

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>66</sup> Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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