

a. Erbringung zu kommerziellen Zwecken

Zum Teil wird der Begriff „zu kommerziellen Zwecken“ mit Gewinnorientierung gleichgesetzt. Zum Teil wird vertreten, dass die Erhebung einer gewissen Gebühr oder Abgabe nicht automatisch bedeutet, dass eine Leistung zu kommerziellen Zwecken erbracht wird. Entscheidend sei vielmehr, ob durch die entsprechende Abgaben- oder Gebührenfinanzierung ein Ertrags- oder Kostendeckungsziel verfolgt werde.¹⁷⁹ Die Auffassung, wonach selbst bei bloß kostendeckenden Gebühren von einer Erbringung zu kommerziellen Zwecken auszugehen ist, würde jedenfalls zu einem sehr eingeschränkten Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel führen. Damit käme dieser hinsichtlich zahlreicher Daseinsvorsorgebereiche praktisch keine Schutzwirkung zu.¹⁸⁰

Beispiel: Gebührenfinanzierte Abwasserentsorgung

Die Stadt Wien wird als Gemeinde ermächtigt, für die Einleitung von Abwasser in die öffentlichen Kanäle Gebühren zu erheben (§ 15 Abs 3 Z 4 FAG 2008). Dabei darf der mutmaßliche Jahresertrag dieser Gebühren das doppelte Jahreserfordernis für die Erhaltung und den Betrieb sowie für die Verzinsung und Tilgung der Errichtungskosten unter Berücksichtigung einer entsprechenden Lebensdauer nicht überschreiten („doppeltes Äquivalenzprinzip“). Ein entsprechendes Gebührenmodell geht über einen bloßen Beitrag zur Kostendeckung hinaus. Entsprechend würde es sich nach der erläuterten restriktiven Sichtweise jedenfalls um eine Leistungserbringung zu kommerziellen Zwecken handeln.

b. Erbringung im Wettbewerb

Die reine Koexistenz staatlicher und privater Dienstleistungserbringer genügt nicht, um automatisch von einer *Erbringung im Wettbewerb* auszugehen, da die Ausnahmeklausel ansonsten weitgehend leer liefe.¹⁸¹

Entscheidend ist vielmehr die Bestimmung des jeweils relevanten Marktes. Auf die Gleichartigkeit der betreffenden Leistungen kommt es dabei nicht unbedingt an.¹⁸² Auf dem jeweils relevanten Markt können ungleiche Leistungen im Wettbewerb stehen (Bus und Bahn); ebenso können auf den ersten Blick betrachtet gleiche Leistungen letztlich jedoch auf unterschiedlichen Märkten erbracht werden (öffentliche und private Schulen).¹⁸³ Bei der Bestimmung des relevanten Marktes kann nach sachlichen und geografischen Aspekten differenziert werden. Bestehen beispielsweise in einem bestimmten Sektor

¹⁷⁹ *Adlung*, Öffentliche Dienstleistungen und GATS, in Ehlers/Wolffgang/Lechleitner (Hrsg), Rechtsfragen des internationalen Dienstleistungsverkehrs (2006) 49 (60 f). *Adlung*, Trade in Healthcare (2009), 7 stellt die Frage „[...] what is the status of ambulance services that are provided on a cost-recovery basis by a municipal entity? Are these commercial transactions, despite the absence of profit-seeking intentions?“ und kommt zum Ergebnis: „Possibly yes“.

¹⁸⁰ Vgl etwa *Leroux*, JWT 2006, 354; *Arena*, The GATS Notion of Public Services as an Instance of Intergovernmental Agnosticism: Comparative Insights from EU Supranational Dialectic, JWT 2011, 489 (502).

¹⁸¹ Zur schwankenden Auslegung selbst innerhalb der WTO etwa *Klamert*, Services Liberalization (2014) 256.

¹⁸² *Krajewski*, JIEL 2003, 352 f; *Marchetti/Mavroidis*, EBOR 2004, 531 ff.

¹⁸³ *Adlung* in Ehlers/Wolffgang/Lechleitner (2006) 62; *Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009) 82 f.