

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.

Gebietsmonopole, ist grundsätzlich nicht von einer Leistungserbringung im Wettbewerb auszugehen.¹⁸⁴ Ausreichend dürfte hingegen sein, wenn es zwar keinen Wettbewerb *im Markt*, aber zumindest einen Wettbewerb *um den Markt* gibt.¹⁸⁵

c. Fazit

Die Ausnahmeklausel für Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt wird durch die Voraussetzungen, dass diese weder „zu kommerziellen Zwecken“ noch „im Wettbewerb“ erbracht werden, nur unzureichend präzisiert. Im Ergebnis bleibt insbesondere unklar, welches marktliche Umfeld und wie viel Wettbewerb maßgeblich dafür sind, dass eine Dienstleistung nicht mehr unter diese Ausnahme fällt. Vor dem Hintergrund der bestehenden Unsicherheiten stellt die Klausel keine zuverlässige und belastbare Ausnahme für zentrale öffentliche Dienstleistungen, wie zB Bildungs- und Gesundheitsdienstleistungen, dar. Mit hinreichender Gewissheit lässt sich nur sagen, dass hoheitliche Kerntätigkeiten wie zB Polizei, Militär und Strafjustiz als Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt anzusehen sind. Im Zusammenhang mit dem Gros der hier interessierenden öffentlichen Dienstleistungen sollte die Bedeutung der Bestimmung hingegen nicht überschätzt werden.

2. Sozialversicherung / Pensionskassen

Eine ähnliche Ausnahme enthält auch das Kapitel über Finanzdienstleistungen. Diese unterscheidet sich jedoch auch in einem wesentlichen Punkt von der allgemeinen Ausnahme für Aktivitäten in Ausübung hoheitlicher Gewalt: Maßnahmen hinsichtlich der gesetzlichen Sozialversicherung sowie der öffentlichen Pensionskassen¹⁸⁶ sind *grundsätzlich* vom Anwendungsbereich des Kapitels über Finanzdienstleistungen ausgenommen. Sofern jedoch eine Vertragspartei die Erbringung der jeweiligen Leistungen durch ihre Finanzinstitutionen im Wettbewerb mit anderen zulässt,¹⁸⁷ gilt die Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kapitels 15 nicht (Kap 15 Art 1 Abs 5 lit a).¹⁸⁸

Ob die Ausnahme im Bereich der Finanzdienstleistungen greift, hängt also allein vom Wettbewerbskriterium ab. Es kommt hingegen nicht darauf an, ob die (Versicherungs-) Leistungen zu kommerziellen Zwecken erbracht werden.

Deutschland hat mit Blick auf die Besonderheiten des deutschen Sozialversicherungssystems eine spezifische Annex II-Ausnahme statuiert, weil das deutsche System Wettbewerbselemente enthält und daher nicht zur Gänze unter den Begriff „*services carried out exclusively in the exercise of governmental authority*“ fallen dürfte.¹⁸⁹ Das österreichische gesetzliche Sozialversicherungssystem (Kranken- und Unfallversicherung) ist hingegen von der Ausnahme in Kapitel 15 erfasst. Deshalb hat Österreich auch keinen

¹⁸⁴ VanDuzer in Curtis/Ciuriak (2004) 405.

¹⁸⁵ So auch VanDuzer in Curtis/Ciuriak (2004) 406.

¹⁸⁶ Die vorliegende englische Fassung spricht von „*activities or services forming part of a public retirement plan or statutory system of social security*“.

¹⁸⁷ Die Passage lautet: „*by its financial institutions in competition with a public entity or a financial institution*“, CETA 2014, 251.

¹⁸⁸ Das GATS enthält eine weitgehend vergleichbare Ausnahme im Annex on Financial Services unter Punkt 1 lit b und lit c. Vgl dazu etwa Adlung, Trade in Healthcare (2009), 7 f.

¹⁸⁹ CETA 2014, 1574 f.