 29. Juli 2011 hatte die EU in kohärenter Weise erklärt: „The EU reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to limiting the number of suppliers, through the designation of a monopoly or by conferring exclusive rights to private operators, for services of general interest which are subject to specific public service obligations imposed by public authorities on the provider of the service in order to meet certain public interest objectives. These obligations may be imposed at national, regional and local level. Public services exist in such sectors 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 services 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.“

⁹¹ Krajewski, *Protecting a Shared Value of the Union in a Globalized World: Services of General Economic Interest and External Trade*, in: van de Gronden (Hrsg.), *EU and WTO Law on Services: Limits to the Realization of General Interest Policies Within the Services Markets*, 2008, 187 (208-210).

⁹² Annex II, S. 1502 f.

send und eindeutig erklärt, dass keine Zweifel an der Reichweite und Tragfähigkeit bestehen. Umso auffälliger ist, wie unklar der Vorbehalt zugunsten der „Erbringung von Dienstleistungen durch öffentliche Versorgungswerke“ formuliert ist.

In der „Executive Summary“ wird ein Formulierungsvorschlag vorgestellt, der der vorstehend beschriebenen Problematik entgegenwirkt. Der Formulierungsvorschlag zielt auf eine Abstimmung von CETA und EU-Recht ab und sollte daher als Schritt der „Europäisierung“ von CETA angesehen werden, der von der EU-Kommission befürwortet werden kann.

(2) Der EU-Vorbehalt zugunsten von „social services“

Auch der EU-Vorbehalt zugunsten der „social services“ umfasst nur einen engen Teilbereich der öffentlichen Daseinsvorsorge. Die EU erklärt: „The EU reserves the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of all social services which receive public funding or State support in any form, and are therefore not considered to be privately funded.“

Der Vorbehalt bezieht sich auf Dienstleistungen nach Gruppe 933 der CPC (Central Product Classification). In diese Gruppe fallen einerseits Dienstleistungen, die in der Unterbringung bedürftiger älterer oder junger Personen bestehen (Klasse 9331). Andererseits geht es um die folgenden Leistungen: „Child day-care services incl. day-care services for the handicapped; guidance and counselling services n.e.c. related to children; welfare services not delivered through residential institutions; vocational rehabilitation services; other social services without accommodation“ (Klasse 9332). Damit wird ein wichtiger Bereich der lokalen Daseinsvorsorge im Bereich des Sozialen erfasst und mit Blick auf Marktzugang, Inländerbehandlung, „performance requirements“ und Anforderungen an das Leitungspersonal freigestellt. Eine recht umfassende Freistellung lokaler Dienstleistungen findet sich insbesondere in Unterklasse 93323: „Welfare services not including lodging services, e.g. eligibility determination services in connection with welfare aid, rent supplements and food stamps, old age visiting services, household budget counselling services, and other community and neighbourhood services.“ Für den beschränkten Bereich der Erbringung sozialer Dienstleistungen in dem genannten Sinne dürfte der Vorbehalt ausreichend sein. Seine thematische Begrenztheit ist allerdings offenkundig. Zu Recht versuchen Vorbehalte der Bundesrepublik Deutschland, diese Lücke zu schließen (nachfolgend (3)).

Bedenkenswert wäre es, die Begriffe des „public funding“ und des „State support in any form“ näher zu definieren. Insbesondere ist unklar, ob die CETA-Verpflichtungen bei einer Mischfinanzierung einer Dienstleistung nicht greifen sollen. Es bedürfte jedenfalls einer Festlegung, ab welchem relativen Beitrag der öffentlichen Hand eine Dienstleistung nicht unter CETA fällt. Ebenfalls wäre es sinnvoll, genauer zu umschreiben, was mit „state support“ gemeint ist. Insbesondere bei der Einrichtung von Beitrags- oder Gebührensystemen kann sich, wie die EU-rechtlichen Diskussionen über die Umlagefinanzierung der EEG-Förderung oder die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ergeben, Streit darüber einstellen, ob dies unter den Begriff des „state support“ fällt.

In der „Executive Summary“ wird ein Formulierungsvorschlag vorgestellt, mit dem Rechtsklarheit geschaffen werden könnte. Auch hier zielt der Vorschlag auf eine engere Abstimmung von CETA und EU-Recht ab.

(3) Die deutschen Vorbehalte zugunsten von Gesundheits- und Sozialdienstleistungen

Die Bundesrepublik Deutschland hat in zwei Vorbehalten erklärt, sich Einschränkungen im Bereich der „social services“ vorzubehalten.

Ein erster Vorbehalt erstreckt sich auf „health and social services“.⁹³ Die Einschränkung ist umfassend und erfasst nicht nur den Marktzugang, sondern auch Inländerbehandlung, Meistbegünstigung, „performance requirements“ und Anforderungen an das Leitungspersonal. Der Vorbehalt ist der Division 93 des CPC zugeordnet, geht aber darüber hinaus: „Germany reserves the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of the Social Security System of Germany, where services may be provided by different companies or entities involving competitive elements which are thus not ‚Services carried out exclusively in the exercise of governmental authority‘.“ Dem Vorbehalt liegt die richtige und auch hier geteilte Vorstellung zugrunde, dass der Begriff der „governmental authority“ viele Bereiche der Erbringung sozialer Leistungen der Daseinsvorsorge nicht abdeckt. Der in dem Vorbehalt verwandte Begriff („Social Security System of Germany“) ist allerdings nicht eindeutig. Man kann ihn – insbesondere aufgrund der Großschreibung – als Bezeichnung für das gesamtstaatliche Sozialversicherungssystem „von Deutschland“ verstehen. In diesem Fall wäre er nicht geeignet, den Ländern und Gemeinden bei der Erbringung von Leistungen der sozialen Daseinsvorsorge Rückhalt zu geben. Man kann den Begriff aber auch umfassend als Bezeichnung für alle Maßnahmen der sozialen Sicherung lesen. Dann aber wäre es sinnvoller, die verwandten Begriffe nicht mit Großbuchstaben zu schreiben und vom „system of social security in Germany“ zu sprechen.

Der zweite Vorbehalt ist thematisch enger und bezieht sich lediglich auf den schon vom oben behandelten EU-Vorbehalt abgedeckten Bereich (CPC 933). Hier behält sich die Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich Maßnahmen hinsichtlich von privat finanzierten Dienstleistungen vor, und zwar mit Blick auf Marktzugang, Inländerbehandlung, „performance requirements“ und Leitungsfunktionen. Zudem wird mit Blick auf diesen Bereich der zuvor formulierte Vorbehalt wiederholt: „Germany reserves the right to adopt or maintain any measure regarding the Social Security System of Germany, where services are provided by different companies or entities involving competitive elements and might therefore not fall under the definition of the “Services carried out exclusively in the exercise of governmental authority”.“ Die vorstehend behandelte Problematik gilt auch hier.

(4) Vorbehalte im Bereich der Wasserwirtschaft

Auch die Vorbehalte hinsichtlich der Wasserwirtschaft verdienen einer näheren Betrachtung.⁹⁴ Die von der EU in Annex II erklärte Ausnahme für die Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser erstreckt sich nur auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung. Er erstreckt sich sachlich nicht auf den Bereich der Abwasserwirtschaft und inhaltlich nicht auf die Meistbegünstigung und den Investitionsschutz. Der Versuch der Bundesrepublik Deutschland, diese Lücke durch eine Erklärung in Annex II zu schließen, ist ebenfalls unvollständig. Zwar wird die Abwasserwirtschaft in der Erklärung zum Abfallmanagement eingeschlossen. Der Vorbehalt bezieht sich aber nicht auf die Inländerbehandlung, die Meistbegünstigung und den Investitionsschutz. Hat ein Unternehmen einmal im europäischen Markt Fuß gefasst, genießt es Schutz.

(5) Der Vorbehalt zugunsten der audio-visuellen Dienstleistungen

CETA sieht schließlich einen umfassenden EU-Vorbehalt zugunsten der Erbringung „audio-visueller Dienstleistungen“ vor. Eine Definition findet sich nicht; ebenso wenig wird ein CPC-Sektor angegeben. Man wird davon ausgehen müssen, dass dieser Vorbehalt den Bereich des öf-

⁹³ Annex II, S. 1574 f.

⁹⁴ Allgemein von Bedeutung insb. Kapitel „Initial provisions“, Art. X.08 „1. The Parties recognize that water in its natural state, such as water in lakes, rivers, reservoirs, aquifers and water basins, is not a good or a product and therefore, except for Chapter XX – Trade and Environment and Chapter XX – Sustainable Development, is not subject to the terms of this Agreement. 2. Each Party has the right to protect and preserve its natural water resources and nothing in this Agreement obliges a Party to permit the commercial use of water for any purpose, including its withdrawal, extraction or diversion for export in bulk. 3. Where a Party permits the commercial use of a specific water source, it shall do so in a manner consistent with the Agreement.“

fentlich-rechtlichen Rundfunkwesens umfassend abschirmt, auch wenn sich mit Blick auf die CPC Zweifel ergeben.⁹⁵ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass der Vertragspartner Kanada seinerseits sehr auf den Schutz der Funktionsfähigkeit des Kulturlebens bedacht ist.

cc) Keine umfassende Freistellung der Subventionsgewährung

Die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge unter Gewährung von Subventionen spielt eine wichtige Rolle. Diese Form der Sicherung der Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen gehört zu den üblichen und bewährten Formen der Gewährleistung von Daseinsvorsorge. Die Erbringung derjenigen Leistungen, auf die die Bürgerinnen und Bürger für eine den grundgesetzlichen Vorgaben genügende und den jeweiligen politischen Zielvorstellungen entsprechende Lebensführung angewiesen sind, wurde mühsam gegenüber der auf die Durchsetzung des Antisubventionsrechts drängenden EU gesichert. Der besondere Stellenwert, der den öffentlichen Dienstleistungen in Europa zukommt, wird heute in Art. 14 AEUV ausdrücklich anerkannt. Die Funktionsfähigkeit und Angemessenheit der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ wird vom Vertragsgeber des AEUV ausdrücklich garantiert.⁹⁶ Es besteht Anlass, den EU-rechtlich eröffneten Freiraum gegenüber CETA abzusichern.

Nach den oben getroffenen Feststellungen haben die Verhandlungspartner von CETA zwar festgelegt, dass die Marktzugangs- und Nichtdiskriminierungsregeln des Investitionskapitels nicht in Anschlag gebracht werden können, um die Gewährung von Subventionen an die Erbringer von Daseinsvorsorgeleistungen in Frage zu stellen. Keine Freistellung findet sich aber mit Blick auf das Prinzip der billigen und gerechten Behandlung und den Enteignungsschutz (Kapitel „Investment“, Art. X.14 (5b)). Hier bedarf es der Einführung von Vorkehrungen, um sicher zu stellen, dass nicht die Freiheit der Gewährung von Subventionen durch die Hintertüre in Frage gestellt wird.

dd) Fazit

Die vorstehende Analyse hat ergeben, dass die von der EU und der Bundesrepublik Deutschland eingelegten Vorbehalte den Bereich der von den Ländern und Gemeinden erbrachten Daseinsvorsorge nur partiell abdecken. Die in dem Abkommen bislang enthaltenen Vorbehalte sind so formuliert, dass sie zu Unklarheit und möglichen Konflikten führen können. Nach den oben getroffenen Feststellungen reicht insbesondere die bisher im Text vorhandene pauschale und unzulänglich legaldefinierte Freistellung der „exercise of governmental authority“ nicht aus, um das ordnungsgemäße Funktionieren von öffentlichen Dienstleistungen zu sichern. Während im EU-Recht inzwischen der Wert der Daseinsvorsorge nicht nur allgemein anerkannt wird, sondern sich auch in Bereichsdogmatiken (etwa des EU-Beihilferechts) niedergeschlagen hat, fehlt es in CETA bislang an einer differenzierten und den Belangen von Ländern und Gemeinden entsprechenden Regelung.

Angesichts der Unsicherheit, wie weit der Vorbehalt des Bereichs der „exercise of governmental authority“ reicht (Kapitel „Investment“, Art. X.3), muss jedenfalls sichergestellt werden, dass die politisch besonders wichtigen Bereiche von Vorbehalten im Sinne von Annex I oder Annex II erfasst werden. Es bedarf gründlicher politischer Prüfung, ob die von der EU und von Deutschland erklärten Vorbehalte (siehe vorstehend B. I. 2. b) bb)) den politischen Vorstellungen von Land und Gemeinde entsprechen. Dies gilt etwa für die Entscheidung, im Bereich der Abfallwirtschaft und der Bodenbewirtschaftung zwar die Entscheidung über den Marktzugang vorzubehalten, sich aber im übrigen den Liberalisierungspflichten des Kapitels „Investment“ zu unter-

⁹⁵ Dazu unten B. I. 2. c) aa) (1).

⁹⁶ Vgl. auch die Definition im Kapitel „Competition“, Art. X-04 (Definition von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse).

werfen. Man sollte ferner fragen, ob nicht Raum für wirtschaftliche Bedarfsprüfungen („economic needs tests“) geschaffen werden sollte. Die Beurteilung, ob es nicht eines weitergehenden Schutzes von Freiräumen der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge ohne den Konkurrenzdruck ausländischer Investoren bedarf, obliegt nicht der Rechtswissenschaft. Aus wissenschaftlicher Perspektive ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die kanadischen Provinzen in erheblichem Umfang durchgesetzt haben, dass ihre Interessen sich in Vorbehalten niederschlagen haben. Das Abkommen würde es auch den Ländern und Gemeinden ermöglichen, eigene Vorbehalte zu erklären; sie müssten allerdings über die EU-Kommission als Verhandlungsführer auf europäischer Seite eingespeist werden.

Angesichts des Umstandes, dass Daseinsvorsorgeleistungen häufig unter Begründung von Sonderrechten erbracht werden, könnte es auch sinnvoll sein, zugunsten der Daseinsvorsorge in den Bestimmungen des Kapitels über „State enterprises, monopolies and enterprises granted special rights“ einen umfassenden Funktionsvorbehalt vorzusehen. Es muss sichergestellt werden, dass die Funktionsfähigkeit der genannten Unternehmen im Bereich der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge nicht durch die Anwendung des Investitionskapitels oder des Kapitels über grenzüberschreitende Dienstleistungen beeinträchtigt wird.

c) Regulierungs- und Gestaltungszuständigkeit im Bereich Kultur

Spannungen zwischen dem politischen Gestaltungsauftrag von Ländern und Gemeinden und den Vorgaben von CETA können auch im Bereich der Kultur entstehen. In diesem Abschnitt soll zunächst aufgezeigt werden, dass der Bereich des Kulturlebens nicht umfassend über Ausnahme- und Vorbehaltsklauseln freigestellt ist (nachfolgend aa)). In den Bereichen, die der Disziplin von CETA unterliegen, stellt sich die Frage nach der Reichweite von Ausnahmeklauseln (nachfolgend bb)). Zur Klarstellung ist zu betonen, dass es hier im folgenden nicht um die Frage geht, inwieweit die hoheitliche Erbringung von Leistungen des Kulturlebens vor der durch den Markteintritt kanadischer Unternehmen entstehenden Konkurrenz geschützt werden kann (das war Thema des vorstehenden Abschnitts „Daseinsvorsorge“). Es geht vielmehr um die Frage, inwieweit Länder und Gemeinden in einem Marktumfeld Maßnahmen zum Schutz kulturpolitischer Anliegen treffen können.⁹⁷

aa) Ausnahme- und Vorbehaltsklauseln

(1) Unschärfen hinsichtlich des Begriffs der audio-visuellen Dienstleistung

Die EU unterwirft den Bereich der Kultur grundsätzlich der Disziplin von CETA.⁹⁸ Während Kanada einen allerdings beschränkten Vorbehalt für den Bereich der Kultur erklärt, nimmt die EU nur die audio-visuellen Dienstleistungen aus, und dies nur mit Blick auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung.⁹⁹ Es erscheint sinnvoll, genauer zu definieren, welchen Inhalt der Begriff der audiovisuellen Dienstleistung hat. Sinnvoll erscheint es in diesem Zusammenhang auch, die Sektoren in der CPC zu bezeichnen, die erfasst werden. Nach den Regelungen der heutigen

⁹⁷ Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass auch das Kapitel „Public Procurement“ bedeutsame Beschränkungen enthält. Insbesondere sind bestimmte Formen der regionalen und lokalen Förderung (sog. „offsets“) ganz verboten (vgl. Kapitel „Investment“, Art. 1 lit. k) („offset means any condition or undertaking that encourages local development“)).

⁹⁸ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Auffassung, dass die EU schon im Rahmen positiver spezifischer Verpflichtungen nach dem GATS-Abkommen weitgehende Verpflichtungen eingegangen ist. Gleichwohl können sich aus einer erneuten (selbst vom Wortlaut her deckungsgleichen) Bindung zusätzliche Einschränkungen ergeben, weil keinesfalls sicher ist, dass die Abkommensbestimmungen im GATS-Kontext die gleiche Interpretation erfahren wie im Bereich von CETA.

⁹⁹ Kapitel „Investments“, Art. X 1.3: „For the EU, the Section on Establishment of Investments and Section on Non-Discriminatory Treatment do not apply to measures with respect to Audiovisual services.“

CPC gehört zwar die Herstellung von Film-, Fernseh-, Radio-, Video- und Soundproduktionen zu den audiovisuellen Dienstleistungen, nicht aber deren Übertragung. Die Übertragungsdienste („broadcasting, programming and programme distribution services“) werden heute als Teil des Telekommunikationssektors („Telecommunications, broadcasting and information supply services“) angesehen. Ebenfalls sollte die Ausnahme auch auf das Investitionsschutzkapitel (Kapitel „Investment“, Section 4) erstreckt werden. Andernfalls könnten über den „FET“-Standard materielle Regelungsbefugnisse in Frage gestellt werden. Eine Klarstellung scheint vor allem deshalb sinnvoll, um außer Frage zu stellen, dass die Verantwortung der Länder für den Bereich des (privaten) Rundfunks weiterhin unbeschränkt wahrgenommen werden kann.

(2) Begrenzte Freistellung des übrigen Kultursektors

Im Wege eines Vorbehalts in Annex II werden im übrigen gewisse Bereiche des Kulturlebens freigestellt.¹⁰⁰ Die Freistellung bezieht sich auf Marktzugang, Meistbegünstigung, Inländerbehandlung, „performance requirements“ und das Leitungspersonal. Sachlich erfasst der Vorbehalt zunächst den CPC Sektor 963.¹⁰¹ Es geht hier um die Sicherung eines gesellschaftlichen Gedächtnisses (Bibliotheken, Archive, Museen und der Schutz erhaltenswerter Gebäude und Orte). Erfasst werden auch botanische und zoologische Gärten sowie Naturschutz- und Tierschutzdienstleistungen. Der Vorbehalt greift umfassend und erlaubt jede Form der Regelung. Ähnlich umfassend greift der Vorbehalt der EU im Bereich CPC 964.¹⁰² Demgegenüber fällt der Vorbehalt hinsichtlich CPC Sektor 961¹⁰³ zurückhaltender aus. Hier geht es lediglich darum, folgende Maßnahmen zu legitimieren: „measures requiring establishment and restricting the cross-border provision of entertainment services“. Beschränkungen eines Investors, der sich bereits niedergelassen hat, sind nicht vorgesehen. Die Filmwirtschaft wird nicht von der EU geschützt. Hier sehen einige EU-Mitgliedstaaten weitergehende Vorbehalte vor.

Die Bundesrepublik Deutschland betont in einem von ihr formulierten Vorbehalt, dass sie mit Blick auf den erstgenannten Bereich (CPC 963) „any measure with respect to the provision of libraries, archives, museums and other cultural services“ ergreifen kann. Auffällig ist, dass sie darauf verzichtet, sich für den Bereich der Unterhaltungsdienstleistungen (CPC 961) die von der EU offen gelassenen Bereiche umfassend vorzubehalten. Ausländische Unternehmen, die sich im Bereich CPC 961 unter dem Schutz von CETA in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen haben, genießen damit nicht nur einen Anspruch auf Inländerbehandlung. Dies schränkt die Freiheit der Länder und Gemeinden, durch Erlass differenzierender Maßnahmen spezifische kulturpolitische Ziele zu verfolgen, nicht unerheblich ein.

bb) Reichweite des „right to regulate“

Im folgenden soll es um die Frage gehen, inwieweit die kulturpolitischen Wahrnehmungszuständigkeiten von Ländern und Gemeinden in jenen Bereichen, in denen keine Vorbehalte begründet sind, durch Regelungen von CETA eingeschränkt werden. Dabei ist im Blick zu behalten, dass die diesbezüglichen Kompetenzen von Ländern und Gemeinden im föderalen Gefüge der grundgesetzlichen Ordnung begrenzt sind. Im Hinblick darauf, dass der Bund den Bereich des kulturelevanten Wirtschaftsrechts weitgehend durch Bundesgesetz ausgefüllt hat, bleiben Bund und Ländern nur geringe, gleichwohl aber gewichtige und für das föderale Leben prägende Spielräume.

¹⁰⁰ Annex II, S. 1507.

¹⁰¹ Provision of library, archive, museum, and other cultural services.

¹⁰² Sporting services, Recreation park and beach services; other recreational services.

¹⁰³ Theatrical producer, singer group, band and orchestra entertainment services; Services provided by authors, composers, sculptors, entertainers and other individual artists; Ancillary theatrical services; Circus, amusement park and similar attraction services; Ballroom, discotheque and dance instructor services; Other entertainment services.

Soweit nicht die vorstehend behandelten Vorbehalte greifen, werden kanadische Unternehmen nach Inkrafttreten von CETA das Recht auf Marktzugang haben. Monopole sind im Kulturbereich dann grundsätzlich ebenso verboten wie Quoten etc. CETA macht deutlich, dass erstrebte Marktöffnung für ausländische Investoren nur im Rahmen der legitimen Ordnungsvorgaben erfolgen soll, die der Aufnahmestaat für die wirtschaftliche Betätigung vorsieht. Das Abkommen erwähnt im Kapitel „Investment“, Art. X.4, eine Reihe von Regelungskomplexen, die einem eintrittswilligen Unternehmen entgegen gehalten werden können.¹⁰⁴ Auffällig ist allerdings, dass sich mit Blick auf *Regelungen kulturpolitischer Art* keine entsprechende Klausel findet. Es wäre insofern sinnvoll, im Wortlaut von CETA nicht nur zum Ausdruck zu bringen, dass die aufgezählten Regelungsbereiche nicht abschließend sind. Es läge im Interesse des Landes und der Gemeinden, das Kapitel „Investment“, Art. X.4, um eine Bestimmung zu ergänzen, wonach Regelungen zum Schutz kulturpolitischer Anliegen ebenfalls nicht als Beschränkung des Marktzugangsrechts angesehen werden können. Denkbar wäre es, in diesem Zusammenhang auf die in der Präambel erwähnte UNESCO-Konvention zu verweisen.¹⁰⁵

Nach der Regelungstechnik von CETA könnten Beschränkungen und Beeinträchtigungen der Liberalisierungsverpflichtung über die im Kapitel „Exceptions“ vorgesehenen Ausnahmetatbestände gerechtfertigt werden. Auch hier fällt auf, dass sich die Verhandlungspartner von CETA nicht darum bemüht haben, dem Bereich der Kultur einen eigenständigen und angemessenen Raum zu verschaffen. Nur in Art. XX lit. (f) GATT 1994 findet sich eine Klausel von allerdings begrenzter Tragweite. Diese Auslassung ist insbesondere deshalb auffällig, weil die Präambel dem Bereich der Kultur angemessene Berücksichtigung schenkt. Man kann sich des Eindrucks nicht ganz verschließen, dass zwischen der Programmatik der Präambel und den konkreten operativen Bestimmungen bewusst eine Differenz geschaffen wurde. Natürlich ist es denkbar, den Versuch zu unternehmen, Anliegen der Kulturpolitik in eine der im Kapitel „Exceptions“ enthaltenen Klauseln hinein zu lesen. Vor allem die Klausel im Kapitel „Exceptions“, Art. X.02 Nr. 2 lit. (c) böte sich an. Allerdings geht es hierbei nur um Maßnahmen, die allgemeinere Gesetze durchsetzen. Und in jedem Fall würde man sich auf ein Feld begeben, in dem wenig Klarheit herrscht und in dem jedenfalls Streit entstehen kann. Eine Klarstellung wäre sinnvoll.¹⁰⁶

Von besonderer Bedeutung ist noch ein weiterer Punkt. Für die Erhaltung der Gestaltungsspielräume, die den Ländern und Gemeinden nach dem Grundgesetz eingeräumt sind, ist es von Bedeutung, sicherzustellen, dass die auf der Grundlage von Kapitel „Investment“, Art. X.9 – X.13, vorgesehene Schiedsgerichtsbarkeit die den Ländern und den Gemeinden eröffneten Spielräume respektiert. Bei einer oberflächlichen Betrachtung scheint es hier keine Probleme zu geben. Nehmen die Länder oder Gemeinden ihren legitimen Gemeinwohlaufrag durch Festlegung von Tätigkeitsanforderungen an ein auf ihrem Gebiet operierendes Unternehmen wahr, so wird dies regelmäßig nicht mit dem „Fair-and-equitable-treatment“-Standard („FET“-Standard) kollidieren, wie er in CETA formuliert ist. Allerdings enthält CETA keine ausdrückliche Regelung des Inhalts, dass die Ausübung legitimer Gestaltungsspielräume nach Kapitel „Investment“, Art. X.4, niemals als eine Verletzung des „FET“-Standards betrachtet werden kann. Die Schiedsgerichte, die auf der Basis von CETA agieren, könnten ohne weiteres dem „FET“-Standard im Wege schiedsrichterlichen Aktivismus eine Bedeutung zuschreiben, die die Handlungsmöglichkeiten

¹⁰⁴ Oben ist bereits darauf hingewiesen worden, dass für die Länder und Gemeinden die Hinweise auf (bau-)planerische Regelungen sowie auf Maßnahmen zur Erhaltung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen und der Umwelt von besonderer Bedeutung sind.

¹⁰⁵ Vgl. mit Blick auf TTIP: Dederer, TTIP und Kultur, Effektive Sicherung staatlicher Regulierung zum Schutz und zur Förderung kultureller Vielfalt im geplanten Freihandelsabkommen EU-USA, Februar 2015.

¹⁰⁶ Die Ausnahmeklauseln im Kapitel „Exceptions“ bilden nicht mehr als eine letzte Verteidigungslinie, die in besonderen Fällen unter engen Voraussetzungen zur Anwendung kommen können und dabei eine Vielzahl von Unwägbarkeiten aufwerfen. Auch wenn sich die WTO-Streitbeilegungsgremien in den letzten zwei Jahrzehnten für eine Sichtweise geöffnet haben, die legitimen Gemeinwohlzielen (Umweltschutz etc.) eine gewichtige Wertigkeit zuerkennt, bleibt doch der Ausgang von streitigen Verfahren in hohem Maße unsicher. Dem Interesse von Ländern und Gemeinden entspricht es, die Bereiche, in denen sie legitime Gemeinwohlziele verfolgen, ausdrücklich zu bezeichnen und freizustellen.

der Länder und Gemeinden in einer vom Vertragsgeber nicht vorgesehenen Weise einschränkt. So steht einem Land oder einer Gemeinde nach materiellem EU-Recht ebenso wie nach materiellem CETA-Recht die Freiheit zu, den Erbringer einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu subventionieren.¹⁰⁷ CETA stellt nicht sicher, dass die Begünstigung von Konkurrenten nicht als „unfaire“ Behandlung eines aus Kanada stammenden Unternehmens angesehen wird. Auch wenn eine Ausdehnung des Vorwurfs „unfairer Behandlung“ auf derartige (legitime) Unterstützungsleistungen angesichts der Definitionen eher fern liegt, wäre eine ausdrückliche Klarstellung durchaus sinnvoll.

Ebenso wenig ist sicher gestellt, dass das „Trade Committee“ seine Befugnis zur Fortbildung des „FET“-Standards nicht in einer Weise ausübt, die zu einer Beschränkung der legitimen Gemeinwohlverantwortung von Ländern und Gemeinden führt.¹⁰⁸ Ein Abgleich und ein ausdrücklicher Hinweis auf die Unantastbarkeit der Regelungsbefugnisse von (Bund,) Ländern und Gemeinden erscheint notwendig. Sicherzustellen ist, dass das FET-Prinzip nicht zu einer Unterminierung der substanziellen Regelungsbefugnisse von Ländern und Gemeinden führt.

Ähnliche Probleme existieren mit Blick auf den Schutzstandard des Enteignungsverbots. Auch hier sieht CETA keinen Abgleich des materiellen „right to regulate“ mit den Bestimmungen über die (indirekte) Enteignung vor. Zwar findet sich im Kapitel „Investment“, Annex Art. X.11, eine Definition des Begriffs. Es wird auch festgestellt, dass im Fall einer indirekten Enteignung grundsätzlich keine Entschädigung zu leisten ist.¹⁰⁹ Die Gefahr lässt sich aber nicht ausschließen, dass der Begriff der indirekten Enteignung (und das damit verbundene Stigma) auf Maßnahmen der Länder und Gemeinden angewandt wird, die nach dem materiellen Recht statthaft sind. Um ein Beispiel zu nennen: Zwar liegt es eigentlich nahe anzunehmen, dass die Wahrnehmung legitimer Regulierungs- und Gestaltungs Kompetenzen selbst dann, wenn sie zum Rückgang erwarteter Gewinne eines Investors führt, nicht als indirekte Enteignung angesehen werden kann. Angesichts des Umstandes, dass in Kapitel „Investment“, Art. X.3, Gewinnerwartungen als geschützte Investition definiert werden, bleiben aber interpretatorische Unsicherheiten, die sinnvollerweise durch eine Klarstellung beseitigt werden. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass Schiedsgerichte eigene Standards über die Legitimität von investitionsrelevanten Regelungen der Länder und Gemeinden entwickeln und sich bei der Beurteilung des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines öffentlichen Interesses an deren Stelle setzen.

In der „Executive Summary“ wird ein Formulierungsvorschlag vorgestellt, der der vorstehend beschriebenen Problematik entgegenwirkt.

cc) Anforderungen des Kapitels „domestic regulation“

Abschließend sei nochmals darauf hingewiesen, dass sich aus dem Kapitel „domestic regulation“ bislang kaum absehbare Pflichten ergeben.¹¹⁰ Dem Wortlaut der Bestimmungen lässt sich entnehmen, dass die Anwendung von investitionsrelevanten Regelungen potentiell weitreichenden Bindungen unterworfen wird, die die Freiheit der Vertragsparteien bei der Durchführung von Zulassungsregeln und Tätigkeitsanforderungen stark begrenzen können. Bislang ist nicht absehbar, welche praktische Bedeutung die Regelungen einmal entwickeln werden. Auch hier wären klarere Vorbehalte zugunsten des Kultursektors wichtig.

¹⁰⁷ Zu den EU-rechtlichen Grenzen: EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747.

¹⁰⁸ Vgl. auch die Parallelproblematik aus Kapitel „Investment“, Art. X.27 Abs. 2 (oben Fn. 68).

¹⁰⁹ Kapitel „Investment“, Annex Art. X.11 Abs. 3: „For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.“

¹¹⁰ Hierzu schon oben unter B. I. 1. c) bb) (1).

In der „Executive Summary“ wird ein Formulierungsvorschlag vorgestellt, der der vorstehend beschriebenen Problematik entgegenwirkt.

d) Regulierungs- und Gestaltungszuständigkeit im Bereich Erziehung und Bildung

Der Bereich von Erziehung und Bildung fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich von CETA. Allerdings finden sich weitreichende Vorbehalte, die den Ländern und Gemeinden die wesentlichen Handlungsbefugnisse erhalten.¹¹¹

aa) Die Reichweite von Vorbehalten

Von Bedeutung ist zunächst der Vorbehalt, den die EU in Annex II im Bereich der „education services“ (CPC 92) eingelegt hat.¹¹² Dieser Vorbehalt ist umfassend und erstreckt sich sowohl auf den Bereich des Marktzugangs als auch auf Inländerbehandlung, „performance requirements“ und Leitungspersonal. Der Vorbehalt erstreckt sich zum einen umfassend auf den Bereich der öffentlich finanzierten Erziehung und Bildung: „The EU reserves the right to adopt or maintain any measure with regard to the provision of all educational services which receive public funding or State support in any form, and are therefore not considered to be privately funded.“ Darüber hinaus erklärt die EU für die überwiegende Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten auch einen Vorbehalt hinsichtlich bestimmter Formen der Bereitstellung privat finanzierter Bildung (CPC 929). Dieser Vorbehalt gilt allerdings nicht für den Bereich der primären, sekundären, höheren oder Erwachsenenbildung. Hier greift grundsätzlich die Pflicht zur Marktöffnung, wenn nicht von Seiten des EU-Mitgliedstaats selbst ein weitergehender Vorbehalt eingelegt wird. Dies haben einige Mitgliedstaaten, wie z.B. Österreich, gemacht, nicht aber Deutschland.

Die auf diese Weise formulierten Vorbehalte leiden nicht unter inhaltlicher Unklarheit. Es ist eine politische Frage, inwieweit man den privat finanzierten Erziehungsbereich über CETA für ausländische Investoren öffnen will.

bb) Reichweite des „right to regulate“/Anforderungen des Kapitels „domestic regulation“

Im übrigen ergeben sich für den Bereich der Erziehung und Bildung keine grundlegenden Unterschiede zu den Feststellungen, die zum Bereich Kultur getroffen wurden.¹¹³ Erwähnenswert ist allein, dass sich in Art. XX GATT 1994 und im Kapitel „Exceptions“ keine ausdrückliche Rechtfertigung erziehungs- und bildungspolitischer Maßnahmen findet. Es wäre wünschenswert, wenn die Verhandlungspartner diese Lücke schließen. Die Länder und Gemeinden müssen sicher stellen, dass für Wahrnehmung ihrer gemeinwohlsichernden Regelungsinteressen weiterhin angemessener Raum bleibt.¹¹⁴

¹¹¹ Zur Tragweite der Verpflichtungen aus GATS: Cremer/Poscher/Lange, Bildungsdienstleistungen und GATS - unter besonderer Berücksichtigung der Grundschulen und der weiterführenden Schulen in Deutschland, ZeuS 2011, 115; Reimold, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, 2010.

¹¹² Annex II, S. 1508.

¹¹³ Vorstehend B. I. 2. c).

¹¹⁴ Nochmals kann an dieser Stelle auf das Potential und die Gefahren der "binding interpretations" in Kapitel „Investment“, Art. X.27 Abs. 2, hingewiesen werden.

II. Grenzüberschreitende Dienstleistungen

Die Regelungs- und Gestaltungsinteressen von Ländern und Gemeinden können auch durch den Vorgang der grenzüberschreitenden Dienstleistung berührt werden. Im Kultursektor ist dies etwa mit Blick auf die grenzüberschreitende Übertragung von Fernsehsendungen der Fall; im Bildungssektor geht es etwa um den künftig immer mehr Gewicht annehmenden Bereich der über das Internet vermittelten Bildung.

1. Vorgaben von CETA

CETA verfolgt den Zweck, auch den transnationalen Handel mit Dienstleistungen zu liberalisieren. Das Abkommen sieht ein persönlich, sachlich und inhaltlich umfassendes Regime vor, das den Dienstleistungsverkehr liberalisieren und Handelshemmnisse beseitigen soll.

a) Sachliche Reichweite

Dem Abkommen liegt ein grundsätzlich umfassender sachlicher Geltungsanspruch zugrunde. Die Verhandlungspartner haben sich dagegen entschieden, einen „Positivlisten“-Ansatz zu wählen, der zur Folge hätte, dass nur die ausdrücklich erfassten Dienstleistungen dem vertraglichen Regime unterworfen würden. Dies wird teilweise kritisiert, ohne dass zu erwarten wäre, dass diese Kritik zu einem Umdenken führen wird. Der gewählte Ansatz bringt es mit sich, dass auch neue Dienstleistungen automatisch erfasst werden, wenn sie nicht unter eine Ausnahme fallen.

aa) Vertragliche Ausnahmen

In dem Abkommen werden mehrere Gruppen von Dienstleistungen ausgenommen. Für die hier untersuchte Fragestellung sind die folgenden sachlichen Beschränkungen von Bedeutung.

Keine Anwendung findet das Dienstleistungsregime von CETA auf Dienstleistungen, die in Ausübung öffentlicher Gewalt erbracht werden,¹¹⁵ auf audio-visuellen Dienstleistungen¹¹⁶, hinsichtlich der öffentlichen Beschaffung von Dienstleistungen für amtliche Zwecke¹¹⁷ und im Hinblick auf Subventionen und die amtliche Unterstützung des Handels mit Dienstleistungen.¹¹⁸

bb) Spezifische Vorbehalte seitens der Vertragsparteien

Das Abkommen sieht zwei Vorbehaltstypen vor.

(1) Bestehende Hindernisse (Annex I)

Auch im Dienstleistungsbereich sieht das Abkommen eine Altfallregelung („grandfather clause“) vor. Hier können bestehende Regelungen, die mit der Verpflichtung zu Meistbegünstigung, Marktzugang und Inländerbehandlung in Konflikt stehen, unter bestimmten Voraussetzungen aufrechterhalten und fortgeführt werden.¹¹⁹

Die EU nimmt diese Befugnis nicht in Bereichen in Anspruch, die für die Länder und Gemeinden von Bedeutung sind.

¹¹⁵ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-01 2. (a).

¹¹⁶ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-01 2. (b). Diese Beschränkung gilt nur für die EU. Zugunsten Kanadas sind alle Bereiche der Kulturwirtschaft („cultural industries“) ausgenommen.

¹¹⁷ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-01 2. (f). Die Anwendung der Bestimmungen über das Beschaffungswesen (Kapitel „Public Procurement“) ist damit nicht ausgeschlossen.

¹¹⁸ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-01 2. (g).

¹¹⁹ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-06.

Die Bundesrepublik Deutschland hat zur Absicherung bestehender Beschränkungen Vorbehalte angebracht, die sich vor allem auf die Sicherung der Rechtsstellung von Rechtsanwälten, Patentanwälten, Wirtschaftsprüfern und Berufsgruppen im Gesundheitswesen konzentrieren. Im hier interessierenden Kontext ist nur der auch im Investitionssektor eingelegte folgende Vorbehalt von Bedeutung:

- Gesundheits- und soziale Dienstleistungen (Rettungs- und Krankentransportdienstleistungen) (gesamtstaatliche und nachgelagerte Ebene) (Inländerbehandlung)¹²⁰.

Anders als die kanadischen Provinzen haben die Länder keine eigenen Vorbehalte angebracht. Besondere Vorbehalte der Gemeinden sind nach Art. X-06 1 (iv) denkbar. Im Abkommen sind Vorbehalte deutscher Gemeinden bislang aber nicht vorgesehen.

Auch im Dienstleistungsbereich greift für Vorbehalte nach Annex I der „ratchet“-Mechanismus.¹²¹

(2) Sicherung künftiger Freiräume (Annex II)

Das Abkommen sieht darüber hinaus vor, dass die Vertragsparteien Vorbehalte erklären können, um sich die Freiheit zum künftigen Erlass von Beschränkungen zu erhalten (Annex II).¹²² Die Artikel X-02 (Inländerbehandlung), X-04 (Meistbegünstigung) und X-05 (Marktzugang) sind danach nicht auf Maßnahmen anwendbar, die eine Vertragspartei im Hinblick auf Bereiche oder Aktivitäten ergreift oder aufrechterhält, die in die Vorbehaltsliste des Annex II aufgenommen worden sind.¹²³ Die Freiheit der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen kann danach nur mit Blick auf Meistbegünstigung, Marktzugang und Länderbehandlung eingeschränkt werden. Einen Vorbehalt, neue „performance requirements“ zu erlassen oder Anforderungen an die Leitungsebene zu stellen, sieht das Abkommen im Dienstleistungssektor nicht vor. Die Vorbehalte gelten grundsätzlich auch für die nachgeordneten Ebenen.¹²⁴

Die EU nimmt diese Befugnis im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in einer Reihe von Bereichen in Anspruch, die für die Länder und Gemeinden von Bedeutung sind. Die Vorbehalte decken sich weitgehend, aber eben nicht vollständig mit den Vorbehalten zum Investitionskapitel:

- Sammlung, Reinigung und Verteilung von Wasser (Marktzugang, Inländerbehandlung);

¹²⁰ „Rescue services and "qualified ambulance services" are organised and regulated by the Länder. Most Länder delegate competences in the field of rescue services to municipalities. Municipalities are allowed to give priority to not-for-profit operators. This applies equally to foreign as well as domestic service providers. Ambulance services are subject to planning, permission and accreditation. Telemedicine may only be provided in the context of a primary treatment involving the prior physical presence of a doctor. 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.“

¹²¹ Änderungen des Rechts eines Vertragspartners sind laut Kapitel „Cross-border-delivery of services“, Art. X-06.1.(c), nur zulässig „to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Articles X-02 (National Treatment), X-04 (Most-Favoured-Nation Treatment) and X-05 (Market Access).“

¹²² Seite 1497 ff.

¹²³ Seite 735 ff. des Vertragstextes. Die kanadischen Vorbehalte (Annex I und II) finden sich auf den S. 739-1105. Die EU-Vorbehalte finden sich auf den S. 1200-1496 (Annex I) und S. 1497-1634 (Annex II).

¹²⁴ „A reservation taken at the level of the European Union applies to a measure of any EU Member State at the national level as well as a measure of a government within a EU Member State, unless the reservation excludes a EU Member State. A reservation taken at the national level by Canada or by an EU Member State applies to a measure of a government at regional, provincial, territorial or local level within that country.“

- Notar- und Beglaubigungsdienstleistungen (Marktzugang, Inländerbehandlung, oberes Management und Leitungsgremien);
- Unterhaltungs-, Kultur- und Sportdienstleistungen (Kulturdienstleistungen) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsaufgaben, oberes Management und Leitungsgremien);
- Unterhaltungs-, Kultur- und Sportdienstleistungen (Wetten) (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsaufgaben, oberes Management und Leitungsgremien);
- Bildungsdienstleistungen (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leistungsaufgaben, oberes Management und Leitungsgremien);
- Gesundheits- und soziale Dienstleistungen (Marktzugang, Inländerbehandlung);

Der im Bereich der Investitionen erklärte „public utilities“-Vorbehalt findet sich im Bereich der Dienstleistungen nicht, ebensowenig der Vorbehalt öffentlich finanzierter Sozialdienstleistungen.

Die Bundesrepublik erklärt Vorbehalte in den folgenden Bereichen:

- Abfallbewirtschaftung (Abwasser, Abfallbeseitigung, sanitäre Versorgung) (Marktzugang);
- Umweltdienstleistungen (Bodenbewirtschaftung) (Marktzugang);
- Freizeit-, Kultur- und Sportdienstleistungen (Unterhaltungsdienstleistungen) (Marktzugang, Inländerbehandlung, „performance requirements“, oberes Management und Leitungsgremien),
- Bestattungsdienstleistungen (Marktzugang, Inländerbehandlung, Leitungsgremien).

Die im Bereich der Gesundheits- und sozialen Dienstleistungen erklärten Vorbehalte betreffen demgegenüber nur den Investitionsbereich.¹²⁵ Die Länder und Gemeinden haben auch hier keine spezifischen Vorbehalte eingelegt.

b) Inhaltliche und persönliche Reichweite

aa) Umfassende Pflicht zur Meistbegünstigung

Die Vertragsparteien sind – vorbehaltlich der Einleitung eines Vorbehalts - verpflichtet, den Dienstleistungserbringern Meistbegünstigung („most favoured nation treatment“) zukommen zu lassen.¹²⁶ Die Benachteiligung der Dienstleistungen eines Erbringers aus einem CETA-Vertragsstaat gegenüber den Erbringern eines anderen Staats ist damit ausgeschlossen. Das Abkommen macht deutlich, dass es sich auch in diesem Punkt an die nachgeordneten Träger von Hoheitsgewalt in den EU-Mitgliedstaaten richtet.¹²⁷

bb) Beschränkte Pflicht zur Eröffnung des Marktzugangs

Darüber hinaus zielt CETA darauf ab, den Marktzugang von Dienstleistungserbringern zu erleichtern. Die diesbezüglichen Vorgaben sind allerdings begrenzt: Nach Art. X-05 gilt:

„Neither Party may adopt or maintain, 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 governments, measures that impose limitations on:
 (a) the number of service suppliers, whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirement of an economic needs test;

¹²⁵ S. 1574-1576.

¹²⁶ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-04.

¹²⁷ Art. X-04 Abs. 2: For greater certainty, the treatment accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a government in Canada other than at the federal level, or, with respect to a government of or in a European Member State, the treatment accorded, in like situations, by that government in its territory to services or service suppliers of any third country.“

- (b) the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;
- (c) the total number of service operations or the total quantity of services output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test.“

Den Institutionen der Vertragsparteien wird damit die Möglichkeit genommen, in den sachlich erfassten Bereichen Quoten vorzusehen, Monopole einzurichten oder den Marktzugang von der Prüfung eines wirtschaftlichen Bedarfs abhängig zu machen. Untersagt werden sowohl Regelungen, die am Maßstab der Zahl der Dienstleistungserbringer anknüpfen (lit. (a)), als auch solche, die den Wert der Dienstleistungen zum Maßstab nehmen (lit. (b)) oder die konkreten Dienstleistungstransaktionen zum Maßstab nehmen (lit. (c)). Das Abkommen macht deutlich, dass diese Pflicht umfassend auch für regionale und lokale Stellen gilt. Landes- oder kommunalrechtlich begründete Monopole im Dienstleistungssektor wären, wenn kein Vorbehalt greift, damit *prima facie* verboten und rechtfertigungsbedürftig.

cc) Inländerbehandlung

Das Abkommen sieht darüber hinaus vor, dass die Vertragspartner den Dienstleistungserbringern der jeweils anderen Seite Inländerbehandlung gewähren.¹²⁸ Diese Pflicht gilt auch für die Länder und Gemeinden.¹²⁹

dd) Fortbestehende Freiheit zur Regulierung von Dienstleistungen

CETA zielt nicht darauf ab, die Regulierung der Erbringung von Dienstleistungen „hinter der Grenze“ einer umfassenden Kontrolle zu unterwerfen. Das Abkommen bestimmt, dass die Vertragsparteien nicht daran gehindert sind, formale Anforderungen („formal requirements“) in Verbindung mit der Erbringung der Dienstleistung zu stellen oder aufrecht zu erhalten, wenn und soweit diese nicht in einer Weise angewandt werden, die eine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung mit sich bringt.¹³⁰ Das Abkommen enthält eine längere und nicht abschließende Aufzählung, in der derartige Anforderungen beispielartig aufgezählt werden.¹³¹ Danach sind nicht nur Zulassungserfordernisse, sondern auch die Pflicht zur Mitgliedschaft in einer berufsständischen Vereinigung zulässig.

c) Ausnahmen

CETA sieht vor, dass die Vertragsparteien auch im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung zum Schutz eines abschließend aufgelisteten Kanons von Zielen Beschränkungen rechtfertigen können. Im Kapitel „Exceptions“, Art. X.02, wird die oben bereits zitierte Liste auch für den Bereich des „Cross-Border Trade in Services“ für anwendbar erklärt.

Die Bedeutung der Ausnahmen, die im Dienstleistungskapitel zugunsten der „cultural industries“ begründet werden, wird besonders hervorgehoben.¹³²

Dass das Kapitel über Staatsunternehmen, Monopole und Unternehmen mit besonderen Rechten keinen Schutz gewährt, ist bereits festgestellt worden.¹³³

¹²⁸ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-02.

¹²⁹ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-02 Abs. 2.

¹³⁰ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-03.

¹³¹ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-03.

¹³² Kapitel „Exceptions“, Art. X-08.

¹³³ Oben S. B. II. 1. a) aa).

2. Einschränkungen der Handlungsfreiheit von Land und Gemeinden

Der vorstehenden Beschreibung lässt sich entnehmen, dass CETA zu einer beachtlichen Öffnung und Neuordnung der Dienstleistungsmärkte in den Vertragsstaaten (und damit auch in der Bundesrepublik Deutschland) führen würde. Auch der Handlungsspielraum der Länder und Gemeinden wird dadurch berührt. Dies soll im folgenden skizziert werden.

a) Staatliche Verantwortlichkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge

Auch im Dienstleistungsbereich können sich zwischen dem legitimen Anliegen von Ländern und Gemeinden, die allgemeine und kostengünstige Verfügbarkeit gemeinwohldienliche Dienstleistungen sicherzustellen, und den Regelungen von CETA Spannungen ergeben. Die grenzüberschreitende Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge wird allerdings nur begrenzt möglich sein. Ohne eine physische Präsenz (Investition) wird ein kanadisches Unternehmen nur in eng begrenzten Bereichen Dienstleistungen der Daseinsvorsorge erbringen können. Der Problemdruck scheint daher im Bereich des Investitionsschutzkapitels größer als im Bereich des Dienstleistungskapitels zu sein.

aa) Ausnahmen und Vorbehalte

Die vorstehende Analyse hat ergeben, dass CETA den grundsätzlichen Anspruch auf Marktzugang nicht in Bereichen gewährt, in denen es um „services supplied in the exercise of governmental authority“¹³⁴ geht. Der Begriff ähnelt jenem im Kapitel über Investitionen und wird auch ähnlich definiert.¹³⁵ Damit leidet er an jenen Schwächen, die in der Untersuchung der Bestimmungen des Investitionskapitels herausgearbeitet worden sind.¹³⁶ Einerseits gilt auch hier, dass die semantische Bedeutung von „governmental authority“ und die Maßstäbe der Definition nicht deckungsgleich sind. Andererseits erscheint es jedenfalls wahrscheinlich, dass wichtige Bereiche der Daseinsvorsorgeerbringung von Ländern und Gemeinden (sei es durch Eigengesellschaften, sei es durch die Betrauung eines Unternehmens im Markt) nicht von der Vorbehaltsklausel erfasst werden. Insofern sei nach oben verwiesen.

Die vorstehend eingeforderte Klärung ist umso wichtiger, als die EU im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung keinen allgemeinen „public utilities“-Vorbehalt eingelegt hat.¹³⁷ Auch für die „social services“ sieht die EU im Dienstleistungsbereich keinen Vorbehalt vor. Dies setzt dem Versuch Grenzen, Unternehmen der Daseinsvorsorge mit Sonderrechten auszustatten, die den Marktzugang von Anbietern und CETA behindern.

In der „Executive Summary“ wird daher gefordert, dass eine Klarstellung erfolgt.

bb) Schutz und Anerkennung des „right to regulate“

CETA zielt darauf ab, die Märkte der Vertragspartner für grenzüberschreitend agierende Dienstleistungsempfänger zu öffnen. Dem Wortlaut des Abkommens zufolge werden Marktzugangshindernisse allerdings *nicht* einer umfassenden Verhältnismäßigkeitskontrolle unterworfen (anders als durch Art. 59 AEUV). Als unzulässige Beeinträchtigung der Freiheit zur Betätigung

¹³⁴ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-01 2. (a).

¹³⁵ Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-08: „services supplied in the exercise of governmental authority means any service that is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.“

¹³⁶ Oben unter B. I. 2. b) aa).

¹³⁷ Siehe oben unter B. I. 2. b) bb) (1).

werden nur bestimmte, abschließend aufgezählte Beschränkungen angesehen. Insofern sind die sich aus dem Kapitel „Cross-Border-Delivery of Services“ ergebenden Verpflichtungen enger als jene im Investitionskapitel.

Im Kapitel über „Cross-border delivery of services“ findet sich keine Regelung des Inhalts, dass die legitimen Regelungen eines Vertragspartners zur Sicherung umwelt-, sozial- oder auch kulturpolitischer Anliegen nicht als Marktzugangsbeschränkung angesehen werden können. Das Dienstleistungskapitel ist in diesem Punkt weniger detailliert als das Investitionskapitel, das in Kapitel „Investment“, Art. X.4, immerhin eine beschränkte Klarstellung enthält.¹³⁸ Das Abkommen sieht in Kapitel „Cross-border Trade in Services“, Art. X-03, lediglich vor, dass an die zu erbringende Dienstleistung *förmliche Anforderungen* gestellt werden können, ohne dass dies als Beeinträchtigung des Prinzips der Inländerbehandlung angesehen werden kann.

Auch wenn diese Formulierung inhaltlich weiter als die im Kapitel „Investment“, Art. X.4, enthaltene Freistellung bestimmter und konkret aufgezählter mitgliedstaatlicher Bestimmungen sein mag:¹³⁹ Es besteht Anlass, darüber kritisch nachzudenken, ob die gewählte Formulierung nicht möglicherweise zu einer übermäßigen Einschränkung der substantiellen Handlungsbefugnis der Länder und Gemeinden führen kann. Der Begriff der „formal requirements“ wird von den Verfassern des Abkommens nicht abschließend definiert, sondern nur mit einer Liste von Anforderungen exemplifiziert. Die Liste umfasst in der Tat eher rechtsförmige Anforderungen (Zulassungserfordernis, Sprachanforderungen, Führerscheinerfordernis etc.). Man könnte diese Liste im Umkehrschluss so interpretieren, dass materiale Anforderungen umwelt-, sozial- oder kulturpolitischer Natur nicht an den Erbringer einer grenzüberschreitenden Dienstleistung gerichtet werden können. Auch wenn ein derartig restriktives Verständnis nicht zwingend und wohl noch nicht einmal besonders plausibel ist, erscheint es doch jedenfalls nicht ausgeschlossen. Wer so argumentiert, könnte sich auch auf den Umstand berufen, dass an anderer Stelle in CETA der Begriff des „formal requirements“ in der Tat nur für einen engen Kreis technischer Anforderungen verwandt wird.¹⁴⁰ Zur Vermeidung von Unklarheiten und zur Beseitigung jedweden Zweifels erscheint es daher sinnvoll, im Kapitel „Cross-Border Trade in Services“, Art. X-03, eine Klausel des Inhalts aufzunehmen, dass auch die substantiellen Gewährleistungen des Umweltschutzes, der Sozialstandards etc. nicht als unzulässige Beschränkung des Grundsatzes der Inländerbehandlung angesehen werden können. Es erscheint insofern unbedingt sinnvoll, hier einen Abgleich vorzunehmen und sicherzustellen, dass legitime Regelungen nicht als Beschränkungen des Marktzugangs konstruiert werden. Insbesondere die Anwendung von Umweltschutzregeln kann auch im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr sinnvoll und notwendig sein. Es muss sichergestellt werden, dass dies nicht als Beschränkung des Marktzutritts angesehen wird.

In der „Executive Summary“ wird ein Formulierungsvorschlag vorgestellt, der der vorstehend beschriebenen Problematik entgegenwirkt.

Zur Vermeidung von Wiederholungen sei hier nur kurz darauf hingewiesen, dass die im Kapitel „Exceptions“ aufgelisteten Ausnahmeklauseln nur begrenzt tragfähig sind. Es entspricht, wie schon betont wurde, dem Interesse von Ländern und Gemeinden, die Bereiche, in denen sie legitime Gemeinwohlanliegen verfolgen, ausdrücklich von nachteiligen Folgen aus CETA freizustellen.

Fazit: Der oben beschriebene Vorbehalt von „public utilities“ gilt nicht für Beschränkungen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung. Die von der EU und der Bundesrepublik

¹³⁸ Dazu oben B. I. 1. c).

¹³⁹ Allgemein zur Auslegung von Investitionsschutzabkommen: Reinisch, *The Interpretation of International Investment Agreements*, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.): *International Investment Law*, 2015, 372.

¹⁴⁰ Kapitel Investment: Article X.16: „Formal Requirements“ (enge Auslegung).

Deutschland in den Annexen I und II formulierten Vorbehalte greifen nur partiell. Gerade deshalb ist nochmals daran zu erinnern, dass es sinnvoll ist, im Kontext der Festlegung des Gehalts der Garantien von Marktzugang und Inländerbehandlung festzulegen, dass die Anwendung und Durchsetzung von gemeinwohlsichernden Rahmenbedingungen nicht als Verletzung von CETA angesehen werden kann.

b) Der Bereich der Kultur

Die oben beschriebenen Vorbehalte zum Schutz politischer Gestaltungsspielräume in der Kulturpolitik gelten auch mit Blick auf grenzüberschreitende Dienstleistungen.¹⁴¹ Darüber hinaus hat die EU einen umfassenden Vorbehalt im Bereich von CPC 963 und CPC 964 eingelegt, wonach sie sich vorbehält „the right to adopt or maintain any measure requiring establishment and restricting the cross-border provision of entertainment services, including theatre, live bands, circus and discotheque services.“¹⁴² Einige EU-Mitgliedstaaten gehen hier noch weiter und begründen im Bereich der Unterhaltungsdienstleistungen nach CPC 961 spezifische Vorbehalte. Ebenfalls sehen einige EU-Mitgliedstaaten Vorbehalte im Sportsektor vor.¹⁴³ Der oben beschriebene deutsche Vorbehalt für den Bereich nach CPC 96¹⁴⁴ ist umfassend und gilt auch für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung.

Dieser vergleichsweise weite Vorbehalt gewährt der Kulturpolitik der Länder und Gemeinden einen angemessen großen Gestaltungsspielraum.

c) Der Bereich der Erziehung und Bildung

Es ist vorstehend dargelegt worden, dass die EU einen umfassenden Vorbehalt für den Bereich derjenigen Bildungssektoren erklärt hat, die öffentlich finanziert oder in irgendeiner Weise staatlich unterstützt werden.¹⁴⁵ Dieser Vorbehalt gilt auch für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung. Kein EU-Mitgliedstaat ist damit verpflichtet, in den genannten Bereichen die Erbringung von Dienstleistungen zu ermöglichen. Insbesondere ergeben sich weder über das Prinzip des Marktzugangs noch über das Gebot der Inländerbehandlung Subventions- oder Förderpflichten.

Demgegenüber ergibt sich im Bereich der rein privatwirtschaftlich organisierten Bildung aus CETA ein Anspruch auf Marktzugang. Die Bundesrepublik Deutschland hat bislang darauf verzichtet, diesen Teil des Marktes für Bildungsdienstleistungen Restriktionen zu unterwerfen. Dies ist eine politische Entscheidung, deren Beurteilung nicht in der Kompetenz eines Rechtswissenschaftlers liegt.

III. Waren

In einem dritten Abschnitt soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit die Länder und Gemeinden durch die Bestimmungen von CETA über den Warenverkehr Bindungen und Beschränkungen in Bereichen auferlegt werden, die für ihre nach dem Grundgesetz eröffneten Gestaltungsspielräume von Bedeutung sind. Nach der Kompetenzordnung sind die diesbezüglichen Spielräume begrenzt. Die Länder und Gemeinden haben nach gegenwärtiger Verfassungslage keine wesentlichen Befugnisse, Rechtsregeln zur Steuerung der Einfuhr und zur Regelung der Marktstellung von Waren zu erlassen. Der Bund hat durch die abschließende Wahrnehmung

¹⁴¹ Oben B. I. 2. c).

¹⁴² Annex II, S. 1507.

¹⁴³ Z.B. Österreich: „AT reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to the provision of mountain guide or ski school services.“

¹⁴⁴ Oben unter B. I. 2. c).

¹⁴⁵ Annex II, S. 1508 f.

seiner Kompetenzen insbesondere aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 11 GG den Ländern und Gemeinden Handlungsspielräume genommen. Das Primärrecht der EU (Art. 34 AEUV) und die von der EU im Warenverkehrsbereich erlassenen Regelungen schränken vorhandene Handlungsspielräume zusätzlich ein. Die viel diskutierte Frage, inwieweit CETA zu einer Öffnung des europäischen Marktes für GMO-veränderte Lebensmittel führen kann, ist kein Problem der Regelungskompetenz der Länder und Gemeinden. Auch das unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten nicht unproblematische Institut der regulatorischen Kooperation¹⁴⁶ beschränkt den Handlungsspielraum von Ländern und Gemeinden nicht unmittelbar.

Das Abkommen zielt an erster Stelle darauf ab, die Marktzugangsbedingungen von Waren zu verbessern und die eingeführten Waren vor Diskriminierung zu schützen (Inländerbehandlung). Zu diesem Zweck sieht das Abkommen eine schrittweise Absenkung der Zölle¹⁴⁷ und die grundsätzliche Garantie der Inländerbehandlung¹⁴⁸ vor. Für die Bereiche „Sanitary and phytosanitary measures“ und „Technical barriers to trade“ enthält das Abkommen weitgehende und ins Detail gehende Liberalisierungs- und Harmonisierungsvorgaben. Die damit angestrebte Öffnung der Warenmärkte erhöht den Wettbewerbsdruck in den Märkten. Handlungsfreiheiten der Länder und Gemeinden werden dadurch allerdings nicht unmittelbar berührt.

In die Zuständigkeit von Ländern und Gemeinden fällt die Vergabe von Subventionen. Auch hier ist der Gestaltungsspielraum insbesondere EU-rechtlich gering. Es steht allerdings fest, dass CETA die nach EU-Recht (noch) bestehenden Spielräume nicht verengt. Dies gilt auch dann, wenn sich hieraus mittelbare Nachteile für konkurrierende (eingeführte) Waren ergeben. CETA sieht im Kapitel „Subsidies“ Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Subventionen vor, die auch den Fall der Begünstigung der einheimischen Produktion von Waren erfassen. Inhaltlich sieht CETA allerdings keine substanziellen Beschränkungen vor, die über den im WTO-Recht enthaltenen Standard¹⁴⁹ hinaus gehen. Das Übereinkommen bemüht sich vor allem darum, Transparenz dadurch herzustellen, dass die Vertragsparteien einander alle zwei Jahre Bericht über die geleisteten Subventionen erstatten.¹⁵⁰ Darüber hinaus haben die Vertragsparteien einen Anspruch darauf, in informelle Konsultationen einzutreten, wenn die Vergabe von Subventionen nachteilige Auswirkungen auf die vom Abkommen geschützten Interessen einer anderen Vertragspartei hat.¹⁵¹ Mehr als eine Kooperationspflicht trifft die subventionsgebende Seite aber nicht. Von den Bestimmungen des Kapitels „Subsidies“ werden auch Subventionsprogramme von Ländern und Gemeinden erfasst. Die sich aus dem Subventionskapitel ergebenden Pflichten richten sich an die EU und – für den Fall der Mitunterzeichnung – an die Bundesrepublik Deutschland. Nach innerstaatlicher Verfassungslage sind sie von den Organen des Bunds zu erfüllen.

C. Subventionen

Im Zuge einer Querschnittsbetrachtung sei abschließend das Thema der Vergabe von Subventionen nochmals aufgenommen. Die vorstehenden Überlegungen haben ergeben, dass CETA eine erhebliche Vielfalt unterschiedliche Subventionsregelungen enthält.

Eine greifbare und überprüfungsbedürftige Spannungslage ergibt sich im Bereich des Investitionsschutzes. Zwar verbietet CETA unmittelbar weder die Subventionsvergabe an Erbringer von

¹⁴⁶ Kapitel „Regulatory Cooperation“, S. 396 ff.

¹⁴⁷ Kapitel „National Treatment and Market Access for Goods“, Chapter X, insb. Art. 5.

¹⁴⁸ Kapitel „National Treatment and Market Access for Goods“, Chapter X, Art. 4.

¹⁴⁹ Art. VI GATT, Abkommen über Subventionen, Abkommen über Landwirtschaft.

¹⁵⁰ Kapitel „Subsidies“, Art. x2.

¹⁵¹ Kapitel „Subsidies“, Art. x3 Nr. 1: „If a Party considers that a subsidy, or a particular instance of government support related to trade in services, granted by the other Party is adversely affecting, or may adversely affect its interests, it may express its concern to the other Party and request informal consultations on the matter. The responding Party shall accord full and sympathetic consideration to that request.“

Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, noch schirmt CETA die sich unter dem Investitionskapitel niederlassenden kanadischen Unternehmen unmittelbar vor den Nachteilen ab, die sich aus der Subventionierung eines deutschen Konkurrenten ergeben. Allerdings muss sich die Subventionsvergabe an den Schutzstandards des Investitionskapitels (billige und gerechte Behandlung, indirekte Enteignung) messen lassen. Besonders greifbar dürften diese sein, wenn der Investor auf der Grundlage konkreter Zusagen seine Investition getätigt hat und diese später nicht eingehalten werden. Den hieraus entstehenden Schwierigkeiten müsste durch eine Abstimmung der materiellen Regeln über das Recht der Subventionsvergabe mit jenen über den Investitionsschutz Rechnung getragen werden.

Das Kapitel über die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen schließt Beihilfen aus seinem Anwendungsbereich aus. Hier ergeben sich also für die Länder und Gemeinden keine Schwierigkeiten.

Im Warenverkehrsbereich begründet CETA keine materiellen Einschränkungen, die über die im WTO-Recht begründeten Schranken hinausgehen. Angesichts der Bindungen, die das EU-Subventionskontrollrecht¹⁵² begründet, sind die vorhandenen Spielräume in jedem Fall klein. Die Einschätzung, ob sich aus den im Subventionskapitel enthaltenen Transparenz- und Kooperationspflichten¹⁵³ ein dämpfender Effekt („chilling effect“) auf die Bereitschaft von Land und Gemeinden ergibt, Subventionen zu vergeben, ist schwierig; praktische Erfahrungen liegen kaum vor. Sanktionsmöglichkeiten gibt es jedenfalls nicht, weil diese Pflicht nach Art. X.9 nicht vom Streitschlichtungsmechanismus des Abkommens erfasst wird.

¹⁵² Art. 107 ff. AEUV.

¹⁵³ Nach den Bestimmungen des Kapitels „Subsidies“, Art. X.3.1, steht jeder Vertragspartei das Recht zu, Konsultationen mit der anderen Partei einzufordern, wenn eine Subvention ihre Interessen beeinträchtigt. Die angesprochene Partei soll sich darum bemühen, ihre Unterstützungsmaßnahmen entweder zu „eliminieren“ oder „jegliche negativen Effekte zu minimieren“ (Kapitel „Subsidies“, Art. X.3.3: „On the basis of the informal consultations, the responding Party shall endeavour to eliminate or minimise any adverse effects of the subsidy, or the particular instance of government support related to trade in services, on the requesting Party’s interests.“).