

#### iv. Dienstleistungskonzessionen

Ein besonders heikles Thema für die Daseinsvorsorge sind Dienstleistungskonzessionen. Erinnerung sei an die Anstrengungen, die notwendig waren, um die Wasserversorgung – vorerst (!) – vom Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungskonzessions-RL auszunehmen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern Dienstleistungskonzessionen vom CETA-Beschaffungskapitel erfasst sind.

Zunächst ist zu klären, ob Dienstleistungskonzessionen überhaupt vom Begriff *covered procurement* erfasst sind und damit grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels fallen. Eine Definition der Dienstleistungskonzession findet sich im CETA Beschaffungskapitel nicht. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass unter einer Dienstleistungskonzession im Wesentlichen ein Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung zu verstehen ist, wobei die Gegenleistung für die Erbringung entweder allein im Recht der Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.<sup>97</sup> Die Besonderheit der Dienstleistungskonzession – und damit auch das **Abgrenzungsmerkmal zum Dienstleistungsauftrag** – besteht also in der bedungenen Gegenleistung. Der Konzessionsnehmer erhält als Gegenleistung primär das Recht, seine eigene Leistung wirtschaftlich zu nutzen bzw kommerziell zu verwerten und trägt auch das damit verbundene wirtschaftliche Risiko selbst.

Ob ein Beschaffungsvorgang vom CETA Beschaffungskapitel erfasst ist, bestimmt sich nach Kap 21 Art II Abs 2. Wie erwähnt müssen sämtliche Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sein, damit ein konkreter Beschaffungsvorgang als „*covered procurement*“ dem CETA Beschaffungskapitel unterliegt. Dazu zählen:

- Öffentlicher Zweck<sup>98</sup>;
- Vertragliche Vereinbarung;
- Im persönlichen Anwendungsbereich (Beschafter, die in den Annexen 1 – 3 erfasst sind);
- Im sachlichen Anwendungsbereich (Waren oder Dienstleistungen oder eine Kombination von beidem, wie in den Annexen 4 – 6 näher spezifiziert);
- Über dem jeweiligen Schwellenwert;
- Keine Ausnahme in Kap 21 Art II Abs 3 oder den Annexen der Vertragsparteien.

Zunächst ist festzuhalten, dass die EU – anders als Kanada – **keine explizite Ausnahme** für Dienstleistungskonzessionen in den Annexen verankert hat.<sup>99</sup> Vor diesem Hintergrund ist es daher entscheidend, ob die Vergabe einer Dienstleistungskonzession einen erfassten Beschaffungsvorgang darstellt. Die meisten der angeführten Tatbestandsmerkmale beziehen sich unterschiedslos auf Dienstleistungsaufträge und -konzessionen. Fraglich ist

---

<sup>97</sup> Vgl Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.

<sup>98</sup> Beschaffungen zum Zweck des kommerziellen (Wieder-)Verkaufs oder zur Herstellung von Waren bzw zur Erbringung von Dienstleistungen die für den kommerziellen (Wieder-)Verkauf gedacht sind, unterliegen nicht den Bestimmungen des CETA Beschaffungskapitels (Kap 21 Art II lit (a) (ii)).

<sup>99</sup> Der kanadische Annex X-07 enthält folgende Ausnahme für Dienstleistungskonzessionen:

1. *This Chapter does not include procurement: (e) of services contracts, excluding construction services contracts, which grant to a supplier the right to provide and exploit a service to the public as complete or partial consideration for the delivery of a service under a procurement contract.*

jedoch, ob Dienstleistungskonzessionen in den sachlichen Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels fallen und damit als erfasste Beschaffungsvorgänge gelten.<sup>100</sup> Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass kein eigener Annex für Dienstleistungskonzessionen besteht. Weiters ist die Kategorie der Dienstleistungskonzessionen – anders als Baukonzessionen in Annex 6 – auch nicht ausdrücklich im Marktzugangsangebot in Annex 5 genannt.<sup>101</sup> Dies führt zu der Frage, ob Dienstleistungskonzessionen allenfalls *implizit* von Annex 5 erfasst werden könnten und Kanada deshalb eine ausdrückliche Ausnahme normiert hat. Dies würde bedeuten, dass in allen gelisteten Dienstleistungsbereichen auch entsprechende Konzessionsvergaben miterfasst wären.

Unklar ist in diesem Zusammenhang auch die folgende Formulierung, in den *notes* zu Annex 5, die von einer *Erweiterung* („*extending*“) des Anwendungsbereichs hinsichtlich Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen spricht:

„4. *The EU stands ready, should the ongoing revision of EU legislation on public procurement result in a widening of the scope of services and services concessions covered by that legislation, to take up negotiations with Canada in view of extending the mutual coverage of services and services concessions of this Chapter.*“

Daraus [arg: „*extending the mutual coverage of services and services concessions*“] könnte abgeleitet werden, dass Dienstleistungskonzessionen schon jetzt vom Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels erfasst wären. Im Ergebnis ist eine solche Sichtweise jedoch abzulehnen. Dagegen spricht nicht zuletzt, dass in CETA nicht einmal ein entsprechender Schwellenwert für Dienstleistungskonzessionen enthalten ist<sup>102</sup> und die EU ausdrücklich auf die *gegenseitige* Erweiterung des Anwendungsbereichs bedacht ist.

Wie dieser zitierte Passus jedoch verdeutlicht, sind **(weitere) Marktzugangszugeständnisse** der EU in Zukunft **keineswegs ausgeschlossen**. Diese Bekundung der grundsätzlichen Bereitschaft, weitere Dienstleistungsbereiche sowie Dienstleistungskonzessionen dem Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels zu unterstellen, hat zwar lediglich deklarative Bedeutung. Dass es die EU damit aber durchaus ernst meint, zeigt ein Blick auf die aktuellen TTIP-Verhandlungen. Aus einem geleakten *Non-Paper* der Europäischen Kommission geht hervor, dass diese im Rahmen der TTIP-Verhandlungen auch *Public Private Partnerships* (PPP) und Dienstleistungskonzessionen behandeln möchte.<sup>103</sup> Im Ergebnis fällt die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen derzeit nicht unter den Begriff *covered procurement* und ist daher nicht vom CETA Beschaffungskapitel erfasst.

---

<sup>100</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass die EU bis zum Inkrafttreten der KonzessionsvergabeRL im April 2014 über keine entsprechende Außenkompetenz im Bereich der Dienstleistungskonzessionen verfügte, vgl *Krajewski/Krämer*, GPA 2012 (2013) 18.

<sup>101</sup> Annex 6 differenziert zwischen Bauleistungen (*construction services*) und Baukonzessionen (*work concessions*).

<sup>102</sup> Gem Art 8 Abs 1 RL 2014/23/EU beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungskonzessionen 5 186 000 EUR.

<sup>103</sup> S <<https://www.reimon.net/2015/02/16/eu-us-fta-ttip-public-procurement-chapter-coverage-of-public-private-partnerships-ppp/>> [30.06.2015]; für eine kritische Auseinandersetzung mit der Behandlung von PPPs und Dienstleistungskonzessionen im Rahmen von TTIP sei etwa auf das Positionspapier der Arbeiterkammer vom März 2014 verwiesen.

Der klare Wunsch seitens der EU, in Zukunft weitere Dienstleistungsbereiche sowie Dienstleistungskonzessionen dem Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels zu unterstellen, führt zu einer demokratiepolitisch äußerst heiklen Frage. Diese betrifft das Verfahren zur Änderung des Anwendungsbereichs und ob das Europäische Parlament und/oder die nationalen Parlamente einer entsprechenden Erweiterung zustimmen müssten.

In diesem Zusammenhang ist die Bestimmung des Kap 34 Art X.02 Abs 2 hervorzuheben. Danach kann das *Trade Committee*<sup>104</sup> unter anderem Änderungen der Annexe und Protokolle zum CETA beschließen. Die Zustimmung der Parteien hat den jeweiligen internen Anforderungen und Verfahren gemäß zu erfolgen. In diesem Zusammenhang ist auf Art 218 Abs 7 AEUV hinzuweisen, der unter bestimmten Voraussetzungen ein vereinfachtes Verfahren zur Vertragsänderung vorsieht. Nach dieser Bestimmung kann der Rat den Verhandlungsführer ermächtigen, Änderungen eines Abkommens im Namen der Union zuzustimmen, „wenn die Übereinkunft vorsieht, dass diese Änderung im Wege eines vereinfachten Verfahrens oder durch ein durch die Übereinkunft eingesetztes Gremium anzunehmen sind“. Mit Blick auf die Befugnis des *Trade Committee*s könnte der Rat wohl eine entsprechende Ermächtigung auf Grundlage von Art 218 Abs 7 AEUV beschließen. Eine Mitwirkung des EU Parlaments an der Vertragsänderung wäre in einem solchen Fall nicht vorgesehen; das EU Parlament wäre lediglich gem Art 218 Abs 10 AEUV zu unterrichten.<sup>105</sup> Konkret führt dies letztlich zu dem äußerst problematischen Ergebnis, dass Dienstleistungskonzessionen in Zukunft auch ohne parlamentarische Zustimmung dem Anwendungsbereich des CETA Beschaffungskapitels unterworfen werden könnten.

#### v. Baukonzessionen

Hinsichtlich Bauleistungen und Baukonzessionen ist zu differenzieren: Annex 6 erfasst Bauleistungen in sämtlichen von CPC prov 51 erfassten Bereichen. Auf Baukonzessionen finden hingegen nur ausgewählte Bestimmungen Anwendung, sofern sie durch unter Annex 1 und 2 fallende Stellen vergeben werden. Aufgrund dieser Formulierung könnte es fraglich erscheinen, was bezüglich Baukonzessionen gilt, die durch eine (nur) unter Annex 3 fallende Stelle vergeben werden. Vor dem Hintergrund, dass die Annexe zum Beschaffungskapitel einem Positivlistenansatz folgen, ergibt sich jedoch, dass derartige Vergaben nicht vom CETA Beschaffungskapitel erfasst sind.

---

<sup>104</sup> In Kapitel 30 (*Administrative and Institutional Provisions*), das nähere Bestimmungen zu den *Committees* enthält, wird das *Trade Committee* allerdings nicht erwähnt; dieses dürfte jedoch gemeint sein, wenn dort vom *CETA Joint Committee* die Rede ist.

<sup>105</sup> Vgl *Schmalenbach*, Art 218 AEUV in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011) Rz 21.