SVEN SIMON

Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht

Jus Internationale et Europaeum
31

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

31

Sven Simon

Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht

Mohr Siebeck

Sven Simon, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaft an der Justus-Liebig-Universität Gießen und der University of Warwick (Großbritannien); 2009 Promotion; Rechtsreferendar am Landgericht Gießen mit Stationen in Frankfurt, Berlin, Tel Aviv und New York.

e-ISBN PDF 978-3-16-151170-7
ISBN 978-3-16-150000-8
ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Meinen Eltern
in Dankbarkeit

Vorwort

In Deutschland und Europa vollzieht sich ein tief greifender gesellschaftlicher Wandel. Das gesamte soziale und kulturelle Umfeld verändert sich. Durch die demographische Entwicklung, den Übergang zu einer wissensbasierten Dienstleistungsgesellschaft, die eingeengten finanziellen Handlungsspielräume der öffentlichen Haushalte und einen gestiegenen Qualitätsanspruch sind neue Herausforderungen entstanden. Zeitgleich haben der europäische Integrationsprozess und die weltweite Verflechtung der Märkte über einen verstärkten globalen Standortwettbewerb zu Veränderungen der eigenständigen Handlungsspielräume der Nationalstaaten geführt.

Diese Entwicklung führt im Zusammenhang mit der Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge häufig zu der Befürchtung, der Staat ziehe sich in einem für alle Teile der Gesellschaft existenziellen Bereich aus seiner Verantwortung zurück. Gelegentlich kommt diese Sorge in der öffentlichen Auseinandersetzung über das Phänomen der Globalisierung zum Ausdruck und entlädt sich in der ablehnenden Haltung gegenüber der Welthandelsorganisation.

Diese Bedenken sind insoweit nachvollziehbar, als Dienstleistungen der Daseinsvorsorge zum Kern des europäischen Gesellschaftsmodells gehören und einen wesentlichen Bestandteil der europäischen Wertegemeinschaft ausmachen. Aber gerade in der Gestaltung des Rechtsrahmens der WTO und der EU findet sich der Schlüssel zum Verständnis dafür, dass die Wirtschaftsordnung der Sozialen Marktwirtschaft, verbunden mit einem regulierten Welthandel, Entwicklungschancen öffnet. Chancen, die heute noch vor allem Menschen in den Ländern vorenthalten werden, deren Regierungen sich der Teilnahme am Welthandel gänzlich verweigern. In Kenntnis dieser vorliegend erörterten rechtlichen Rahmenbedingungen lassen sich Antworten auf jene Fragen finden, die in den letzten Jahren in Form heftiger Proteste zum Ausdruck gebracht wurden und noch werden.

Die Untersuchung zeigt auch, dass die Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge die Frieden stiftende Wirkung des Welthandels fördert und dass sowohl der Rechtsrahmen der Welthandelsorganisation als auch jener der Europäischen Union den nationalen Besonderheiten sowie dem unterschiedlich stark ausgeprägten Gewährleistungsauftrag der Mitgliedstaaten zur Erbringung dieser Dienstleistungen angemessen begegnet.

Unverändert tragen die Mitgliedstaaten die Verantwortung dafür, dass die Bereitstellung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge – flächendeckend und für alle, zu jeder Zeit, an jedem Ort, in der gewünschten Menge und zu erschwinglichen Preisen – gewährleistet wird und diese besonderen Dienstleistungen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene somit die Grundlage für soziale, wirtschaftliche und politische Integration schaffen.

***

Unabhängig davon, was genau die Ursachen und Folgen der Globalisierung sind und wie sie zu bewerten ist, lohnt es sich jedenfalls, über die im Wandel begriffenen nationalstaatlichen, weltwirtschafts- und europarechtlichen Rahmenbedingungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge nachzudenken. Bei diesem Denken haben mich Viele unterstützt, denen ich sehr dankbar bin und die dazu beigetragen haben, dass diese Arbeit im Sommersemester 2008 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen wurde.

Zunächst danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Thilo Marauhn, der mich während meines Studiums begleitet, beraten und gefördert hat. Seine Unterstützung in allen Phasen meiner akademischen Ausbildung durch zahlreiche Anregungen, viele erkenntnisreiche Gespräche und sein wissenschaftlicher und persönlicher Rat erfüllen mich mit bleibender Dankbarkeit.

Prof. Dr. Richard Giesen, aus dessen Feder das Zweitgutachten stammt, danke ich für seine differenzierte Beurteilung und die mir gegenüber zum Ausdruck gebrachte Wertschätzung.

Mein Dank gilt auch den weiteren Mitgliedern der Prüfungskommission, Prof. Dr. Walter Gropp sowie Prof. Dr. Franz Reimer.

Staatsminister Volker Bouffier und Prof. Ben Chigara (London) danke ich ebenso wie Avi Weber, LL.M. (Tel Aviv) und Svein Terje Tveit (Oslo) für die wertvollen Anregungen und Hinweise in zahlreichen Gesprächen.

Bei Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A. (Bayreuth) bedanke ich mich für die Unterstützung bei der Bewerbung um ein Stipendium der Hanns-Seidel-Stiftung. Mein Dank richtet sich darüber hinaus an die Hanns-Seidel-Stiftung selbst, durch die ich im Rahmen eines Promotionsstipendiums eine exzellente Förderung erfahren habe. Ich werde der Stiftung und ihrem Auftrag verbunden bleiben.

Meinem väterlichen Freund Gerhard Becker bin ich für die Durchsicht der Arbeit und die hilfreichen Korrekturvorschläge dankbar. Dieser Dank gilt in gleicher Weise meiner Mutter Monika Simon, meinem Onkel Klaus Kummerow, Jörg Schilling und Nora Pyde, M.J.I., der ich zudem für ihre Gastfreundschaft während meiner Zeit am Max-Planck-Institut in Heidelberg danke.

Berlin, im Dezember 2008 Sven Simon

Inhaltsübersicht

Einleitung 1

Kapitel 1: Begriffliche Grundlage 7

Kapitel 2: Weltwirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen 40

1. Teil: Entstehungsgeschichte des GATS 43
2. Teil: Anwendungsbereich des GATS 47
3. Teil: Anwendbarkeit auf Dienstleistungen der Daseinsvorsorge 58
4. Teil: Liberalisierungsstruktur des GATS 102
5. Teil: Ausnahmetatbestände des GATS 135
6. Teil: Stand der Liberalisierung 154
7. Teil: Weiterentwicklung der GATS-Regeln 162
8. Teil: Transnationale Gewährleistungsverantwortung 169
9. Teil: Abschließende Bewertung 176

Kapitel 3: Europarechtliche Rahmenbedingungen 180

1. Teil: Konfliktlage im Europarecht 181
2. Teil: Anwendbarkeit des Vertrages 186
3. Teil: Öffentliche Unternehmen – Art. 86 Abs. 1 EG 233
4. Teil: Staatsbezogene Normen 238
5. Teil: Unternehmensbezogene Normen – Art. 81 und 82 EG 275
6. Teil: Art. 86 Abs. 2 EG als thematische Zentralnorm 280
7. Teil: Öffentliche Auftragsvergabe 314
8. Teil: Sekundärrechtliche Vorgaben 320
9. Teil: Rechtspolitische Debatte vor Lissabon 329
10. Teil: Vertrag von Lissabon 345
11. Teil: Abschließende Bewertung 364

Kapitel 4: Vergleichende Schlussbetrachtung 369

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

Kapitel 1: Begriffliche Grundlage 7

I. Dienstleistungen 7
1. Beispiele für den Export und Import von Dienstleistungen 8
2. Definitionsansätze in der Literatur 8
a) Definitionsansätze 9
b) Unterscheidungskriterien zum Warenhandel 9
3. Ergebnis 11
II. Daseinsvorsorge 11
1. Le service public in Frankreich 14
2. Daseinsvorsorge in Deutschland 16
a) Wortbedeutung 17
b) Entstehung und Entwicklung der Lehre der Daseinsvorsorge 18
c) Von der Eigenerbringung zur Gewährleistungsverantwortung 21
d) Daseinsvorsorge als Gesetzes- und Rechtsbegriff 24
3. Public Services in Großbritannien 25
4. Public Utilities in den USA 27
5. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 29
6. „Dienstleistungen der Daseinsvorsorge“ im GATS 32
7. Weitere Definitions- und Abgrenzungsversuche 33
8. Ergebnis 34
III. Liberalisierung 35
1. Abgrenzung zur Privatisierung 36
2. Abgrenzung zur Deregulierung 37
3. Ergebnis 38

Kapitel 2: Weltwirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen 40

1. Teil: Entstehungsgeschichte des GATS 43

2. Teil: Anwendungsbereich des GATS 47

I. Sachlicher Anwendungsbereich ... 49
1. Services Sectoral Classification List ... 50
2. Formen der Dienstleistungserbringung ... 51
a) Grenzüberschreitende Erbringung (Art. I Abs. 2 lit. a) GATS) .. 52
b) Nutzung im Ausland (Art. I Abs. 2 lit. b) GATS) ... 53
c) Gewerbliche Niederlassung (Art. I Abs. 2 lit. c) GATS) ... 53
d) Präsenz natürlicher Personen (Art. I Abs. 2 lit. d) GATS) ... 54
3. Erbringer und Nutzer ... 56
4. Begriff der Maßnahme ... 57
II. Persönlicher Anwendungsbereich ... 58

3. Teil: Anwendbarkeit auf Dienstleistungen der Daseinsvorsorge ... 58

I. „In Ausübung hoheitlicher Gewalt“ erbrachte Dienstleistungen ... 59
1. Problembeschreibung ... 60
2. Auslegung von Artikel I Abs. 3 lit. b) und c) GATS ... 62
a) Gebrauch in WTO-Dokumenten ... 62
b) Verständnis der WTO-Mitgliedstaaten ... 66
c) Streitbeilegungspraxis ... 71
d) Auslegung nach Grundsätzen der WVRK ... 72
aa) Wortlautauslegung ... 74
(1) „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ ... 74
(2) „zu kommerziellen Zwecken“ ... 76
(a) Wortlaut ... 77
(b) Systematik ... 79
(c) Zwischenergebnis ... 81
(3) „im Wettbewerb mit einem oder mehreren Anbietern“ ... 82
(a) Wettbewerbsverhältnis ... 83
(b) Wortlaut ... 84
(c) Literatur ... 85
(4) Zwischenergebnis ... 88
bb) Systematische Auslegung ... 88
(1) Anlagen ... 88
(2) Listen spezifischer Verpflichtungen ... 91
cc) Teleologische Auslegung ... 92
(1) Ermittlung des Vertrags- und Normzwecks ... 93
(2) Prognose über die Zweckerreichung ... 93
dd) Spätere Praxis der Vertragsparteien ... 94
ee) Historische Auslegung ... 96
e) Weitere Auslegungsprinzipien ... 98
3. Ergebnis ... 99
II. Schlussfolgerungen zur Anwendbarkeit des GATS ... 100

4. Teil: Liberalisierungsstruktur des GATS 102

I. Allgemeine Regelungsstruktur des GATS 102
II. Allgemeine Liberalisierungsverpflichtungen 104
1. Grundsatz der Meistbegünstigung (Art. II GATS) 104
2. Verpflichtung zur Transparenz (Art. III GATS) 107
3. Gegenseitige Anerkennung und internationale Standards 108
4. Leistungserbringung durch Monopole (Art. VIII GATS) 110
III. Spezifische Liberalisierungsverpflichtungen 112
1. Sektorenspezifische und horizontale Verpflichtungen 115
2. Marktzugang (Art. XVI GATS) 116
3. Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) 117
4. Zusätzliche Verpflichtungen (Art. XVIII GATS) 120
5. Änderung der Listen (Art. XXI GATS) 120
6. Innerstaatliche Regulierungsautonomie (Art. VI GATS) 121
a) Funktion von Disziplinen für innerstaatliche Regulierung 123
b) Inhalte von innerstaatlicher Regulierung 124
aa) Anwendbarkeit 125
bb) Notwendigkeitstest 126
7. Zwischenergebnis 127
IV. Weiterentwicklung der GATS-Regeln 128
1. Öffentliches Beschaffungswesen (Art. XIII GATS) 129
2. Subventionen (Art. XV GATS) 130
a) Konsultationen über Subventionen 130
b) Auswirkung bestehender GATS-Regeln auf Subventionen 131
c) Ausnahmen 133
V. Ergebnis 133

5. Teil: Ausnahmetatbestände des GATS 135

I. Ausnahmeklausel des Art. XIV GATS 135
1. Handelsbeschränkungen zur Gewährleistung der Daseinsvorsorge 138
2. Stellungnahme 141
II. Besondere Ausnahmetatbestände (Art. X und XII GATS) 142
III. Menschenrechte 142
1. Rolle der Menschenrechte im Welthandelsrecht 143
a) Allgemeine Ausnahmen und Menschenrechte 147
b) Entscheidungspraxis der Streitbeilegungsgremien der WTO ... 150
c) Institutioneller Rahmen 151
d) Schlussfolgerungen 153
2. Fazit 154

6. Teil: Stand der Liberalisierung 154

I. Verpflichtungen im Rahmen der Uruguay-Runde 155
II. Fortschreitende Liberalisierung 159

7. Teil: Weiterentwicklung der GATS-Regeln 162

I. Forderung zu Klarstellungsversuchen 162
II. Änderung des GATS 165
III. Stellungnahme 168

8. Teil: Transnationale Gewährleistungsverantwortung 169

I. Anerkennung der Gewährleistungsverantwortung im GATS 169
II. Ansätze einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft 171
III. Schlussfolgerung 175

9. Teil: Abschließende Bewertung 176

Kapitel 3: Europarechtliche Rahmenbedingungen 180

1. Teil: Konfliktlage im Europarecht 181

I. Römische Verträge – Art. 86 Abs. 2 EG 182
II. Vertrag von Amsterdam – Art. 16 EG 183
III. Sonderregelungen 185
IV. Vertrag von Lissabon – Protokoll zur Daseinsvorsorge 185

2. Teil: Anwendbarkeit des Vertrages 186

I. Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt – Art. 45 EG 186
  1. Begriff der Tätigkeit 186
  2. Rechtsprechung zum Begriff der öffentlichen Gewalt 187
  3. Ergebnis 189
II. Wirtschaftliche Tätigkeit als Anwendbarkeitsvoraussetzung 189
  1. Bestandsaufnahme 190
    a) Marktbezug der Tätigkeit 191
    b) Hoheitliche Tätigkeiten 192
    c) Tätigkeiten der Daseinsvorsorge 195
      aa) Bildungswesen 195
      bb) Einrichtungen der Arbeitsvermittlung 196
      cc) Einrichtungen der Sozialversicherung 197
      dd) Gesundheitsdienste 203
    d) Zwischenergebnis und erste Bewertung 207

2. Auffassung der Kommission 209
3. Systematisierung und Bewertung der anzuwendenden Kriterien .. 213
a) Objektiver Charakter der Tätigkeit 214
b) Entgeltlichkeit der Leistung 215
c) Organisations- und Rechtsform 215
d) Sozialer Zweck und (nationale) Solidarität 216
e) Gewinnerzielungsabsicht 217
f) Zwangsmitgliedschaft und andere Sonderrechte 218
g) Kapitalisierungsprinzip 220
4. Zwischenergebnis 222
5. Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten 225
6. Schlussfolgerungen 228
III. Ergebnis 230

3. Teil: Öffentliche Unternehmen – Art. 86 Abs. 1 EG 233

I. Ziel der Gemeinschaft und öffentliche Unternehmen 233
1. Ausschließliches Recht 234
2. Besondere Rechte 235
3. Unterscheidung und Beispiel 236
II. Verbotene Maßnahmen 236
III. Normwirkung 238

4. Teil: Staatsbezogene Normen 238

I. Allgemeines Diskriminierungsverbot – Art. 12 EG 238
II. Grundfreiheiten 239
1. Dienstleistungsfreiheit – Art. 49 EG 240
2. Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt 242
3. Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten 246
III. Handels- und Dienstleistungsmonopole 246
IV. Staatliche Beihilfen – Art. 87 EG 249
1. Beihilfenbegriff und Daseinsvorsorge 249
2. Rechtsprechung zum Beihilfetatbestand 251
a) Rechtsprechung bis Altmark Trans 251
b) Die Rechtssache Altmark Trans 253
c) Bewertung 256
3. Vorgehensweise der Kommission 260
a) Entscheidungspraxis nach Altmark Trans 260
b) Legislatives Tätigwerden der Kommission 261
aa) Entscheidung 262
bb) Gemeinschaftsrahmen 264
cc) Änderung der Transparenzrichtlinie 265

dd) „De-minimis“-Verordnung 267
ee) Bewertung 268
4. Rechtfertigung von Beihilfen 269
5. Fazit 270
6. Alternative Finanzierungskonzepte der Daseinsvorsorge 271
a) Quersubventionierung 271
b) Universaldienstfonds 273
V. Normenhierarchie 274

5. Teil: Unternehmensbezogene Normen – Art. 81 und 82 EG 275

I. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen 276
II. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 278

6. Teil: Art. 86 Abs. 2 EG als thematische Zentralnorm 280

I. Tatbestandliche Voraussetzungen 281
1. Unternehmen 281
2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 282
a) Dienstleistungsbegriff in Art. 86 Abs. 2 EG 282
b) Wirtschaftliche Tätigkeit von allgemeinem Interesse 284
aa) Wirtschaftliche Tätigkeit 285
bb) Allgemeines Interesse 286
(1) Zielsetzung der Tätigkeit 286
(2) Universaldienstleistungen 287
(3) Definitionshoheit der Mitgliedstaaten 290
cc) Ergebnis 293
3. Besondere Aufgaben 294
4. Betrauung 295
II. „Verhinderung“ der Aufgabenerfüllung – Erforderlichkeitsprüfung 298
1. Gefährdungsmaßstab (Art. 86 Abs. 2 S. 1) 298
2. Interesse der Gemeinschaft (Art. 86 Abs. 2 S. 2) 299
3. Abwägung 300
4. Darlegungs- und Beweislast 303
5. Bewertung 304
III. Tragweite von Art. 16 EG 305
IV. Unmittelbare Anwendbarkeit 311
V. Ergebnis 313

7. Teil: Öffentliche Auftragsvergabe 314

I. Vergabebestimmungen 314
II. Inhouse-Vergabe 316
III. Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) – Konzessionsvergabe 319

8. Teil: Sekundärrechtliche Vorgaben 320

I. Universaldienstkonzept im Telekommunikationsrecht 321
II. Vorbehalt im Energierecht 323
III. Sukzessive Liberalisierung im Postsektor 326
IV. Bewertung 328

9. Teil: Rechtspolitische Debatte vor Lissabon 329

I. Europäische Rahmenrichtlinie 329
1. Hintergrund und Ziel 330
2. Aktuelle Entwicklung 334
3. Kompetenzgrundlage 336
a) Art. 86 Abs. 3 EG 336
b) Art. 95 EG 339
c) Art. 83 oder 89 EG 341
d) Art. 308 EG 342
II. Fazit 343

10. Teil: Vertrag von Lissabon 345

I. Charta der Grundrechte – Art. 36 GRC 346
1. Diskussion im Grundrechtekonvent 347
2. Kommentierung 348
II. Änderungen aus dem Vertrag über eine Verfassung für Europa 349
1. Bedeutung der Neuregelung in Art. 14 Satz 2 AEU 350
2. Bewertung 352
3. Ergebnis 352
III. Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse 353
1. Rechtliche Konzeption des „Daseinsvorsorgeprotokolls“ 355
a) Formelle Konzeption 356
b) Inhaltliche Systematik 356
2. Auslegende Wirkung 357
a) Tatbestandsseite 357
b) Rechtfertigung im Kontext von Art. 106 Abs. 2 AEU 359
3. Schussfolgerungen 362

11. Teil: Abschließende Bewertung 364

Kapitel 4: Vergleichende Schlussbetrachtung 369

Literaturverzeichnis 377
Sachregister 409

Einleitung

Der Gedanke, dass der Staat Verantwortung trägt für die Gewährleistung einer angemessenen Versorgung der Bevölkerung mit Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, ist vermutlich so alt wie der moderne Staat selbst.[1] Die Art und Weise, wie der Staat dieser Verantwortung gerecht zu werden vermag, ist jedoch dem Wandel der Zeiten und Anschauungen unterworfen. Die Erkenntnis, dass der „Wohlstand der Nationen"[2] keineswegs davon abhängt, sondern sogar erheblich gemindert werden kann, wenn der Staat jegliche Produktion und Verteilung von Gütern und Leistungen in eigener Regie zu organisieren versucht, hat dazu geführt, dass jedenfalls seit *Adam Smith* stets neu darüber nachgedacht wird, wie eine sinnvolle Grenze zwischen staatlicher und privater Wirtschaftstätigkeit zu ziehen ist.[3] Grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten hat es dabei zu allen Zeiten gegeben. Der mit Globalisierung beschriebene Prozess hin zur wissensbasierten Dienstleistungsgesellschaft, die Auflösung der weltpolitischen Blöcke, die politisch gewollte Liberalisierung des Welthandels sowie der außerordentliche technologische Fortschritt im Informations-, Kommunikations- und Transportsektor bei gleichzeitiger Senkung der Nutzungskosten haben zu einer sprunghaften Verdichtung und Beschleunigung[4] grenzüberschrei-

---

[1] Vgl. *Behrens,* Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei öffentlichen Dienstleistungen und die Beschränkung durch Regelungen zur Erfüllung „besonderer Aufgaben", in: Hasse/Schenk/Straubhaar/Wass von Czege (Hrsg.), Wettbewerb und die Rolle der öffentlichen Unternehmen in der Europäischen Union, 2004, S. 26; vgl. auch *ders*., Public Services and the Internal Market, in: Einhorn (Hrsg.), Spontaneous order, organization and the law. Liber Amicorum Mestmäcker, 2003, S. 41 f.

[2] Wohlstand der Nationen (vollständiger englischer Titel: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations) ist das 1776 erschienene Hauptwerk des schottischen Ökonomen *Adam Smith*. Das vollständige Werk in englischer Sprache ist erhältlich unter http://en.wikisource.org/wiki/The_Wealth_of_Nations.

[3] *Behrens,* Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei öffentlichen Dienstleistungen und die Beschränkung durch Regelungen zur Erfüllung „besonderer Aufgaben", in: Hasse/Schenk/Straubhaar/Wass von Czege (Hrsg.), Wettbewerb und die Rolle der öffentlichen Unternehmen in der Europäischen Union, 2004, S. 26.

[4] Vgl. *Ehlers,* Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, in: Verhandlungen des vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band 1, Gutachten, Teil E, S. 13.

tender Interaktionen beigetragen, für die ein rechtlicher Rahmen geschaffen werden muss.

Nachdem der Fokus des internationalen Handels in den vergangenen Jahrzehnten vorwiegend auf den freien Warenhandel gerichtet war, rückt in den letzten Jahren immer stärker der Dienstleistungsverkehr in das Blickfeld europäischer und weltweiter Liberalisierungspolitik. Im Zusammenhang mit diesem globalen Strukturwandel kommt der Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge eine besondere Bedeutung zu. Der Grund dafür liegt auf der Hand: Die Versorgung mit Gas, Wasser und elektrischer Energie, die Abwasserbeseitigung, die Abfallentsorgung, der öffentliche Personenverkehr, die Krankenhausversorgung, die Kommunikation, auch der Unterhalt und der Betrieb kultureller, sportlicher sowie nicht zuletzt sozialer Einrichtungen – um nur einige Beispiele zu nennen – sind Erscheinungsformen jener Staatsaufgabe, deren Sinn darin besteht, ein Zusammenleben in einer modernen Gesellschaft überhaupt erst zu ermöglichen.[5] Wer sie erbringt, das kann freilich höchst unterschiedlich ausgestaltet werden. Aus den Versorgungszielen Kontinuität, Qualität und Verfügbarkeit einer Dienstleistung ergibt sich jedenfalls nicht zwingend eine bestimmte Organisationsform etwa zugunsten öffentlicher Versorgungseinrichtungen, privater Monopole oder eines generellen Vorzugs für inländische Anbieter. Außerhalb von Kernbereichen staatlicher Aufgabenerfüllung – wie Justiz und Polizei – bestehen zahlreiche institutionelle Optionen zur Bereitstellung dieser Dienste. Der Staat muss sich vieler dieser Lebensvoraussetzungen nicht selbst annehmen, um sie gewährleisten zu können.[6]

Auf europäischer Ebene bewegt sich die Debatte zwischen zwei gegensätzlichen Polen. Einerseits besteht die Sorge, die Kommission breche im Rahmen ihrer Marktöffnungsstrategien in traditionelle Strukturen der Mitgliedstaaten ein, missachte das Subsidiaritätsprinzip und schränke die Mitgliedstaaten in ihrer politischen Gestaltungsfreiheit ein. Andererseits wird befürchtet, dass mit der Berufung auf die Daseinsvorsorge wichtige Wirtschaftsbereiche dem Wettbewerb entzogen werden sollen und sich die Europäische Union damit (noch) weiter von ihrem 2000 in Lissabon gesetzten Ziel entfernt, sich zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt“[7] zu entwickeln.

Die Gründung der Welthandelsorganisation (WTO) am 1. Januar 1995 und das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistun-

---

[5] *Schink*, Kommunale Daseinsvorsorge in Europa, DVBl. 2005, S. 861.

[6] *Miegel*, Die Zukunft der Öffentlichen Daseinsvorsorge, in: Schader-Stiftung (Hrsg.), Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung?, 2003, S. 30.

[7] Europäischer Rat (Lissabon), 23./24. März 2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, S. 2, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/de/ec/00100-r1.d0.htm.

gen (GATS) sowie der Vorschlag für eine Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft über Dienstleistungen im Binnenmarkt[8] im Jahre 2006 haben die öffentliche Diskussion über die Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge neu belebt. Dabei geht es um die Grundsatzfrage, inwieweit Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, die in einem atypischen Markt, der sich durch den Grundsatz der Solidarität und eine starke Gemeinwohlbindung auszeichnet, in dem aus unterschiedlichen Gründen bisher kein freier Wettbewerb herrschte, für den Markt und damit für den Wettbewerb geöffnet werden dürfen. *Miegel* konstatiert in diesem Zusammenhang: „Es geht um den Erhalt von Altvertrautem und die Schaffung von Neuem. Es geht um viel Geld. Vor allem aber geht es um Einfluss und Macht. Wer das verkennt, verkennt den Kern der Debatte."[9] *Cruz* kommt bezogen auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Europarecht zu dem Befund: „Our topic is therefore important, difficult, and conflictive. It is a topic about limits, blurred area, and tensions: between the public and the private spheres, the State and the market, cooperative and competitive conceptions of society, market failures and State failures, the social and liberal elements of constitutionalism. It is a difficult legal topic that has to do with the limits of the Community legal and political order and of the competences of the Union."[10]

Wie dem auch sei, die Frage nach den rechtlichen Rahmenbedingungen der Daseinsvorsorge berührt – wie *John Rawls* es einst ausgedrückt hat – „the basic structure of society, which is the primary subject of justice"[11]. Zusammengenommen legen diese Rahmenbedingungen die Rechte und Pflichten der Menschen fest und beeinflussen ihre Lebenschancen, was sie werden können und wie gut es ihnen gehen wird.[12] „Wie die großen Interessengegensätze ausgeglichen werden können, ist noch unklar. Aber eines scheint gewiss: Das Thema dürfte in den kommenden Jahren zu den spannendsten auf dem Feld der europäischen Unternehmenspolitik gehören!"[13].

Angesichts der schwierigen Gemengelage zwischen den Anforderungen, die das nationale Recht für den Bereich der Daseinsvorsorge bereithält, den Einflüssen des internationalen Wirtschaftsrechts und dem prinzipiellen

---

[8] Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006 Nr. L 376/36.

[9] *Miegel*, Die Zukunft der Öffentlichen Daseinsvorsorge, in: Schader-Stiftung (Hrsg.), Öffentliche Daseinsvorsorge – Problem oder Lösung?, 2003, S. 30.

[10] *Cruz*, Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law, in: De Búrca, Gráinne (Hrsg.), EU law and the welfare state, 2005, S. 169 (171).

[11] *Rawls*, A Theory of Justice, 1973, S. 3, 7 and 54.

[12] *Rawls*, A Theory of Justice, 1973, S. 7.

[13] FAZ v. 17. 6. 2003, „Kommunen und ihre Betriebe entdecken Europa – Wie viel Markt brauchen die Dienstleistungen der ‚Daseinsvorsorge'?", S. 18.

Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts,[14] lohnt es sich, einen Blick auf die Rahmenbedingungen der Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge zu werfen. Denn ob und wie die Staatswirtschaft auf die skizzierten Veränderungen reagieren soll, wird insbesondere in den so genannten wettbewerblichen Ausnahmebereichen[15] kontrovers diskutiert. Hier fanden sich über Jahrzehnte hinweg die gewichtigsten Marktzutrittsbarrieren überhaupt. Ganz überwiegend waren sie staatlich verursacht oder sogar durch Staatsmonopole abgesichert. Inzwischen haben sich die Rahmenbedingungen in den meisten dieser Bereiche grundlegend verändert und beeinflussen das Verhalten aller Beteiligten nachdrücklich. Diese Rahmenbedingungen sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Ziel der Arbeit ist es, durch die Analyse der Liberalisierungsstruktur herauszufinden, inwiefern Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im Welthandelsrecht einerseits und im Europarecht andererseits eine Sonderbehandlung erfahren. Nach der Schaffung einer begrifflichen Grundlage (1. Kapitel) werden zunächst die weltwirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen (2. Kapitel) und dann das geltende Recht der Europäischen Union (3. Kapitel) in Augenschein genommen. Anschließend erfolgt eine Gegenüberstellung der Ergebnisse (4. Kapitel). Auf der Grundlage dieses Vergleichs basiert die These, dass sich die Verträge in ihrer Liberalisierungsstruktur an einer für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge maßgeblichen Stelle voneinander unterscheiden.

Die Untersuchung gliedert sich in vier Kapitel. Das erste Kapitel befasst sich mit den begrifflichen Grundlagen. Kapitel zwei bietet zunächst einen historischen Hintergrund über die Entstehungsgeschichte des internationalen Handels mit Dienstleistungen (1. Teil) und befasst sich dann mit einer Analyse des allgemeinen Anwendungsbereichs des GATS (2. Teil), bevor auf die Anwendbarkeit des GATS auf Dienstleistungen der Daseinsvorsorge eingegangen wird (3. Teil). Hierbei wird eine Interpretation der Artikel 1 Abs. 3 lit. b) und c) GATS vorgenommen, welche Ausnahmen für Dienstleistungen enthalten, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden. Im Kern geht es dabei um die oben aufgeworfene Frage, ob es sich bei dieser Vorschrift um eine Sonderregelung für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO-rechtlichen Rahmen handelt. Daran anschließend soll die Struktur und Organisation von Liberalisierungsprozessen im völkerrechtlichen Rahmen aufgezeigt werden (4. Teil), in dem auch der Einfluss der GATS-Vorschriften des Marktzugangs (Art. XVI GATS) und der Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) auf Dienstleistungen der Da-

---

[14] *Papier*, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2003, S. 686 (687).

[15] *Paulweber/Weinand*, Europäisierte Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 2001, S. 232.

seinsvorsorge einer näheren Untersuchung zugeführt wird. Daran anschließend werden die zur Verfügung stehenden Rechtfertigungsmöglichkeiten bei einem möglichen Verstoß gegen das GATS erörtert (5. Teil), bevor der bereits in der Uruguay-Runde eingegangene Stand der Verpflichtungen im Bereich der Daseinsvorsorge beispielhaft analysiert wird (6. Teil). Nach einem kurzen Blick auf mögliche Weiterentwicklung der Regeln des GATS (7. Teil) findet der Gedanke einer transnationalen Gewährleistungsverantwortung Berücksichtigung (8. Teil). Schließlich werden die Ergebnisse des zweiten Kapitels einer abschließenden Bewertung zugeführt (9. Teil).

Das dritte Kapitel beschäftigt sich mit den europarechtlichen Rahmenbedingungen. Auf Grundlage einer Darstellung der seit Gründung der Union bestehenden Konfliktlage bezüglich der Daseinsvorsorge im Gemeinschaftsrecht (1. Teil) soll auch hier die Frage der Anwendbarkeit des Vertrages auf Dienstleistungen der Daseinsvorsorge diskutiert werden, die sich nicht in allen Teilen als unumstritten darstellt (2. Teil). Nach einem kurzen Hinweis auf die Bedeutung öffentlicher Unternehmen im Gemeinschaftsrecht (3. Teil) befasst sich die Untersuchung mit den staatsbezogenen Normen (4. Teil) und dann mit dem unternehmensbezogenen Teil des Vertrages (5. Teil). Thematische Zentralnorm des Europarechts ist Art. 86 Abs. 2 EG, der den oben aufgezeigten Konflikt zwischen mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge und gemeinschaftsrechtlicher Liberalisierung einer Lösung zuführen soll (6. Teil). Es folgt ein kurzer Blick auf die öffentliche Auftragsvergabe (7. Teil), bevor auf die sekundärrechtlichen Vorgaben im EG-Recht einzugehen sein wird (8. Teil). Auf Grundlage der rechtspolitischen Debatte vor dem Europäischen Rat von Lissabon am 13. Dezember 2007 (9. Teil) sollen die Vertragsänderungen durch den Vertrag von Lissabon eine Würdigung erfahren (10. Teil), bevor die Ergebnisse des dritten Kapitels zusammengefasst werden (11. Teil).

Im vierten Kapitel werden die über die Liberalisierungsstruktur der Verträge gewonnenen Erkenntnisse gegenübergestellt. Basierend auf dem Vergleich der verschiedenartigen Liberalisierungsstrukturen der Verträge bildet das vierte Kapitel den Abschluss der Arbeit, in dem Schlussfolgerungen gezogen werden, welche die zentrale These der Arbeit begründen.

Kapitel 1

Begriffliche Grundlage

Bevor die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht näher untersucht werden können, ist zunächst eine begriffliche Grundlage zu schaffen, von der in der vorliegenden Arbeit ausgegangen wird.

I. Dienstleistungen

Der Begriff „Dienstleistungen" umfasst eine Vielzahl von Tätigkeitsbereichen. Die Bandbreite reicht von Transportdienstleistungen im Verkehrssektor (Waren- und Personentransport zu Land, in der Luft und zur See) über Telekommunikation (Telefon, Telefax, Post, Internet) und Medien, persönliche Dienstleistungen im Gesundheitssektor, in den rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen bis hin zu dem weiten Feld der Finanzdienstleistungen, die vor allem Bank-, Wertpapier- und Versicherungsprodukte umfassen.[1] Dienstleistungen wurden scherzhaft einmal als etwas charakterisiert, das man kaufen und verkaufen, einem aber nicht auf den Fuß fallen kann (a service is anything that cannot be dropped on your foot)[2]. Vielleicht trifft jene bildhafte Beschreibung den Kern des Begriffs am nächsten. Jedenfalls konnte bisher eine klare Begriffsabgrenzung – soweit ersichtlich – weder theoretisch noch in der Praxis befriedigend gelöst werden.[3] Eine allgemein anerkannte Definition durch bilaterale Abkommen oder völkerrechtliche Praxis gibt es bis heute nicht.[4] Fest steht aber: Dienstleistungen beherrschen unseren Alltag – wir sind darauf angewiesen. „From the moment we wake, to the moment we sleep we rely on services: the water that we drink, the postal service that delivers our mail,

---

[1] *Ohler,* Handel mit Dienstleistungen, in: Weiß/Herrmann/Ohler, Welthandelsrecht, 2007, S. 373 (376), Rn. 812.

[2] *Drake/Nicolaidis*, Ideas, interests, and institutionalization: „trade in services" and the Uruguay Round, International Organization, 1992, S. 37 (43).

[3] Ausführlich dazu *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 28–33.

[4] Vgl. *Stadler,* Die Liberalisierung des Dienstleistungshandels am Beispiel der Versicherungen, 1992, S. 28; *Ipsen/Haltern*, Reform des Welthandelssystems?, 1991, S. 84 f.; *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 28.

the buses and trains that we travel on and the construction service that maintains our roads. Our libraries, holidays, banks, rubbish collection, schools and hospitals, are all services that feed our daily lives. Services include things that are intangible like education, health care or cleaning."[5]

1. Beispiele für den Export und Import von Dienstleistungen

Um die Heterogenität der vielfältigen Bereiche zu veranschaulichen, sollen – basierend auf der Darstellung bei *Stadler*[6] – in Anlehnung an *Feketekuty* einige Beispiele für den Export und Import von Dienstleistungen als Ausgangspunkt für eine Charakterisierung des Dienstleistungshandels angeführt werden.[7] Dienstleistungsexporteure sind danach beispielsweise die Sekretärin einer Anwaltssozietät, die einen Anruf einer ausländischen Firma entgegennimmt; die Besetzung einer Fernsehshow, welche im Ausland ausgestrahlt wird; oder ein Ingenieur, der eine Brücke konstruiert, die dann im Ausland gebaut wird. Demgegenüber importieren die folgenden Personen jeweils Dienstleistungen: Ein Student, der eine ausländische Universität besucht; eine Geschäftsfrau, die sich ihre Haare bei „Jean Pierre" nach neuester Pariser Mode stylen lässt; oder ein Investor, der Aktien an ausländischen Wertpapierbörsen kauft.[8]

2. Definitionsansätze in der Literatur

In der einschlägigen Fachliteratur finden sich zahlreiche Definitionsansätze[9] zum Begriff Dienstleistung, wobei die Ansätze von *Hill* und *Snape* – ungeachtet des Fehlens einer allgemein anerkannten Definition – die bisher in der internationalen Literatur gängigsten Definitionen bilden.[10]

---

[5] http://www.wdm.org.uk/campaigns/past/gats/gats1.htm.

[6] *Stadler,* Die Liberalisierung des Dienstleistungshandels am Beispiel der Versicherungen, 1992.

[7] *Feketekuty*, International Trade in Services, 1988, S. 3.

[8] *Feketekuty*, International Trade in Services, 1988, S. 3 ff.

[9] Vgl. *Abu-Akeel*, Definition of trade in services under the GATS, Geo Wash. J. Int'l L & Econ 1999, S. 189–210; *Trebilcock/Howse,* The Regulation of International Trade, 2005, S. 350; *Bhagwati*, International Trade in Services and Disembodiment of Services and Developing Nations, World Economy 1984, S. 133; *Bullinger*, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, JZ 2003, S. 597–604; *Essebier*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb, 2005; *Pitschas*, Die Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels im Rahmen des GATS, RIW 2003, S. 676–689; *Feketekuty*, International Trade in Services, 1988, S. 3; *Nicolaides*, Liberalizing Services Trade, 1989, S. 7 ff; *Stahl*, Liberalizing International Trade in Services: the Case for Sidestepping the GATT, Yale J. Int'l L. 1994, S. 405 (409).

[10] *Stadler*, Liberalisierung des Dienstleistungshandels am Beispiel der Versicherungen, 1992, S. 28, Anm. 42.

a) Definitionsansätze

Hill definiert eine Dienstleistung als „die Veränderung des Zustandes einer Person oder einer zu einer wirtschaftlichen Einheit (*economic unit*) gehörenden Ware, herbeigeführt als das Ergebnis einer Aktivität einer anderen wirtschaftlichen Einheit unter vorheriger Genehmigung der erstgenannten Person oder wirtschaftlichen Einheit“[11]. Dieser Ansatz erfasst zwar den oben angesprochenen französischen Modehaarschnitt bei „Jean Pierre“, wird aber in anderen Dienstleistungsbereichen problematisch – z. B. im Versicherungswesen oder in der Anlageberatung. *Feketekuty* weist darauf hin, dass im Versicherungswesen eine durch das Ausstellen einer Versicherungspolice hervorgerufene Veränderung des Befindens oder Verhaltens des Versicherungsnehmers das Letzte ist, was der Versicherungsagent anstrebt.[12] Gerade in derartigen Bereichen erscheint die von *Snape* entwickelte Definition des Dienstleistungshandels als weniger problematisch. Für ihn ist internationaler Dienstleistungshandel „das Anbieten von nicht in Waren inkorporierter Dienstleistungen durch die Einwohner eines Landes an die Einwohner in einem anderen Land. Der Dienstleistungsempfänger kann eine natürliche Person (Unterhaltung, Tourismus, etc.), eine juristische Person, wie zum Beispiel ein Unternehmen oder eine Regierung (Versicherung, etc.) sowie eine Sache, wie beispielsweise ein Flugzeug (Reparatur, etc.) oder eine Handelsware (Transport, etc.) sein“[13].

b) Unterscheidungskriterien zum Warenhandel

In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird überwiegend auf dienstleistungsspezifische Eigenschaften zurückgegriffen, um den Dienstleistungshandel vom Warenhandel zu unterscheiden.[14] Die Schwierigkeit bei der Abgrenzung zu Waren ist, dass eine Ware in den meisten Fällen mit einer Reihe von Dienstleistungen verbunden ist.[15] Der Verkauf eines Computers etwa macht den Transport, den Vertrieb, die Bewerbung und den Verkaufsakt selbst erforderlich, ganz zu schweigen von der diesbezüglichen Software, Bedienungsanleitung und Reparaturgarantie. Alles das sind Dienstleistungen, ohne die der Warenwert verloren ginge oder erst gar nicht existent wäre. Grundsätzlich werden Waren allgemein als körperlich

---

[11] *Hill*, On Goods and Services, Review of Income and Wealth 1977, S. 315 (318).

[12] *Nicolaides*, Liberalizing Service Trade, 1989, S. 8.

[13] *Snape,* in: Messerlin/Sauvant (Hrsg.), Principles in Trade in Services, S. 5.

[14] *Stadler*, Liberalisierung des Dienstleistungshandels am Beispiel der Versicherungen, 1992, S. 29; *Martini,* Die WTO und die rechtliche Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit in den Mitgliedsstaaten, 2002, S. 80.

[15] Vgl. *Trebilcock/Howse,* The Regulation of International Trade, 2005, S. 350; *Feketekuty,* International Trade in Services, 1988, S. 3.

fassbar (*tangible*), sichtbar (*visible*), beständig (*permanent*) und lagerfähig (*storable*) bezeichnet.[16] Demgegenüber werden Dienstleistungen als nicht fassbar (*intangible*), unsichtbar (*invisible*) und vergänglich (*transient*) und daher als nicht lagerfähig (*unstorable*) charakterisiert[17], wobei sich diese Eigenschaften vor allem auf das Produkt der Tätigkeit und weniger auf die Tätigkeit an sich beziehen.[18] Die Verallgemeinerung jener Erkenntnis stößt allerdings auf die Problematik, dass Dienstleistungstätigkeiten wie etwa der Reparaturdienst oder die zahnmedizinische Behandlung durchaus sichtbare Produkte hervorbringen.[19]

Aufgrund der fehlenden Lagerfähigkeit fallen die Produktion und die Verwertung der Dienstleistung nach dem so genannten *uno-actu-Prinzip*[20] sowohl räumlich als auch zeitlich zusammen. Das heißt, Dienstleistungsanbieter und Dienstleistungskonsument müssen in persönlichen Kontakt oder eine andere Art der direkten Kommunikation treten (*need for physical proximity*).[21] Die Notwendigkeit einer gleichzeitigen räumlichen Präsenz von Anbieter und Konsument kennzeichnet auch heute noch viele Tätigkeitsbereiche im Dienstleistungssektor und stellt im internationalen Dienstleistungshandel für Staaten nicht selten das entscheidende Problem gegenüber der Öffnung ihres Marktes dar; insbesondere, wenn die Dienstleistung an einer Person erbracht wird, wie im Fall des Haarschnitts, aber

---

[16] Etwa *Nicolaides*, Liberalizing Service Trade, 1989, S. 7; *Hoekman/Sauvé*, Liberalizing Trade in Services, S. 1; *Abu-Akeel*, Definition of trade in services under the GATS, Geo Wash. J. Int'l L & Econ., 1999, S. 189 (190); *Ohler,* Handel mit Dienstleistungen, in: Weiß/Herrmann/Ohler, Welthandelsrecht, 2007, S. 373 (376), Rn. 813; *Lentz,* Liberalizing trade in services, in: Böckstiegel (Hrsg.), Perspectives of air law, space law, and international business law for the next century, 1996, S. 147 (149).

[17] Etwa *Stahl*, Liberalizing International Trade in Services: the Case for Sidestepping the GATT, Yale J. Int'l L. 1994, S. 409; *Nicolaides*, Liberalizing Service Trade. Strategies for Success, 1989, S. 7; *Hoekman/Sauvé*, Liberalizing Trade in Services, S. 1; *Trebilcock/Howse,* The Regulation of International Trade, 2005, S. 350; *Stadler*, Liberalisierung des Dienstleistungshandels am Beispiel der Versicherungen, 1992, S. 29; *Ipsen/Haltern*, Reform des Welthandelssystems, 1991, S. 85; *Hindley,* in: Messerlin/Sauvant (Hrsg.), Principles in Trade in Services, 1990, S. 12; *Hoekman*, Market Access Through Multilateral Agreement: From Goods to Services, The World Economy, 1992, S. 707 (711).

[18] *Stadler*, Liberalisierung des Dienstleistungshandels am Beispiel der Versicherungen, 1992, S. 30.

[19] *Eckert*, Die Liberalisierung internationaler Finanzdienstleistungen durch das General Agreement on Trade in Services (GATS), 1997, S. 16.

[20] *Stadler*, Liberalisierung des Dienstleistungshandels am Beispiel der Versicherungen, 1992, S. 32.

[21] *Stahl*, Liberalizing International Trade in Services: the Case for Sidestepping the GATT, Yale J. Int'l L. 1994, S. 409 f.; *Hoekman*, Market Access Through Multilateral Agreement: From Goods to Services, The World Economy, 1992, S. 707 (710).

auch in den Bereichen Transport, Tourismus, Unterhaltung, Bildung sowie im Gesundheitswesen.

3. Ergebnis

Nun wäre es vermessen, als Ergebnis eine eigene Definition des Dienstleistungsbegriffs zu präsentieren. Aufgrund der aufgezeigten Mängel einer klaren Abgrenzung der Dienstleistung von der Ware anhand des Kriteriums der Stofflichkeit und der daran angelehnten Aspekte der Dienstleistung erscheint es sinnvoll, auf eine starre begriffliche Definition zu verzichten und einer enumerativen Herangehensweise den Vorzug zu geben.[22] Diesem Ergebnis kommt insofern eine gewisse Plausibilität zu, als in der wirtschaftlichen Realität oftmals ein und derselbe Vorgang sowohl als Warenherstellung als auch als Dienstleistungserbringung aufgefasst wird.[23] Außerdem ist zu bedenken, dass gerade der Bereich der Dienstleistungen einem permanenten technologischen und wirtschaftlichen Wandel unterworfen ist.[24]

Für die vorliegende Untersuchung besteht für eine abschließende Festlegung auch deshalb keine Notwendigkeit, weil es allein darauf ankommt, dass sich die Vertragspartner der zu untersuchenden Verträge darüber einig sind, welche Tätigkeiten sie im einzelnen in den Anwendungsbereich der vereinbarten Regelungen einbeziehen wollen und welche nicht.

II. Daseinsvorsorge

Der zweite zentrale Begriff der Arbeit lautet „Daseinsvorsorge". Es gibt in der Rechtswissenschaft wohl kaum einen Terminus, der einerseits eine größere Faszination ausgelöst, aber andererseits auch mehr Ärgernis erregt hat als der Begriff der Daseinsvorsorge.[25] Während noch in den 1970er Jahren kaum jemand widersprach, als *Bodo Börner* die Daseinsvorsorge als Irrwisch bezeichnete, die durchs Recht wische und zum Sumpf locke,[26] hat der Begriff in den letzten Jahren wieder große Aufmerksamkeit auf sich

---

[22] *Gershuny/Miles*, The new service economy, 1983, S. 250.

[23] Vgl. dazu auch *Bhagwati*, International Trade in Services and its Relevance for Economic Development, in: Giarini (Hrsg.), The Emerging Service Economy, 1987, S. 3 (7).

[24] *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 35.

[25] *Ossenbühl*, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513 (514); *Ambrosius,* Services Publics, Leistungen der Daseinsvorsorge der Universaldienste?, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000, S. 15; *Möstl,* Renaissance und Rekonstruktion des Daseinsvorsorgebegriffs unter dem Europarecht, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, FS Badura, 2004, S. 951 ff..

[26] *Börner,* Irrwisch Daseinsvorsorge, BayVBl. 1971, S. 406 (408).