

II. Analyse zentraler Regelungsbereiche und Wirkmechanismen des CETA

A. Formen der Dienstleistungserbringung

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

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

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

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

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

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

²⁰ Vgl Michaelis, § 20 Dienstleistungshandel (GATS), in Hilf/Oeter (Hrsg), WTO-Recht² (2010) Rz 35.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ S dazu unten III.G.3.d.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Regelungsbereiche und Verpflichtungen

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

1. Niederlassung bzw Tätigkeit von Investitionen

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

a. Marktzugang

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

Bei den verbotenen Maßnahmen handelt es sich in erster Linie – jedoch nicht ausschließlich – um nicht-diskriminierende, quantitative Beschränkungen. Aufgrund des im CETA gewählten Negativlistenansatzes³³ gelten die Marktzugangsbeschränkungsverbote grundsätzlich für alle Sektoren, sofern kein ausdrücklicher Vorbehalt verankert wurde. Im Einzelfall ist daher zu prüfen, ob die EU oder Österreich in Annex I oder Annex II einen entsprechenden Vorbehalt verankert haben.³⁴ Bereits an dieser Stelle ist aber Folgendes hervorzuheben: Die Vorbehalte in Annex II spiegeln nicht zwangsläufig das tatsächliche derzeitige Liberalisierungsniveau beim Marktzugang wider. Vielmehr eröffnen diese Vorbehalte die *Möglichkeit*, bestehende Beschränkungen beizubehalten, oder, wo es solche derzeit nicht gibt, in Zukunft neue Beschränkungen einzuführen.

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

³³ Dazu unten III.C.

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