

**Von der Marktöffnung zum unverfälschten Wettbewerb für  
Dienstleister unter dem GATS?**

Regeln zur Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsmärkten und  
gemeinwohlbezogene Eingriffe des Staates

Dissertation  
Zur Erlangung der Doktorwürde  
an der Fakultät für Rechtswissenschaft  
der Universität Hamburg

vorgelegt von  
Gunnar Kallfaß  
aus Bonn

Hamburg 2013

Erstgutachter: Prof. Dr. Stefan Oeter

Zweitgutachter: Prof. Dr. Armin Hatje

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Mai 2013

# Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Einleitung .....	1
1. Teil: Der regelungssystematische Hintergrund.....	7
1. Abschnitt: Wettbewerbsschutz und Dienstleistungshandel .....	7
A. Wettbewerbsschutz und Handelsregeln: Komplementär- oder Konfliktverhältnis?.....	8
I. Regelungsbereich und –struktur von Handels- und Wettbewerbsrecht .....	9
1. Regelungsadressaten: staats- oder unternehmensgerichtet .....	9
2. Räumlicher Referenzpunkt: Grenze oder Markt .....	15
II. Finalität: Zugang oder Effizienz .....	16
1. Wohlfahrtssteigerung als übergreifendes Ziel.....	17
2. Unterschiedliche Betonung, Zweck-Mittel-Relation .....	18
3. Vertikale Beschränkungen als Kristallisationspunkt.....	20
4. Zwischenergebnis .....	23
III. Folgen für die Debatte in der WTO.....	23
B. Die spezifischen Bedingungen wichtiger Dienstleistungsmärkte .....	26
I. Die adressatenbezogene Unterscheidung .....	26
II. Abrücken von der Grenze als Referenzpunkt.....	27
III. Konsequenzen aus der zielmarktorientierten Regelungsstruktur des GATS .....	29
IV. Merkmale der im Blickpunkt stehenden Dienstleistungssektoren .....	31
1. Marktversagen, insb. Monopolistische Engpasseinrichtungen .....	32
2. Meta-wettbewerbliche Ziele.....	33
V. Folgen für die Regelungsprioritäten.....	34
C. Zwischenergebnis zu Wettbewerbsschutz und Dienstleistungshandel .....	37
2. Abschnitt: Das flexible Regelungswerk des GATS und Dienstleistungen im besonderen öffentlichen Interesse .....	38
A. Die fehlende Kategorie der „public services“ .....	49
I. Verschiedene Annäherungen an die betroffene Kategorie.....	40

II.	Bedeutung der verschiedenen Vorstellungen für das GATS.....	43
B.	„Äußere“ Flexibilität in der Unterstellung unter das GATS .....	46
I.	Weiter Geltungsbereich, Art. I:1 GATS.....	46
II.	Enger Ausnahmebereich: Ausübung hoheitlicher Gewalt, Art. I:3 GATS .....	48
1.	„Exercise of governmental authority“ .....	50
2.	„Neither on a commercial basis“ .....	51
3.	„Nor in competition with one or more service suppliers“ .....	53
4.	Einschaltung Privater („Dreiecksverhältnisse“).....	54
5.	Konkrete oder abstrakte Betrachtung .....	55
6.	Zwischenergebnis .....	59
III.	Ausgestaltungsfreiheit in den Verpflichtungslisten .....	60
1.	Übersicht typischer Inhalte betreffend „public services“ .....	61
a.)	Horizontale Bestimmungen .....	61
b.)	Sektorspezifische Lösungen .....	64
2.	Probleme dieser Art von Flexibilität .....	65
C.	„Innere“ Flexibilität des GATS: Liberalisierung oder Deregulierung? .....	68
I.	Verringerung der Regulierungsdichte: Von der Zugangs- zur Verhaltens- und Anreizregulierung .....	71
II.	Art. XVI GATS als Mindeststandard der Marktöffnung bzw. „Bestreitbarkeit“ .....	72
1.	Der besondere Charakter des Art. XVI GATS im Vergleich zum GATT .....	73
2.	Der Fall „US-Gambling“ .....	74
3.	Art. XVI GATS als „Fremdkörper“? .....	76
III.	Sonstige Zugangs- und Verhaltensregulierung zwischen Inländer- Behandlung und „necessity“-Test .....	77
1.	Art. XVII GATS, Inländerbehandlung.....	78
a.)	Das allgemeine Problem des Prüfmaßstabs .....	78
b.)	Das zusätzliche Problem der „like service supplier“ .....	81
2.	Art. VI GATS, Innerstaatliche Regulierung.....	82
IV.	Fehlende Disziplinen für die Anreiz und Wettbewerbsregulierung.....	85
1.	Subventionen .....	86
2.	Öffentliches Beschaffungswesen .....	87
3.	„Re-Regulierung“ .....	89
a.)	Monopole, Art. VIII GATS.....	90

aa.) Adressaten des Art. VIII GATS .....	90
bb.) Art. VIII:1 GATS, Bindung im Monopolbereich.....	92
cc.) Art. VIII:2 GATS, Bindung außerhalb des Monopolbereichs ...	94
dd.) Bewertung .....	96
b.) Wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken, Art. IX GATS .....	97
c.) Sonstige Verantwortlichkeit für privates Handeln .....	97
d.) Schutz über Inländergleichbehandlung im nationalen Wettbewerbsrecht.....	98
D. Zwischenergebnis zum Regelungswerk des GATS .....	100
2. Teil: Regelungsansätze für Wettbewerbsmärkte und die Verfolgung nicht-ökonomischer Ziele.....	102
1. Abschnitt: Die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsmärkten.....	103
A. Das „Reference Paper on Basic Telecommunications“ als Präzedenzfall sektorspezifischer „Re-Regulierung“ .....	103
I. Hintergrund, Entstehungsgeschichte und Anwendungsfälle.....	105
1. Verhandlungsgeschichte.....	105
2. Hintergrund und Funktion des Referenzpapiers.....	108
3. Der Streitfall „Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services“.....	110
4. Weitere Anwendungspraxis .....	113
II. Anwendungsbereich des Referenzpapiers.....	114
1. Basistelekommunikationsdienstleistungen.....	114
2. Erbringungsmodalitäten i.S.v. Art. I:2 GATS.....	116
III. Das Objekt der Disziplinen: der „major supplier“ .....	117
1. Erste Einordnung des Begriffs .....	118
2. Prüfungsaufbau laut „Telmex“-Panel.....	120
3. Kontrolle wesentlicher Einrichtungen.....	122
a.) Die Problematik der „essential facility“-Doktrin .....	122
b.) Die Definition des Referenzpapiers .....	124
4. Nutzung der Marktstellung.....	126
5. Kollektiver „major supplier“? .....	127
IV. Die Wettbewerbsregeln .....	129
1. Die Generalklausel .....	129

a.) Unilaterale Handlungen und Absprachen .....	131
b.) Erfasste unilaterale Handlungen.....	134
c.) Bisherige Erkenntnisse zu Wettbewerbsstandards .....	136
2. Die konkreten Schutzklauseln .....	137
a.) Wettbewerbswidrige Quersubventionierung.....	138
b.) Missbrauch von Informationen .....	141
c.) Zugang zu „wesentlichen“ Informationen.....	141
3. Von den Wettbewerbsregeln nicht erfasste Probleme.....	142
4. Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen .....	145
V. Zusammenschaltung als zentrale Wettbewerbsvoraussetzung.....	147
1. Anwendungsbereich der Verpflichtung .....	148
a.) Der Begriff der Zusammenschaltung .....	148
b.) Die Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze und –dienste.....	149
c.) Das Sonderproblem der internationalen Zusammenschaltung .....	151
aa.) Accounting Rates und das Referenzpapier.....	152
bb.) Dogmatische Schwierigkeiten der Erfassung als „Handel“ .....	153
2. Anforderungen an die Zusammenschaltung.....	155
a.) Zusammenschaltungspunkte .....	155
b.) Nichtdiskriminierung .....	156
c.) Kostenorientierung und Entbündelung.....	156
aa.) Das Erfordernis der Kostenorientierung und der anwendbare Kostenstandard.....	156
bb.) Überprüfbarkeit der Kostenorientierung .....	160
cc.) Entbündelung .....	161
d.) Streitbeilegung .....	161
3. Einordnung der Zusammenschaltungsverpflichtung.....	162
VI. Unabhängige Regulierungsbehörde .....	163
VII. Der Weg zur Einbeziehung des Referenzpapiers .....	165
VIII. Überlegungen zur Fortentwicklung des Referenzpapiers .....	167
1. Mechanismen zur Ausbalancierung von Flexibilität, Einfachheit und Präzision .....	170
a.) „Eingriffsschwellen“ der Regulierung .....	170
b.) „Normative Arbeitsteilung“ .....	171

c.) „Überwachte Dezentralisierung“ .....	174
2. Veränderungen im Telekommunikationssektor und ihre Bedeutung für den Regulierungsrahmen .....	178
3. Zugang vs. Effizienz .....	182
IX. Zwischenergebnis zum Referenzpapier.....	185
B. Die Übertragbarkeit des Instrumentes und der Inhalte des Referenzpapiers auf weitere Sektoren .....	187
I. Post- und Kurierdienstleistungen .....	189
1. Die Unterschiede zwischen Post- und Kurierdienstleistungen .....	189
2. Die Entwicklung in wichtigen Volkswirtschaften .....	191
3. Unzureichende internationale Regeln .....	194
4. Inhalte eines möglichen Referenzpapiers.....	197
a.) Verhinderung wettbewerbswidriger Praktiken.....	198
aa.) Inhalt der Vorschläge .....	199
bb.) Einzelne Problembereiche.....	200
b.) Zugangsrechte – „Essential facilities“ im Postsektor?.....	203
c.) Sonderproblem internationaler Zugang.....	206
d.) Unabhängige Regulierungsbehörde .....	209
5. Zwischenergebnis zu Post- und Kurierdienstleistungen .....	209
II. Weitere Kandidaten für sektorspezifische Regulierung.....	210
1. Energiedienstleistungen (Strom, Gas).....	211
2. Transportdienstleistungen .....	213
3. Umweltdienstleistungen (Abwasser, Müllabfuhr) .....	216
4. Zwischenergebnis .....	217
C. Übertragung von Grundprinzipien auf die horizontale Ebene des GATS?.....	218
I. Vor- und Nachteile horizontaler Regeln .....	218
II. Diskutierte Ansätze für horizontale Grundprinzipien .....	222
III. Zwischenergebnis .....	224
D. Zwischenergebnis zur Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsmärkten .....	225
2. Abschnitt: Die Sicherung nicht-ökonomischer Zwecke .....	228
A. Das Konzept der „Universaldienstleistung“ und seine Grenzen .....	232
I. Universaldienst und die allgemeinen Regeln des GATS .....	234
1. Inländerbehandlung und Marktzugang.....	234

2.	Art. VI GATS .....	235
a.)	Anwendbarkeit im Hinblick auf Universaldienstverpflichtungen ....	235
b.)	Universaldienste und Erforderlichkeit („necessity“) .....	236
3.	Zwischenergebnis .....	240
II.	Universaldienst in der Anlage zur Telekommunikation.....	240
III.	Universaldienst im Referenzpapier .....	241
1.	Recht zur autonomen Bestimmung durch die Mitgliedstaaten, Ziff. 3 S. 1 RP.....	241
2.	Anforderungen an den Universaldienst, Ziff. 3 S. 2 RP .....	243
a.)	Anforderungen an die Anwendung der Verpflichtung.....	244
b.)	Anforderungen an die Verpflichtung selbst .....	245
c.)	Funktion der Universaldienstvorschrift.....	246
IV.	Universaldienst im Postsektor .....	248
1.	Definition des Universaldienstes.....	249
2.	Anforderungen an den Universaldienst.....	250
V.	Universaldienst als ausbaufähiges Konzept? .....	252
VI.	Internationaler Universaldienst – Internationale Verteilungsprobleme .....	254
VII.	Zwischenergebnis zum Universaldienst .....	256
B.	Das Subventionsrecht und die Finanzierung nicht-ökonomischer Zwecke .....	257
I.	Der status quo .....	258
II.	Überlegungen zu GATS-spezifischen Subventionsregeln .....	259
1.	Begriff der Subvention .....	260
2.	Subventionen für gemeinwirtschaftliche Dienste als Ausnahmekategorie .....	262
3.	Art der Einbeziehung von Subventionsregeln.....	264
4.	Durchsetzungsmechanismen .....	265
III.	Zwischenergebnis zum Subventionsrecht .....	266
C.	Nicht-ökonomische Zwecke und Ausschreibungswettbewerb.....	267
I.	Dienstleistungshandel und Vergaberecht .....	268
II.	Das GPA und Universaldienstkonstellationen .....	270
1.	Anwendbarkeit des GPA de lege lata.....	271
a.)	Sachlicher Anwendungsbereich .....	271
b.)	Begriff der Beschaffung .....	272
2.	Eignung der Regeln: hinreichende Flexibilität in Bezug auf	

nicht-ökonomische Zwecke.....	275
3. Die „Innovation“ des GPA: Vorgaben zum innerstaatlichen Rechtsschutz.....	279
III. Aufnahme von Verfahrenselementen in sektorspezifische Regeln als Alternative? .....	280
1. Ansätze im Referenzpapier .....	281
2. Mögliche Fortentwicklungen .....	282
IV. Zwischenergebnis zum Ausschreibungswettbewerb.....	284
D. Zwischenergebnis zur Sicherung nicht-ökonomischer Zwecke.....	285
3. Teil: Einordnung der diskutierten Regelungsansätze und Ausblick .....	287
1. Abschnitt: Bedeutung für Handelsrecht und Wettbewerbsregeln.....	289
A. Verhältnis zu weitergehenden Ansätzen .....	289
B. Bedeutung für die Standards und Leitbilder .....	292
2. Abschnitt: Bedeutung für die Fortentwicklung des GATS.....	296
A. Bedeutung für die Struktur des GATS .....	296
B. Bedeutung für Inhalte und „Rolle“ des GATS.....	298
Literaturverzeichnis.....	303



## Einleitung

Mit der zunehmenden wirtschaftlichen Verflechtung und dem Abbau von Marktbarrieren verschiebt sich die Perspektive des Internationalen Wirtschaftsrechts von den klassischen Fragen des Marktzugangs für Produkte hin zu den Bedingungen für einen funktionierenden und unverfälschten Wettbewerb im jeweiligen Markt. Die Umgestaltung nationaler Wirtschaftsordnungen im Sinne einer Stärkung von Marktkräften und Wettbewerb sowie die immer engere Vernetzung entlang der „value-added chains“ stellen das klassische Verständnis von „zwischenstaatlichem“ Handel und die Unterscheidung zwischen Handel und Investitionen in Frage. Die innerstaatliche Regulierung gerät in den Vordergrund, genauso wie private oder hybride – privat-öffentliche – Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>1</sup> Bereits vor Abschluss der Uruguay-Runde wurde dies als die „New Trade Agenda“ ausgerufen.<sup>2</sup> Zumindest auf längere Sicht stellt sich die Frage, ob und wie die WTO sich zu einem ganzheitlichen Regime für die Geschäftstätigkeit in einem globalisierten Umfeld entwickeln kann.<sup>3</sup> Die beschriebene Akzentverschiebung ist per se kennzeichnend für den Handel mit Dienstleistungen.<sup>4</sup> Die Dienstleistungserbringung durch ausländische Anbieter wird wegen der Nichtstofflichkeit des Produkts, des Zusammenfallens von Erbringung und Konsum sowie der häufig implizierten Faktorwanderung maßgeblich von den rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Zielmarkt beeinflusst. Diese sind oft durch eine hohe Regulierungsdichte und unvollkommenen Wettbewerb gekennzeichnet. Die Dienstleistungen stehen aber nicht nur paradigmatisch für einen zunehmenden Blick hinter die Grenze, sie stellen in wichtigen Teilen – man denke an Sektoren wie Telekommunikation, Transport aber auch Beratungsleistungen – zugleich die Infrastruktur, welche die verstärkte Integration der Märkte erst möglich macht.

Die aus diesen Entwicklungen resultierende Forderung nach „fairem“ oder unverfälschtem Wettbewerb in den Dienstleistungsmärkten der WTO-Mitgliedstaaten zielt auf verschiedene Problemkreise und Adressaten. Im Vordergrund steht zunächst der Anspruch, dass der Staat nicht verzerrend in den Wettbewerb eingreifen soll. Zulassungs- und Verhaltensregeln für Unternehmen sollen transparent, nicht-diskriminierend und möglichst auf das Erforderliche

---

<sup>1</sup> *Sauvé/Beviglia Zampetti*, The International Contestability of Markets and the New Trade Agenda (1996), in: *Sauvé* (2003), S. 437 [437 ff.]; *Sauvé/Beviglia Zampetti*, Subsidiarity Perspectives on the New Trade Agenda (2001), *ibid.*, S. 493 [497 ff.].

<sup>2</sup> *Feketekuty*, The New Trade Agenda (1992).

<sup>3</sup> *Sauvé/Beviglia Zampetti*, Subsidiarity Perspectives on the New Trade Agenda (2001), in: *Sauvé* (2003), S. 493.

<sup>4</sup> *Krancke*, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen (2003), S. 88 f; *Delimatsis*, Don't Gamble with GATS, *JWT* 40(6) (2006), 1059 [1062]: „It is a commonplace that protectionism in the service sector emanates from domestic regulation rather than tariffs at the border.“

beschränkt sein. Angesprochene Instrumente des GATS sind insoweit der Grundsatz der Inländerbehandlung (Art. XVII GATS), Disziplinen für die innerstaatliche Regulierung (Art. VI:4 GATS) oder Anerkennungsregeln (Art. VII GATS). Dabei stellt sich die Frage eines angemessenen Ausgleichs der völkerrechtlichen Schranken mit der „regulatorischen Autonomie“ des jeweiligen Mitgliedsstaates.<sup>5</sup> Hier die richtige Balance zu finden, ist eine der entscheidenden Herausforderungen der Weiterentwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts.<sup>6</sup> Die grundsätzlichen Konflikte und Probleme dieser Art von „deep integration“ sind aus dem GATT und insbesondere seinen Sonderabkommen SPS (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures) und TBT (Agreement on Technical Barriers to Trade) bekannt und sollen nicht im Vordergrund der Betrachtung stehen.<sup>7</sup>

Denn neben „negativen“ Anforderungen zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch den Staat gerät verstärkt auch der Schutz vor Beschränkungen durch wirtschaftliche Akteure in den Blickpunkt. Seit der Ministerkonferenz von Singapur 1996 wurde umfassend und kontrovers über ein Wettbewerbsabkommen innerhalb der WTO gestritten. Über die Erforderlichkeit eines solchen Abkommens wie über die Integrierbarkeit in den WTO-Rahmen konnte bisher keine Einigung erzielt werden. Im Rahmen des Dienstleistungshandels nehmen Teilaspekte des Wettbewerbsschutzes eine besondere Stellung ein. In wichtigen Dienstleistungssektoren, insbesondere im Infrastrukturbereich ist eine wirkliche Marktöffnung nicht möglich ohne eine Regulierung privater Anbieter. Die Verwirklichung von Marktzugangsversprechen setzt die Schaffung eines kompetitiven Umfelds erst voraus, welches durch vorherrschende ehemalige Monopolanbieter und Engpasseinrichtungen gefährdet wird. Insoweit sind an die Mitgliedstaaten „positive“ Verpflichtungen zur Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen unter den privaten Akteuren zu stellen. Marktversagen ist durch staatliche Maßnahmen zu beheben.<sup>8</sup> Dies bedingt eine Überschreitung des klassischen „thou shall not“-Ansatzes, wie sie im WTO-System bis dahin nur im TRIPS vorgenommen wurde.<sup>9</sup> Einen solchen Schritt von der „negativen“ zur „positiven“ Integration<sup>10</sup> sind eine große Zahl der Mit-

---

<sup>5</sup> Hierzu ausführlich: *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003).

<sup>6</sup> *Mattoo/Sauvé*, Domestic Regulation and Trade in Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 221.

<sup>7</sup> Insbesondere der mögliche Inhalt von Disziplinen nach Art. VI:4 GATS wird in der Literatur breit diskutiert, vgl. *Delimatsis*, Due Process and ‘Good’ Regulation Embedded in the GATS, *JIEL* 10(1) (2007), S. 13; *Delimatsis*, Towards a Necessity Test for Services (2006); *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006), S. 51 ff.; *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006); *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 129 ff.; *Linnemann*, Liberalisierung des grenzüberschreitenden Straßengüterverkehrs (2007).

<sup>8</sup> *OECD*, Open Services Markets Matter (2001), S. 24.

<sup>9</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 *New Eng. L. Rev.* (1999), S. 79.

<sup>10</sup> *Mavroidis/Neven*, The WTO Agreement on Telecommunications, in: *Geradin* (2000), S. 307. Die Unterscheidung zwischen „negativer“ und „positiver“ Integration ist dabei nicht im Sinne einer klaren Trennlinie zu verste-

gliedstaaten im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen durch die Verpflichtung auf das „Reference Paper on Basic Telecommunications Services“ gegangen. Dieses inzwischen bereits als „legendär“<sup>11</sup> bezeichnete Papier verpflichtet die Staaten, einen bestimmten Wettbewerbs- und Regulierungsrahmen im Telekommunikationssektor zu schaffen. Die Einigung wurde zwar durch sektorspezifische Merkmale begünstigt und geprägt, andererseits jedoch auch als „Präzedenzfall“ einer wettbewerbsorientierten Marktöffnung angesehen. Es wurde die Hoffnung geäußert, dass das Referenzpapier und seine Anwendung in der (Streitbeilegungs-) Praxis das Eis in der festgefahrenen Diskussion um multilaterale Wettbewerbsregeln brechen könnte.<sup>12</sup> Auch wenn sich diese Hoffnung bisher nicht bestätigt hat, handelt es sich bei dem Referenzpapier nach wie vor um den fortschrittlichsten Versuch, den geschilderten Herausforderungen gerecht zu werden. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit die Regeln des Referenzpapiers einen wirksamen Wettbewerbsrahmen bilden und ob sie auf andere Sektoren oder sogar auf die horizontale Ebene des GATS übertragbar sind. Hierzu sind Zielrichtung, Grundkonzeption und die konkreten Regelungsinstrumente des Referenzpapiers näher zu untersuchen und mit anderen Regelungsansätzen im WTO-Recht sowie mit allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Konzepten abzugleichen.

Die Schaffung von offenen Wettbewerbsmärkten für Dienstleistungen in ehemals abgeschotteten Sektoren ruft auf der anderen Seite erhebliche Ängste vor der Gefährdung sozialer Zwecke hervor. Die Furcht vor einer Aufgabe der im Namen der „public services“, des „service public“ oder der „Daseinsvorsorge“ vorgenommenen wirtschafts- und sozialpolitisch motivierten Marktinterventionen ist wohl eines der stärksten Motive für den Widerstand gegen eine Ausweitung und Vertiefung des GATS.<sup>13</sup> Es wird vor einer Überbetonung der wirtschaftlichen Freiheiten und der Gefährdung sozialer Menschenrechte gewarnt<sup>14</sup> oder eine Gefahr für die Demokratie gesehen.<sup>15</sup> Aufgeregte Diskussionen haben sich bisher beispielsweise in den

---

hen. Auch über negative Anforderungen (insb. das Prinzip der ‚necessity‘) gelangt man häufig zu gemeinsamer Politik und zu einer gewissen mittelbaren Harmonisierung.

<sup>11</sup> *Burri Nenova*, *The Law of the WTO and the Communications Law of the EC*, JWT 41(4) (2007), S. 833 [847].

<sup>12</sup> *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1012].

<sup>13</sup> Vgl. die Äußerungen von NGOs, z.B. *Hartmann/Scherrer*, *The Trade Unions' Position on GATS* (2003) mit weiteren Nachweisen; *Sinclair/Griehaber-Otto*, *Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate* (2002); *Weed*, *GATS und Demokratie* (2001); *Gall*, *Keine Liberalisierung der öffentlichen Dienstleistungen durch GATS*, WISO 2003, 115, und die *Beschlüsse des Deutschen Bundestages* in: BT-Drucks. 15/224 v. 18.12.2002 „GATS-Verhandlungen – Bildung als öffentliches Gut und kulturelle Vielfalt sichern“; BT-Drucks. 15/576 v. 12.03.2003 „GATS-Verhandlungen – Transparenz und Flexibilität sichern“.

<sup>14</sup> *Report of the High Commissioner*, *Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002; *Spagnuolo*, *I servizi pubblici nella WTO tra libero mercato e tutela dei diritti umani*, *Amministrazione in Cammino* 2006, S. 30.

<sup>15</sup> Dazu: *Weiß*, *GATS and Domestic Regulation*, in: *Griller* (2008), S. 369.

Bereichen Wasserversorgung,<sup>16</sup> Bildungs-<sup>17</sup> und Gesundheitsdienstleistungen<sup>18</sup> entwickelt. Dies zeigt deutlich, dass die Ermöglichung der Verfolgung bestimmter sozialer Zwecke in einem Wettbewerbsumfeld gewissermaßen die „andere Seite der Medaille“ bildet, ohne die Zugeständnisse nicht zu erwarten sind.<sup>19</sup> Den Staaten muss auch insoweit ausreichende „regulatorische Autonomie“ eingeräumt werden. Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass nur bei der richtigen Balance zwischen Vertragsbindung und Souveränität ausreichende Anreize zur Eingehung von Verpflichtungen und zur Vertragserfüllung bestehen.<sup>20</sup>

Das geschilderte Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und staatlicher Intervention ist bereits in der Präambel zum GATS normativ angelegt. Das GATS strebt laut Präambel eine Ausweitung des Handels mit Dienstleistungen als Mittel zur Förderung des Wirtschaftswachstums aller Handelspartner an.<sup>21</sup> Die Zunahme des Dienstleistungshandels setzt voraus, dass ein kompetitives Umfeld ausländischen Anbietern tatsächlich Marktchancen eröffnet. Wettbewerb auf dem jeweiligen Dienstleistungsmarkt kann darüber hinaus als solches, unabhängig vom Markteintritt ausländischer Anbieter, die Effizienz steigern und zur Förderung des Wirtschaftswachstums beitragen. Auf der anderen Seite erkennt die Präambel ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten an, die Dienstleistungserbringung zu regeln, um nationale Politikziele zu erreichen.<sup>22</sup> Die GATS-Regeln müssen deshalb die Verfolgung nicht-ökonomischer Ziele, wie den universellen Zugang zu Dienstleistungen durch die Mitgliedstaaten ermöglichen.

Mit Einzug von Wettbewerb und dessen Absicherung auf überstaatlicher Ebene werden staatliche Interventionen rechtfertigungsbedürftig. Es sind Mechanismen zu finden, die eine wettbewerbskonforme Erfüllung der sozialen Zwecke ermöglichen. Die Einführung von Wettbe-

---

<sup>16</sup> Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (Hrsg.), *Fresh Water and International Economic Law* (2005); Türk/Krajewski, *Right to water and trade in services*, in: Hein/Voegeli (2004), S. 107; Gerber, *Privatisierung und Liberalisierung der Wasserversorgung*, *Aussenwirtschaft* 60(3) (2005), S. 305.

<sup>17</sup> Fritz/Scherrer, *GATS: Zu wessen Diensten?* (2002), S. 55 ff.; Sauvé, *Trade, Education and the GATS* (2002), in: Sauvé (2003), S. 221; Naidoo, *Trade Commitments in Education Services*, *JWT* 43 (2009), S. 621.

<sup>18</sup> Blouin/Drager/Smith (Hrsg.), *International Trade in Health Services and the GATS* (2006); Adlung, *The GATS Negotiations: Implications for Health and Social Services*, *Intereconomics* 2003, S. 147; ders., *Trade in Healthcare* (2009); Krajewski, *National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 178 ff.

<sup>19</sup> Zumal eine politik-ökonomisch besonders schwierige Konstellation besteht, wenn Dienstleistungen bisher „kostenlos“ oder jedenfalls nicht kostendeckend angeboten werden, d.h. zumindest teilweise über Steuern finanziert werden. Das generell diffuse Verbraucherinteresse an effizienter Erbringung wird dadurch nahezu ausgeschaltet. Vgl. Adlung/Roy, *Turning Hills into Mountains?*, *JWT* 39(6) (2005), S.1161 [1166].

<sup>20</sup> Krancke, *Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen* (2003), S. 116.

<sup>21</sup> „Wishing to establish a multilateral framework of principles and rules for trade in services with a view to the expansion of such trade under conditions of transparency and progressive liberalization and as a means of promoting the economic growth of all trading partners and the development of developing countries; ...”

<sup>22</sup> „Recognizing the right of Members to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives and, given asymmetries existing with respect to the degree of development of services regulations in different countries, the particular need of developing countries to exercise this right; ...”

werb muss ausbalanciert werden mit der legitimen Rolle der Regierungen zu intervenieren, um Marktversagen auszugleichen oder nicht-ökonomische Ziele wie den universellen Zugang zu bestimmten Dienstleistungen zu verwirklichen.<sup>23</sup> Erhalten marktstarke oder sonst auf „Universaldienstleistungen“ verpflichtete Unternehmen für deren Erfüllung eine Gegenleistung, so darf diese ihrerseits die Wettbewerbsöffnung nicht wieder zunichte machen. Damit sind in diesem System über das eigentliche unternehmensgerichtete Wettbewerbsrecht hinaus auch Aspekte des Subventions- und Vergaberechts zu berücksichtigen. Entgegen einer in der öffentlichen Kritik vorkommenden Begriffsverwendung ist Liberalisierung deshalb keineswegs mit Deregulierung gleichzusetzen, sondern verlangt vielmehr nach positiver „Re-Regulierung“. Dabei stellt sich auch die Frage, wie die GATS-Struktur einer Freiheit in der Ausgestaltung des Dienstleistungssektors bei gleichzeitiger Schaffung an die jeweilige Liberalisierungsstufe angepasster Disziplinen fortentwickelt werden kann und ob der spezielle Mechanismus des Referenzpapiers mit seiner „gebundenen Flexibilität“ ein Vorbild für den Ausgleich zwischen Regelungsautonomie und Freihandel ist.<sup>24</sup>

Angesichts der aktuellen, wenig Fortschritt versprechenden handelspolitischen Realitäten scheinen die angesprochenen Fragen vielleicht fern liegend oder überambitioniert. Das GATS wurde als erster wirklicher Test für multilaterale Rechtsetzung im Zeitalter der „deep integration“ bezeichnet.<sup>25</sup> Es soll den Wendepunkt in den multilateralen Handelsverhandlungen von der einfachen Liberalisierung des Austausches zu einem „accord de gouvernance“ darstellen.<sup>26</sup> Die Verhandlungen der Doha-Runde werden demgegenüber dominiert von eher „bodenständigen“ Themen, insbesondere dem Marktzugang für landwirtschaftliche Güter und Industrieprodukte. Dort aber ist klar, worüber verhandelt wird und eigentlich auch, in welche Richtung sich die Verhandlungen entwickeln müssten. Für den Dienstleistungshandel, der derzeit noch im Hintergrund steht, sind hingegen noch fundamentale Auseinandersetzungen über Inhalte und Zielrichtung der Verhandlungen selbst zu führen.<sup>27</sup> Bei einem Durchbruch in den bisherigen „Blockadethemen“ könnten sich diese schnell zum „neuen Schlachtfeld“ in den Handelsgesprächen entwickeln.<sup>28</sup> Daneben darf nicht verkannt werden, dass die ange-

---

<sup>23</sup> *Sauvé*, GATS: The Case for Open Services Markets (2002), in: *Sauvé* (2003), S. 275 [279]; *Hoekman/Mattoo*, Services Trade and Growth, in: *Marchetti/Roy* (2008), S. 21 [52].

<sup>24</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 14 ff.

<sup>25</sup> *Sauvé*, Services and the International Contestability of Markets (1996), in: *Sauvé* (2003), S. 47 [49].

<sup>26</sup> *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 49.

<sup>27</sup> Zu den Problemen der Verhandlungen: *Mildner/Werner*, Progress or Stagnation?, *Intereconomics* 2005, 158; *Adlung/Roy*, Turning Hills into Mountains? *JWT* 39(6) (2005), S. 1161; *Gootiz/Mattoo*, Services in Doha: What's on the Table?, *JWT* 43 (2009), S. 1013; *Krajewski*, Services Trade Liberalisation and Regulation, in: *Herrmann/Terhechte* (2010), S. 153 [167 ff.]. Zum letzten Stand im Dienstleistungsbereich vgl. Council for Trade in Services, Negotiations on Trade in Services, Report by the Chairman, WTO-Dok. TN/S/36 vom 21. April 2011.

<sup>28</sup> *Jara/Domínguez*, Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations, *JWT* 40(1) (2006), S. 113 [127].

sprochenen Fragen auch in den zunehmend abgeschlossenen bilateralen und regionalen Freihandelsabkommen, die den Dienstleistungsbereich erfassen, beantwortet werden müssen.<sup>29</sup>

Die Arbeit hat es sich vor diesem Hintergrund zum Ziel gesetzt, das Referenzpapier näher zu untersuchen – nicht speziell aus dem Blickwinkel der Telekommunikationsregulierung,<sup>30</sup> sondern unter dem Gesichtspunkt der Fortentwicklung des GATS – es damit auch einzuordnen in die Debatten um Wettbewerbsregeln in der WTO und die Regulationsstruktur des GATS. Davon ausgehend sollen mögliche Weiterungen oder Fortentwicklungen diskutiert werden.

Zur Einordnung der untersuchten Regelungsansätze geht die Arbeit im ersten Teil zunächst auf einige wirtschaftliche und regelungssystematische Hintergründe ein. Hierzu werden Kernpunkte der Debatte um Handelsrecht und Wettbewerbsregeln dargestellt und die insoweit bestehenden Besonderheiten im Dienstleistungssektor erörtert. Anschließend werden der flexible Regelungsrahmen des GATS und seine Bedeutung für „public services“ betrachtet. Im Hauptteil der Arbeit werden dann Regelungsansätze für Wettbewerbsmärkte bei gleichzeitiger Sicherung nicht-ökonomischer Ziele untersucht. Hierbei wird zunächst und schwerpunktmäßig die privates Marktverhalten betreffende Wettbewerbsdimension in den Blick genommen, wobei insbesondere eine Auseinandersetzung mit den Regelungen des Referenzpapiers erfolgt. Anschließend widmet sich die Arbeit den staatlichen Eingriffen zur Sicherung nicht-ökonomischer Ziele und ihrer Schranken. Im kurzen Schlussteil sollen die Überlegungen in den größeren Rahmen der Diskussionen um die Stellung des Wettbewerbs in der WTO und um die Fortentwicklung des GATS, seine Struktur und Philosophie, eingebettet werden.

---

<sup>29</sup> Insbesondere die USA haben bereits eine Reihe von FTAs abgeschlossen, die Dienstleistungen einschließen, vgl. *Hufbauer/Stephenson*, Past Liberalization and Future Challenges, *JIEL* 10(3) (2007), S. 605 [618 ff.]. Auf Seiten der EU lässt sich das am 15. Oktober 2008 abgeschlossene Economic Partnership Agreement (EPA) mit den CARIFORUM-Staaten als Beispiel für eine neue Generation von Freihandelsabkommen anführen, welche Regeln zur Dienstleistungsregulierung umfassen; dazu: *Schloemann/Pitschas*, Cutting the Regulatory Edge? (2008) und *Krajewski*, Universal Service Provisions in International Agreements of the EU, in: *Szysczak/Davies/Andenaes/Bekkedal* (2011), S. 231. Ausführlicher Überblick über den Stand der Liberalisierung bei: *Marchetti/Roy*, Services liberalization in the WTO and in PTAs, in: *Marchetti/Roy* (2008), S. 61.

<sup>30</sup> Dazu: *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003); *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003); *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001).

## **1. Teil: Der regelungssystematische Hintergrund**

Zunächst sollen einige Grundlagen der weiteren Untersuchung herausgearbeitet werden. Für die Auslegung der Vorschriften wie für die Untersuchung ihrer Eignung sind die wirtschaftlichen und regelungssystematischen Herausforderungen an der Schnittstelle zwischen Handels- und Wettbewerbsrecht von Bedeutung. Neben allgemeinen Fragen des Zusammen- oder Gegeneinanderwirkens beider Regelungssysteme ist hier auf die spezifischen Merkmale im Dienstleistungshandel einzugehen (1. Abschnitt.). Für die Beurteilung der rechtlichen Kohärenz der Regeln und der Fortentwicklungsmöglichkeiten ist es zudem erforderlich, einige Aspekte der flexiblen Regelungsstruktur des GATS näher zu betrachten (2. Abschnitt.).

### **1. Abschnitt: Wettbewerbsschutz und Dienstleistungshandel**

Die Funktion von Wettbewerbsregeln auf internationaler Ebene und die Integrierbarkeit solcher Regeln in das Handelsregime der WTO wurden in den letzten Jahren vornehmlich im Hinblick auf ein allgemeines internationales Wettbewerbsabkommen und vor dem impliziten Hintergrund des Warenhandels untersucht. Die Frage, ob ein solches Abkommen möglich und wünschenswert ist und was dessen Inhalt sein sollte, ist dabei umstritten geblieben. Auf die vielfältigen Vorschläge und Stellungnahmen kann an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen werden.<sup>31</sup>

In der Debatte ist deutlich geworden, dass Wettbewerbsregeln eine wichtige Komplementärfunktion zur Handelsliberalisierung erfüllen können, zugleich aber auch deutliche strukturelle Unterschiede und Unterschiede in der Zielrichtung zwischen beiden Regelungskomplexen bestehen, die im Einzelfall zu Konflikten führen können (hierzu unter A.). Im Bereich der Dienstleistungen stellen sich einige dieser Problemfelder in einem anderen Licht dar. Dies

---

<sup>31</sup> Vgl. insoweit die Monographien von *Baetge*, Globalisierung des Wettbewerbsrechts (2009); *Basedow*, Weltkartellrecht (1998); *Budzinski*, The Governance of Global Competition (2008); *Conrad*, Die Notwendigkeit, die Möglichkeiten und die Grenzen einer internationalen Wettbewerbsordnung (2005); *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004); *Kennedy*, The Limits of Multilateralism (2001); *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003); *Reimers*, Probleme und Perspektiven der Internationalisierung des Wettbewerbsrechts (2007); *Scherer*, Competition Policy for an Integrated World Economy (1994); *Taylor*, International Competition Law: A New Dimension for the WTO? (2006); *Weinrauch*, Competition Law in the WTO (2004); *Wins*, Eine internationale Wettbewerbsordnung als Ergänzung zum GATT (2000); von den zahlreichen weiteren Stellungnahmen z.B. *Anderson/Holmes*, Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System, *JIEL* 5(2) (2002), S. 531; *Drexel*, International Competition Policy after Cancún, *World Competition* 27(3) (2004), S. 419; *Fox*, Toward World Antitrust and Market Access, 91 *A.J.I.L.* (1997), S. 1; *Gerber*, Competition Law and the WTO, *JIEL* 10(3) (2007), S. 707; *Guzman*, The Case for International Antitrust, *Berkeley Journal of International Law* 22(3) (2004), S. 355; *Jenny*, Competition Law and Policy: Global Governance Issues, *World Competition* 26(4) (2003), 609; *Klein*, A Note of Caution with Respect to a WTO Agenda on Competition Policy (1996); *Möschel*, Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen, *WuW* 2005, 599; *Petersmann*, Constitutional Functions of WTO „Linking Principles“ for Trade and Competition, 34 *New Eng. L. Rev.* (1999), S. 145.

folgt teilweise bereits aus der Struktur des Dienstleistungshandels und seiner Regulierung, gilt andererseits aber verstärkt für bestimmte wichtige Dienstleistungssektoren, die traditionell als „natürliche Monopole“ und wettbewerbsrechtliche Ausnahmebereiche angesehen wurden (hierzu unter B.).

### **A. Wettbewerbsschutz und Handelsregeln: Komplementär- oder Konfliktverhältnis?**

Von den Befürwortern einer multilateralen Wettbewerbsordnung, insbesondere aus der Perspektive des Handelsrechts, wird häufig deren Komplementärfunktion zu den bestehenden GATT/WTO-Regeln betont: Mit dem zunehmenden Abbau staatlicher Handelsschranken bestünde die Gefahr, dass diese durch private Maßnahmen mit marktabschottender Wirkung ersetzt würden.<sup>32</sup> Auch würden bereits bestehende Praktiken, die bisher durch staatliche Regulierung „verdeckt“ waren, deutlicher hervortreten. Zu diesem Kernargument sind im Laufe der Diskussion verschiedene andere Begründungsansätze für ein internationales Wettbewerbsabkommen hinzugetreten:<sup>33</sup> Hohe Transaktionskosten treffen Unternehmen z.B. bei Fusionen, die in verschiedenen Jurisdiktionen einem Anmelde- und Kontrollverfahren unterliegen. Jurisdiktionskonflikte und abweichende inhaltliche Entscheidungen können die internationalen Beziehungen belasten und im schlimmsten Fall zu einem „Handelskrieg“ führen.<sup>34</sup> Negative externe Effekte können auch durch Verfolgungslücken auftreten: Die nationalen Wettbewerbsordnungen können aus ihrer Perspektive „rationale“ Lücken zeigen, insbesondere in Bezug auf Exportkartelle, die sich global allerdings schädlich auswirken.<sup>35</sup> Bei der Verfol-

---

<sup>32</sup> So heißt es bereits 1960 in einer GATT-Entscheidung über Konsultationen in Bezug auf restriktive Geschäftspraktiken: „business practices which restrict competition in international trade may hamper the expansion of world trade and economic development in individual countries and thereby frustrate the benefits of tariff reduction and removal of quantitative restrictions or may otherwise interfere with the objectives of the General Agreement on Tariffs and Trade“, *Decision on Restrictive Business Practices: Arrangements for Consultation*, BISD 9S/28 (1960).

<sup>33</sup> Vgl. z.B. *Grewlich*, Wettbewerbsordnung als Teil völkerrechtlicher Konstitutionalisierung?, RIW 2001, 641 [643]; *Tarullo*, Competition Policy for Global Markets, JIEL (1999), S. 445 [447 ff.]; *Hoekman/Saggi*, International Cooperation on Domestic Policies, in: *Evenett/Hoekman* (2005), S. 439 [446]; *Petersmann*, Constitutional Functions of WTO „Linking Principles“ for Trade and Competition, 34 *New Eng. L. Rev.* (1999), S. 145; *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 284 ff.; *Guzman*, The Case for International Antitrust, *Berkeley Journal of International Law* 22(3) (2004), S. 355.

<sup>34</sup> Als Beleg wird zumeist die geplante Fusion *General Electric/Honeywell* angeführt, die von dem amerikanischen Department of Justice unter Auflagen genehmigt, von der Europäischen Kommission jedoch untersagt wurde, vgl. Entscheidung der Kommission, COMP/M.2220 vom 3.07.2001, ABl. EG L 48/2 vom 18.02.2004. Inzwischen spielen jedoch auch große Schwellenländer mit eigenem Kartellrecht eine Rolle, vgl. *Financial Times Deutschland* vom 1.10.2009, S. 3: „China will bei US-Fusionen mitreden“.

<sup>35</sup> So sind bei einem Exportkartell die negativen Folgen von den Verbrauchern im Ausland zu tragen, während die Kartellrendite im Inland anfällt. Verfolgen andere Rechtsordnungen die gleiche Politik, verlieren im Ergebnis jedoch alle. Es handelt sich damit um einen Anwendungsfall des in der Spieltheorie beschriebenen „Gefangenendilemmas“; *Sykes*, Externalities in Open Economy Antitrust, 23 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* (1999), S. 89; *DuRand/Galarza/Mehta*, The Interface Between Competition Policy and Trade Liberalisation, *W. Comp.* 27(1) (2004), S. 3 [8]; *Sweeney*, Export Cartels: Is there a Need for Global Rules?, *JIEL* 10(1) (2007), S. 87.

gung internationaler Kartelle mit Firmensitzen und Beweismitteln, die über verschiedene Jurisdiktionen verteilt sind, treten erhebliche praktische Schwierigkeiten auf, insbesondere für Entwicklungsländer. Schließlich erhoffen sich einige von Wettbewerbsregeln eine Disziplinierung der Anti-Dumping-Maßnahmen.

Von den Skeptikern oder erklärten Gegnern weltweiter Wettbewerbsregeln wird teilweise bezweifelt, dass wettbewerbswidriges Handeln Privater den Marktzugang überhaupt nennenswert beeinträchtigt.<sup>36</sup> Jedenfalls seien Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Maßnahmen von größerem Gewicht und ermöglichten das schädliche Verhalten Privater häufig erst.<sup>37</sup> Neben diesen Bedenken in Bezug auf die Erforderlichkeit wird zumeist auf die strukturellen Unterschiede beider Regelungsbereiche hingewiesen (hierzu unter I.), mit denen eine Abweichung oder zumindest deutlich verschiedene Nuancierung in der Zielrichtung korrespondiere (hierzu unter II.).<sup>38</sup> Die Konflikte und Unklarheiten im Verhältnis zwischen Handels- und Wettbewerbsrecht hatten auch Folgen für die Debatte in der WTO (hierzu unter III.).

## **I. Regelungsbereich und –struktur von Handels- und Wettbewerbsrecht**

Handels- und Wettbewerbsrecht zeigen in ihrem Regelungsbereich und ihrem räumlichen Referenzrahmen deutliche Unterschiede, aber auch gewisse Schnittstellen. Wettbewerbsrecht wird hierbei im engen, unternehmensbezogenen Sinne, d.h. unter Ausschluss von Disziplinen für die Subventions- oder Auftragsvergabe verstanden. Solche Regeln wie sie ausgehend vom US Antitrust Law zunehmend weltweit verbreitet sind, sind der Gegenstand der Diskussion um ein WTO-Wettbewerbsabkommen.

### **1. Regelungsadressaten: staats- oder unternehmensgerichtet**

Ein im Ausgangspunkt zunächst eindeutiger Unterschied, der gewissermaßen die „traditionelle Trennlinie“ zwischen Handels- und Wettbewerbsrecht begründet,<sup>39</sup> liegt bei den Regelungsadressaten. Denn das Handelsrecht richtet seinen Blick auf den Staat und staatliche Maßnahmen. Anknüpfungspunkt ist staatliches Handeln in Form von Zöllen, Quotenregelungen, Einfuhrformalitäten, diskriminierenden Steuersätze etc. Um Umgehungstatbestände zu

---

<sup>36</sup> *Bellis*, Anti-Competitive Practices and the WTO, in: Bronckers/Quick (2000), S. 362 ff; *Bronckers*, The WTO Reference Paper, in: Bronckers/Quick (2000), S. 380 f. (FN 28, 30); zweifelnd auch *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478.

<sup>37</sup> *Freitag/Zimmermann*, Muss Handelsordnung erweitert werden?, *RabelsZ* Bd. 62 (1998), S. 38 [40 ff.].

<sup>38</sup> Zu dem Verhältnis zwischen beiden Regelungsbereichen z.B.: *Weinrauch*, Competition Law in the WTO, S. 55 ff.; *Kennedy*, The Limits of Multilateralism (2001), S. 2 ff.; *Mavroidis/van Siclen*, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, *JWT* 31 (5), S. 5 [6 ff.]; *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478.

erfassen, müssen vom Staat kontrollierte Unternehmen einbezogen werden. Ansonsten werden wirtschaftlichen Akteuren jedoch keine Disziplinen auferlegt. Einen Sonderfall bilden die Anti-Dumping-Regeln,<sup>40</sup> die an das Handeln wirtschaftlicher Akteure anknüpfen und einen wettbewerbsschützenden Ursprung haben.<sup>41</sup> Sie berechtigen aber nur zum klassischen handelsrechtlichen Gegenmittel des (selektiven) Antidumpingzolls und sind in der Praxis zu einem handelspolitischen Schutzinstrument „degeneriert“.<sup>42</sup>

Das Wettbewerbsrecht knüpft demgegenüber an das Handeln von Unternehmen an. Eine Anwendung der jeweiligen nationalen Wettbewerbsregeln kommt aus Gründen der Staatenimmunität gerade nicht in Betracht, soweit es sich um im Ausland hoheitlich durchgeführte Wettbewerbsbeschränkungen handelt.<sup>43</sup> Auch soweit unternehmerisches Handeln staatlich determiniert ist, findet Wettbewerbsrecht nur eingeschränkt Anwendung. So können Unternehmen sich in den USA auf den Einwand der „Foreign Sovereign Compulsion“ berufen, wenn ihnen das wettbewerbsschützende Verhalten von einem anderen Staat „aufgezwungen“ wurde. Darüber hinaus üben die Gerichte Zurückhaltung nach der „act of state doctrine“.<sup>44</sup> In Europa herrscht zwar keine entsprechend klare Doktrin. Auch hier wird jedoch eine fremdstaatlich veranlasste private Wettbewerbsbeschränkung, z.B. ein Zwangskartell, zu Zurückhaltung oder zumindest zur Berücksichtigung in der Interessenabwägung führen.<sup>45</sup>

Die adressatenbezogene Unterscheidung zeigt jedoch Durchbrechungen in beide Richtungen. Im WTO-Recht kann privates Handeln eine Rolle spielen, wenn es im Zusammenwirken mit

---

<sup>39</sup> Hudec, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79.

<sup>40</sup> Sonderfälle sind auch die Regeln zur Vorversandkontrolle durch private Unternehmen im *Agreement on Pre-shipment Inspection* und die Möglichkeit der Einbeziehung privater Unternehmen, die gewisser staatlicher Einflussnahme unterliegen in das plurilaterale *Agreement on Government Procurement*.

<sup>41</sup> Im Ausgangspunkt handelt es sich um unilateralen Wettbewerbsschutz als Reaktion auf negative externe Effekte.

<sup>42</sup> Ausführlich und mit weiteren Nachweisen hierzu: Pachmann, Das Verhältnis von Antidumping zum internationalen Wettbewerbsrecht (2005); Conrad, Die Notwendigkeit, die Möglichkeiten und die Grenzen einer internationalen Wettbewerbsordnung (2005), S. 130 ff.

<sup>43</sup> Dies gilt nach den Grundsätzen der eingeschränkten Staatenimmunität jedoch nicht für kommerzielle Staatstätigkeit. Vgl. für das Wettbewerbsrecht der EU: Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (2007), Einl., Rn. 114; für die USA: *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*. Die Probleme einer Abgrenzung haben sich z.B. bei der OPEC gezeigt, vgl. *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organisation of Petroleum Exporting Countries*, 477 F. Supp. 553 (C.D. Cal. 1979).

<sup>44</sup> Zu beiden Prinzipien vgl. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), Ziff. 3.3.

<sup>45</sup> Reh binder in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (2007), Einl., Rn. 72; offen gelassen in EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Rs. 89/85 u.a., „Zellstoffhersteller“, Slg. 1988, S. 5193, Rz. 20; Staatliche Beteiligung geprüft von der Kommission in Entscheidung vom 19. Dezember 1984, ABl. 1985 Nr. L 92, 1, „Aluminiumeinführen“, Ziff. 10.

staatlichen Akten eine Regelverletzung bewirkt, weil das private Handeln dem Staat zuzurechnen ist oder es einen zugrunde liegenden staatlichen Akt erst „sichtbar“ macht.<sup>46</sup>

So hat das zuständige Panel in dem – an späterer Stelle vertieft behandelten – „Kodak/Fuji“-Fall festgestellt, dass die Tatsache, dass eine Handlung von Privaten vorgenommen wurde, es nicht ausschließt, sie als eine staatliche zu behandeln, wenn eine ausreichende staatliche Beteiligung („sufficient government involvement“) vorliegt.<sup>47</sup> Die staatliche Beteiligung muss dabei nicht zwingend aus rechtsverbindlichen Handlungen bestehen. Für das japanische System der administrativen Lenkung der Wirtschaft („administrative guidance“) wurde entschieden, dass auch nicht rechtsverbindliche Maßnahmen erfasst werden, wenn sie ausreichende Anreize setzen, um wirksam zu werden.<sup>48</sup> Entscheidend ist, ob sie den gleichen Effekt, die gleiche Wirkung zeitigen, wie sie verbindliche Maßnahmen hätten.<sup>49</sup> Bereits im Verfahren „Japan – Semi-conductors“ hatte das Panel zu einer angeblich privaten Exportbeschränkung festgestellt, dass der japanische Staat eine Verwaltungsstruktur geschaffen hatte, die einen solchen Druck auf die Wirtschaftsteilnehmer ausübte, dass der Maßnahmenkomplex das Grundprinzip wie auch die wesentlichen Elemente eines formalen Systems der Exportkontrollen aufwies.<sup>50</sup>

Mit dieser Rechtsprechung im Rücken machte die EU<sup>51</sup> in dem weiteren Verfahren „Argentina – Bovine Hides“ u.a. geltend, dass in Argentinien ein innerstaatliches Abnehmerkartell für Rinderhäute bestünde, von dem verbotene Exportbeschränkungen ausgingen. Diese seien wiederum durch eine staatliche Maßnahme – die Beteiligung angeblicher Kartellteilnehmer an

---

<sup>46</sup> Die Streitbeilegungsorgane gehen davon aus, dass es sich um eine Frage der Zurechnung nach den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit handelt (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, angenommen am 22. April 1998, Ziff. 10.52; *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, angenommen am 16. Februar 2001; Ziff. 11.51). Nach Villalpando liegt demgegenüber eine staatliche Handlung vor, die das „Potential“ eines Verstoßes in sich trägt aber noch durch privates Handeln, einen ‚Catalyst Act‘ sichtbar wird und die objektive Verletzung realisiert, Villalpando, *Attribution of Conduct to the State*, 5 JIEL (2002), S. 393 [414 ff.].

<sup>47</sup> *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, angenommen am 22. April 1998, Ziff. 10.56: „... past GATT cases demonstrate that the fact that an action is taken by private parties does not rule out the possibility that it may be deemed governmental if there is sufficient governmental involvement with it. It is difficult to establish bright-line rules in this regard however. Thus, that possibility will need to be examined on a case-by case basis.“ Hierzu: Lee, *Lessons Learnt from Trade Disputes* (2005), S. 11 ff.

<sup>48</sup> *Japan – Trade in Semi-conductors*, BISD 35S/116, angenommen am 4. Mai 1988, Ziff. 109: „sufficient incentives or disincentives existed for non-mandatory measures to take effect ... [and] the operation of the measure ... was essentially dependent on Government action or intervention [because in that case]... the measures would be operating in a manner equivalent to mandatory requirements such that the difference between the measures and mandatory requirements was only one of form and not of substance...“.

<sup>49</sup> *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, angenommen am 22. April 1998, Ziff. 10.49; Komuro, *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling*, JWT 32(5) (1998), S. 161 [189].

<sup>50</sup> *Japan – Trade in Semi-conductors*, BISD 35S/116, angenommen am 4. Mai 1988, Ziff. 117.

<sup>51</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit ist hier und in der Folge durchgängig von der EU, als der nach dem Vertrag von Lissabon maßgeblichen Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV n.F.) die Rede, auch wenn im Zeitpunkt der Handlung die EG der relevante Akteur war.

Exportformalitäten – ermöglicht worden („made effective“). Das Panel erkannte hier die Möglichkeit an, dass staatliche Handlungen in Interaktion mit einem Kartell Exportbeschränkungen herbeiführen können.<sup>52</sup> Es stellte aber zugleich hohe Beweisanforderungen in Bezug auf das Kartell, die damit einhergehende Exportbeschränkung und die Ermöglichung durch Maßnahme des Mitgliedsstaates auf, die den Weg über die WTO-Streitbeilegung praktisch versperren.<sup>53</sup> Zugleich betonte das Panel, dass keine „due diligence“-Verpflichtung der Mitgliedstaaten besteht, Kartelle zu ermitteln und zu unterbinden, die als private Exportbeschränkungen funktionieren.<sup>54</sup>

Die Grenze scheint damit zwischen der bloßen Tolerierung und der aktiven Ermutigung oder Förderung privater Handelsbarrieren zu verlaufen.<sup>55</sup> Auch soweit argumentiert wird, dass die Mitgliedstaaten nicht zulassen dürfen, dass der „effet utile“ der WTO-Abkommen durch private restriktive Praktiken beeinträchtigt werde, wird hieraus keine allgemeine Haftung bei Unterlassen gefolgert.<sup>56</sup> Handelsrechtliche Bestimmungen finden demnach auch Anwendung, wenn staatliches Handeln mit den Handlungen privater Akteure eine Beschränkung ergibt, sei es, dass privates Verhalten vorgeschrieben oder durch gleich wirksame, nicht verbindliche Maßnahmen herbeigeführt<sup>57</sup> oder ermöglicht bzw. verstärkt wird.<sup>58</sup>

Soweit Wettbewerbsrecht einen überstaatlichen Charakter hat, gilt andererseits die Freistellung staatlich determinierter Wettbewerbsverstöße nicht uneingeschränkt.

Der EuGH begründet über den Gedanken des „effet utile“ eine Bindung der Mitgliedstaaten an Wettbewerbsregeln für Private. Es ist den Mitgliedstaaten verboten, Maßnahmen, auch in

---

<sup>52</sup> *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, angenommen am 16. Februar 2001, Ziff. 11.51.

<sup>53</sup> *Alvarez-Jimenez*, *Emerging WTO Competition Jurisprudence*, 24 *NW. J. INT'L L. & BUS.* (2004), S. 441.

<sup>54</sup> *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, angenommen am 16. Februar 2001; Ziff. 11.19 und 11.52.

<sup>55</sup> *Kennedy*, *The Limits of Multilateralism* (2001), S. 318. Offen ist, wie es zu beurteilen ist, wenn sich die Tolerierung in einer positiven Handlung wie einer Freistellung niederschlägt, vgl. *Komuro*, *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling*, *JWT* 32(5) (1998), S. 161 [216].

<sup>56</sup> So *Malaguti*, *Restrictive Business Practices in International Trade*, *JWT* 32 (1998), S. 117 [133, 137]. Ein Blick zum Europarecht zeigt, dass dieses deutlich weiter geht. Das Handeln privater Akteure kann zunächst an den Grundfreiheiten gemessen werden, wenn es dem Staat zuzurechnen ist (EuGH, Urteil vom 5. November 2002, Rs. C-325/00, „*CMA Gütezeichen*“, *EuZW* 2003, 23, Rz. 17-20). Kollektive Regeln Privater können erfasst sein, wenn diese über eine der staatlichen Rechtsetzung vergleichbare Rechtsmacht verfügen. Eine Verletzung kann wegen Art. 4 Abs. 3 EUV (Art. 10 EG a.F.) aber auch dann vorliegen, wenn ein Mitgliedstaat nicht die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, um gegen Beeinträchtigungen vorzugehen, die auf private Akteure zurückgehen (EuGH, Urteil vom 12. Juni 2003, Rs. C-112/00, „*Schmidberger*“; EuGH, Urteil vom 9. Dezember 1997, Rs. C-265/95, „*Agrarblockaden*“, *Slg.* 1997, I-6959). Es besteht insoweit eine Haftung für Unterlassen.

<sup>57</sup> *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, angenommen am 22. April 1998.

<sup>58</sup> *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, angenommen am 16. Februar 2001. Vgl. bereits Art. 11:3 des Übereinkommens über Schutzmaßnahmen, wonach Mitglieder nichtstaatliche Maßnahmen, die Exportbeschränkungen und ähnlichem gleichkommen, nicht fördern oder unterstützen dürfen.

Form von Gesetzen oder Verordnungen, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten.<sup>59</sup> So „liegt eine Verletzung der Artikel 10 und 81 EG vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.“<sup>60</sup> Andererseits kann auch bei Einbeziehung Privater, z.B. eines Berufsverbandes eine nicht den Wettbewerbsregeln unterfallende staatliche Regelung vorliegen, wenn durch materielle Vorgaben und Verfahrensgestaltung sichergestellt ist, dass die Wirtschaftsteilnehmer nicht als solche, sondern als unabhängige Sachverständige handeln, die gesetzlich verpflichtet sind, das Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen.<sup>61</sup>

Erfasst werden von dieser Rechtsprechung akzessorische oder „hybride“ Wettbewerbsbeschränkungen. Nicht erfasst sind hingegen unmittelbare Beschränkungen, d. h. der direkte Ausschluss von Wettbewerbsparametern durch den Staat, der rechtlich verbindliche Zwang zu einem Verhalten, das ansonsten kartellrechtswidrig wäre.<sup>62</sup> Es soll allein verhindert werden, dass im privaten Interesse vorgenommene Wettbewerbsbeschränkungen mit staatlichen Mitteln durchgesetzt werden. Im Kern handelt es sich um ein Verbot der Delegation von Marktregulierung.<sup>63</sup> Dahinter steht die Vorstellung, dass Wettbewerbsbeschränkungen einem plausiblen Allgemeininteresse dienen können. Hierüber sollen aber nicht die Wirtschaftsteilnehmer entscheiden, die private Interessen verfolgen und möglicherweise selbst von der Beschränkung profitieren.<sup>64</sup>

Eine Parallele gibt es in den USA. Hier kann die „state action defence“ auch und gerade vor dem Hintergrund wettbewerbsbeschränkender Vorgaben der einzelnen Bundesstaaten geltend gemacht werden. Denn nach der Rechtsprechung des Supreme Court soll der Sherman Act den Wettbewerb schützen, nicht aber die souveräne Regelungsgewalt der Bundesstaaten be-

---

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-198/01, Urteil vom 9. Sept. 2003, „*Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*“, Slg. 2003 I, S. 8079 (Rn. 45), hierzu *Castillo de la Torre*, State Action Defence in EC Competition Law, World Competition 28(4) (2005), S. 407.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-198/01, Urteil vom 9. Sept. 2003, „*Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*“, Slg. 2003 I, S. 8079 (Rn. 46).

<sup>61</sup> EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002, Rs. C-35/99, „*Arduino*“, Rn. 37 m.w.N.

<sup>62</sup> *Kritisch Klasse*, Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen (2006), S. 324 und *Möschel*, Wird die effet utile-Rechtsprechung des EuGH inutile?, NJW 1994, 1709, die dafür plädieren, auch das unmittelbar beschränkende Handeln des Staates an den Wettbewerbsregeln des EGV zu prüfen.

<sup>63</sup> *Klasse*, Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen (2006), S. 130.

<sup>64</sup> *Castillo de la Torre*, State Action Defence in EC Competition Law, World Competition 28(4) (2005), S. 407 [429].

schränken.<sup>65</sup> Dies gilt unproblematisch, wenn ein Bundesstaat im Rahmen seiner Kompetenz selbst unmittelbar Wettbewerbsparameter ausschaltet. Weitere Voraussetzungen sind jedoch zu prüfen, wenn es sich um indirekte, delegierte Beschränkungen durch unterstaatliche Körperschaften und Einrichtungen handelt. Hier muss eine klare Artikulation einer entsprechenden Politik des Staates („clear articulation of the law“) vorliegen und bei Beteiligung privater Akteure ihre Durchführung auch aktiv überwacht werden („active supervision of the regulatory scheme“).<sup>66</sup> Dies soll sicherstellen, dass nur vom Bundesstaat gezielt herbeigeführte Beschränkungen und nicht Beschränkungen im privaten Interesse ausgenommen sind.<sup>67</sup> Im Blickpunkt stehen auch hier „hybride“ Beschränkungen, die privates Ermessen im Entscheidungsprozess mit staatlicher Beteiligung verknüpfen.<sup>68</sup> So darf der Staat in den USA nicht private Preisabsprachen anordnen und diese dann vom Bundeswettbewerbsrecht immunisieren – selbst Preise vorschreiben dürfte er.<sup>69</sup>

Sowohl EU wie USA lassen also zu, dass die „untere Ebene“ durch Entscheidung des Souveräns den Wettbewerb oder einzelne Parameter ausschaltet. Sie sind jedoch misstrauisch gegenüber „hybriden“ Beschränkungen. Dies wäre im WTO-Recht nicht anders: „gemischt“ staatlich-private Beschränkungen sind vielfach gerade das Problem.<sup>70</sup>

Für das Verhältnis zwischen Handels- und Wettbewerbsrecht heißt das, dass bei einer im Ausgangspunkt klaren Unterscheidung hinsichtlich der Regelungsadressaten eine „Schnittmenge“ dort vorhanden ist, wo staatliche Macht und privates Interesse zusammenwirken. Sind private Macht im Handelsrecht und „public interest regulation“ im Wettbewerbsrecht irrelevant, so können beide Regelungsbereiche betroffen sein, wenn der Staat wettbewerbswidrig spezifische private Interessen fördert. Besonders deutlich wird dies, wenn ein „kollusives Zusammenwirken“ vorliegt, das Verbraucher (Wettbewerbsrecht) wie Importkonkurrenz (Handelsrecht) schädigt. Diese Schnittstelle bildet einen Bereich, in den beide Rechtsgebiete zwar

---

<sup>65</sup> Supreme Court, *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943).

<sup>66</sup> Supreme Court, *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Aluminium*, 445 U.S. 97 (1980).

<sup>67</sup> Supreme Court, *Federal Trade Commission, Petitioner v. Ticor Titel Insurance Company et al.*, 504 U.S. 621 [634] (1992).

<sup>68</sup> *Lopotka/Page*, An Approach to Hybrid Restraints, 20 Yale J. on Reg. (2003), 269. Die Anwendung der Doktrin wird von der Federal Trade Commission in jüngerer Zeit zunehmend kritisch gesehen, vgl. *Report of the State Action Task Force* (2003). So werden die Anforderungen an die Formulierung einer klaren staatlichen Politik und die aktive Überwachung der Durchführung in der Praxis zu locker gehandhabt. In der Literatur wird zudem kritisiert, dass die z.T. erheblichen „interstate spillovers“ überhaupt nicht berücksichtigt werden, vgl. die Nachweise im *Report of the State Action Task Force* (2003), S. 42 f. Die FTC versucht deshalb, eine restriktivere Politik durchzusetzen, *Platt Majoras*, State Intervention: A State of Displaced Competition, 13 Geo. Mason L. Rev. (2006) 1175.

<sup>69</sup> *Fox*, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [284 f.].

<sup>70</sup> *Fox*, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [272]; *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478.

partiell hineinreichen, für die sich aber auch häufig keines der beiden Rechtsgebiete zuständig fühlt oder geeignete Instrumente vorhält.<sup>71</sup>

## 2. Räumlicher Referenzpunkt: Grenze oder Markt

Traditioneller Referenzpunkt des Handelsrechts ist die Grenze.<sup>72</sup> Ausgangspunkte des GATT sind die Senkung der Zölle auf Meistbegünstigungsbasis (Art. I und II GATT) und das Verbot quantitativer Beschränkungen der Ein- oder Ausfuhr (Art. XI GATT). Zwar ist darüber hinaus die Inländerbehandlung in Bezug auf innerstaatliche Abgaben und Rechtsvorschriften (Art. III GATT) bereits im GATT 1947 enthalten. Sie ist jedoch zunächst weniger ein selbständiges Ziel, als vielmehr ein Begleitinstrument, ein Annex zur Sicherung des Marktzugangs.<sup>73</sup> Die Pflicht zur Nichtdiskriminierung kann als Voraussetzung dafür verstanden werden, dass überhaupt Marktzugangsverpflichtungen übernommen werden, da Diskriminierungen offensichtlich Marktzugangsbarrieren ersetzen würden.<sup>74</sup> Diskriminierende Maßnahmen würden gewissermaßen die Grenze im Inneren des Staates neu errichten und können im Warenhandel deshalb als Korrelat zu den Grenzmaßnahmen verstanden werden.

Mit fortschreitender Zollsenkung nahm die Bedeutung der innerstaatlichen Regeln und der Inländerbehandlung zu und in der Uruguay-Runde fand eine Erweiterung des Handelsrechts um Vorschriften statt, deren Bezug zur Grenze gelockert ist: TBT- und SPS-Abkommen enthalten Disziplinen, die gerade auch auf unterschiedslos geltende innerstaatliche Regulierung Anwendung finden,<sup>75</sup> während das TRIPS Mindeststandards für den innerstaatlichen Schutz geistiger Eigentumsrechte aufstellt. Mit dieser Erweiterung wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass auch nicht-diskriminierende Regulierung hinter der Grenze den Handel beeinträchtigen kann.

Wettbewerbsrecht spielt sich grundsätzlich hinter der Grenze ab. Es schaut auf den Markt.<sup>76</sup> Es hat einen nationalen, im Fall der EU einen regionalen Horizont und ist dabei „binnenorientiert“ („inward oriented“). Dies folgt bereits aus der Anknüpfung der Jurisdiktion, bei der das Territorialitätsprinzip mit seiner Erweiterung durch das Auswirkungsprinzip im Vordergrund steht. Danach sind die Auswirkungen auf den jeweils eigenen nationalen oder regiona-

---

<sup>71</sup> Fox, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [272].

<sup>72</sup> OECD, Consistencies and Inconsistencies (1999), S. 4.

<sup>73</sup> Marsden, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 75.

<sup>74</sup> Marsden, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 139 f.

<sup>75</sup> Vgl. zum Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT): Jessen/Gehring, in: Hilf/Oeter (2005), S. 347 ff. und zum Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS): Gehring/Jessen, ibid., S. 363 ff.

<sup>76</sup> OECD, Consistencies and Inconsistencies (1999), S. 5; Kennedy, The Limits of Multilateralism (2001), S. 5; Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 256.

len Markt entscheidend. Schutzobjekt ist der inländische Wettbewerb bzw. der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt. Daraus folgt, dass Nachteile für ausländische Verbraucher und Konkurrenten regelmäßig nicht in Erwägung gezogen werden,<sup>77</sup> was erklärt, weshalb Exportkartelle meist gar nicht in den Blickwinkel des Kartellrechts geraten.<sup>78</sup> Es wird gerade kein „weltweiter Wohlfahrtsmaßstab“ zu Grunde gelegt, der Nachteile für ausländische Verbraucher gleichgewichtet berücksichtigen würde. Das Recht ist insoweit diskriminierend.

Die nationale Perspektive bedeutet zugleich, dass in wettbewerbsrechtliche Beurteilungen neben Effizienzgesichtspunkten eine Vielzahl nationaler politischer, sozialer, kultureller Grundannahmen – auch unbewusst – einfließen kann.<sup>79</sup> Insoweit wird durch Rechtsprechung und Verwaltungspraxis auf nationaler Ebene ein Ausgleich hergestellt, der sich keiner externen Rechtfertigung unterziehen muss.

Mit der unterschiedlichen Perspektive einher gehen unterschiedliche Regelungsinstrumente, Werkzeuge und Methoden.<sup>80</sup> Während das Handelsrecht als „work in progress“ mit dem Instrument der Verhandlung langfristig weltweit den (potentiellen) Wettbewerb fördert, betrachtet das Wettbewerbsrecht die Wohlfahrt bestimmter Konsumenten in einem bestimmten Markt unter einem bestimmten, eher engen Zeithorizont.<sup>81</sup> Dabei geht es im WTO-System der wiederkehrenden Verhandlungen um Rechte, primär Marktzugangsrechte. Das Wettbewerbsrecht hingegen gibt Verhaltensstandards vor, die allgemein gelten müssen. Dies deutet bereits auf eine Schwierigkeit für die Aufnahme in Verhandlungen, die auf wechselseitigen Kosten und Nutzen der verhandelnden Staaten beruhen.<sup>82</sup>

## **II. Finalität: Zugang oder Effizienz**

Mit den Unterschieden in der Regelungsstruktur korrespondiert eine spürbar unterschiedliche Nuancierung in der auf den ersten Blick gleichgerichteten Finalität. Hieraus ergeben sich Konfliktfelder, die sich neben genuin politischen Konflikten als wesentliches strukturelles Hindernis für ein Wettbewerbsabkommen im Rahmen der WTO erwiesen.

---

<sup>77</sup> Sykes, Externalities in Open Economy Antitrust, 23 Harv. J. L. & Pub. Pol’y (1999), S. 89; Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 257.

<sup>78</sup> Sweeney, Export Cartels: Is there a Need for Global Rules?, JIEL 10(1) (2007), S. 87 [95 ff.].

<sup>79</sup> Hudec, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79.

<sup>80</sup> Weinrauch, Competition Law in the WTO (2004), S. 57: „rather different problem-solving disciplines“.

<sup>81</sup> OECD, Consistencies and Inconsistencies (1999), S. 7.

<sup>82</sup> Gerber, Competition Law and the WTO, JIEL 10(3) (2007), S. 707 [713].

## 1. Wohlfahrtssteigerung als übergreifendes Ziel

Wettbewerbs- und Handelsrecht beruhen zunächst auf vergleichbaren Grundannahmen und teilen eine generelle Intention.<sup>83</sup> Sie glauben an die Wohlfahrtssteigerung durch freie wirtschaftliche Betätigung.<sup>84</sup> Die Steigerung der weltweiten Wohlfahrt steht als ausdrückliches Ziel in der Präambel zum WTO-Abkommen.<sup>85</sup> Die angestrebte „full use of the resources of the world“ deutet auf das Ziel einer optimalen Ressourcenallokation.<sup>86</sup> Die (Konsumenten-) Wohlfahrt<sup>87</sup> ist in jeder Wettbewerbsordnung ein wichtiger, in manchen beinahe der einzige Richtwert für die Beurteilung restriktiver Geschäftspraktiken.<sup>88</sup> Als gemeinsame Richtschnur beider Ordnungen erscheint die wirtschaftliche Effizienz. Deren Verwirklichung dient das Prinzip der freien Märkte.<sup>89</sup> Märkte, die frei von Verzerrungen sind, steigern die Allokations- und Produktionseffizienz.<sup>90</sup> Im Handelsrecht geschieht dies durch Ausnutzen der „komparativen Kostenvorteile“, durch die Ermöglichung von Spezialisierung und „economies of scale“ und die Verstärkung des Wettbewerbs durch Eintritt neuer ausländischer Marktteilnehmer. Importe können Akteure auf konzentrierten nationalen Märkten disziplinieren und damit Wettbewerbsprobleme ausgleichen. Andererseits können die Vorteile eines liberalisierten Handels nur bei kompetitiven Märkten voll ausgeschöpft werden. Das Wettbewerbsrecht schützt die Marktmechanismen vor der „Selbstaufhebung“ und sichert dabei neben den Marktchancen nationaler auch solche der internationalen Konkurrenz. Märkte mit funktionierendem Wettbewerb bringen ihrerseits effiziente Firmen hervor, die verstärkt am Handel teilnehmen.<sup>91</sup> In ihrer Ausrichtung wie in den Mechanismen der Umsetzung können Handels- und Wettbewerbsrecht also durchaus Hand in Hand gehen und sich gegenseitig verstärken.<sup>92</sup>

---

<sup>83</sup> Vgl. *Report of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council*, WTO-Dok. WT/WGTCP/2, vom 8. Dezember 1998, paras. 19 ff. [22].

<sup>84</sup> *Kennedy, The Limits of Multilateralism* (2001), S. 3 f; *OECD, Consistencies and Inconsistencies*, S. 6.

<sup>85</sup> „Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, ...”

<sup>86</sup> *Mavroidis/van Siclen, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues*, *JWT* 31 (5) (1997), S. 5 [7].

<sup>87</sup> Bei der „Konsumentenwohlfahrt“ handelt es sich um einen technischen Begriff aus der Wirtschaftswissenschaft. Dabei ist im Einzelnen umstritten, ob ein „total surplus“-Standard, der Konsumenten- wie Produzentenrente berücksichtigt, oder ein „echter“ Konsumentenwohlfahrt-Standard gemeint ist, vgl. *Farrell/Katz, The Economics of Welfare Standards in Antitrust, Competition Policy Int.* 2(2) (2006), S. 3; *Heyer, Welfare Standards and Merger Analysis, Competition Policy Int.* 2(2) (2006), S. 29.

<sup>88</sup> Die Wettbewerbspolitik und ihre Ziele sind im Einzelnen sehr kontrovers, vgl. aus US-amerikanischer Perspektive, *Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law*, Vol. 1, Para. 100 ff.

<sup>89</sup> *Oeter/Petersen, WTO und Wettbewerb*, in: *Hilf/Oeter* (2005), § 32, Rn. 1.

<sup>90</sup> *OECD, Consistencies and Inconsistencies* (1999), S. 6.

<sup>91</sup> *Miroudot/Pinali/Sauter, The Impact of Pro-competitive Reforms* (2007), S. 8 spricht vom „virtuous cycle of competition, trade and productivity growth“.

<sup>92</sup> Dabei soll nicht verkannt werden, dass es sich um eine idealtypische Betrachtung handelt und dass (nationale) Handelsregeln – wie auch das Wettbewerbsrecht selbst – mitunter auch andere, wettbewerbsfeindliche Zwecke

## 2. Unterschiedliche Betonung, Zweck-Mittel-Relation

Dieser Interessengleichlauf gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Bei genauerem Hinsehen bestehen Unterschiede in der Gewichtung der Ziele bzw. in der Zweck-Mittel-Relation, die zu Konflikten führen können.

So beschreibt der Katalog „allgemeiner Wohlfahrtsziele“ in der Präambel des WTO-Abkommens eher „legitimationsstiftende“ Fernziele. Diese spiegeln sich in dem konkreten Regelungsgehalt der Abkommen und in der Staatenpraxis kaum wieder.<sup>93</sup> Sie haben auch kaum Bedeutung für die Interpretation der bestehenden Verpflichtungen.<sup>94</sup> Tatsächlich bleiben die Staaten die entscheidenden Akteure. Sie verfolgen als solche vornehmlich eigene Exportinteressen, die Senkung von Marktzugangsbarrieren durch für die „eigenen“ Unternehmen interessante Importstaaten. Die reziproke Gewährung verbesserten Marktzugangs ist in der Präambel zwar als Mittel formuliert,<sup>95</sup> in der Praxis ist sie aber eigentlicher Gegenstand des Handelsrechts und als Zweck verselbständigt.<sup>96</sup> Die Reziprozität bildet das „informelle Fundament“ des Systems.<sup>97</sup> Auch soweit die „equality of competitive opportunities“ als Ziel betont wird,<sup>98</sup> so geschieht dies im Interesse der auf den Markt drängenden ausländischen Unternehmen. Es handelt sich um ein „merkantilistisches“ System. Demgegenüber stellt die „Steigerung der Weltwohlfahrt“ ein sich im optimalen Fall durch die Verfolgung und Ausbalancierung mitgliedstaatlicher Interessen langfristig verwirklichendes „Meta-Ziel“ dar. Eine „Weltmarktperspektive“ gibt es nicht. So verwundert es auch nicht, dass die Wettbewerbsregeln gerade wegen der „funktionalen Gleichheit“ privater marktabschottender Absprachen mit staatlichen Barrieren in den Blickpunkt des Handelsrechts getreten sind. Solche Absprachen können eine Beeinträchtigung der „Reziprozität“ darstellen.<sup>99</sup>

---

verfolgen, vgl. *Drexler*, The Competition Policy Approach, in: Zäch (1999), S. 237; *OECD*, Consistencies and Inconsistencies (1999), S. 4.

<sup>93</sup> *Mavroidis/van Siclen*, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, *JWT* 31 (5) (1997), S. 5 [7].

<sup>94</sup> Obwohl die Präambel als Kontext zu berücksichtigen ist. Vgl. *Mavroidis/van Siclen*, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, *JWT* 31 (5) (1997), S. 5 [7]; *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 74; *Hestermeyer*, Preamble GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 3 ff.

<sup>95</sup> „Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations, ...“

<sup>96</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 74; *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 *A.J.I.L.* (2000), S. 478.

<sup>97</sup> *Broude*, The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development, 27(4) *Colum. J. Transnat'l L.* (2006), S. 10; kritisch zu diesem Prinzip: *Senti*, Argumente für und wider die Reziprozität, *ORDO* 2005, 315.

<sup>98</sup> Darauf verweisen *Bercero/Amarasinha*, Moving the Trade and Competition Debate Forward, *JIEL* (2001), S. 481 [501 f.] und *Weiss*, From World Trade Law to World Competition Law, *Fordham Int'l L. J.* 23 (2000), S. 250 [256].

<sup>99</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 *New Eng. L. Rev.* (1999), S. 79.

Wettbewerbsrecht hat – idealtypisch – nicht Partikularinteressen bestimmter Unternehmen oder Exportindustrien sondern die (Konsumenten-) Wohlfahrt in einem klar definierten (häufig nationalen) Markt im Auge. Es berücksichtigt Effizienzgewinne der handelnden Unternehmen, z.B. bei einer Fusion, genauso wie Gefahren oder Effizienzverluste bei anderen Marktteilnehmern, insbesondere Verbrauchern.

Einen „Sonderfall“ bildet insoweit die EU, in der das Wettbewerbsrecht zur Integration der Märkte der Mitgliedstaaten funktionalisiert wird. Das Integrationsziel war eine treibende Kraft hinter der Entstehung der europäischen Wettbewerbspolitik vor dem Hintergrund des in manchen Mitgliedstaaten nicht ausgeprägten Wettbewerbsgedankens und der Furcht, dass die mittels der Grundfreiheiten ausgeräumten staatlichen Handelsbarrieren durch private ersetzt werden könnten.<sup>100</sup> Die Wettbewerbsregeln wurden und werden in den Dienst der Marktöffnung als zentrale Aufgabe der Gemeinschaft gestellt.<sup>101</sup> Sie dienen der Vertiefung und Verteidigung des Binnenmarktes.<sup>102</sup> Die Schaffung eines gemeinsamen Marktes wird *per se* als „meta-wettbewerbliches“ Ziel verfolgt. Dies zeigt sich darin, dass die „Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ ausdrückliche Tatbestandsvoraussetzung in Art. 101, 102 AEUV (ex-Art. 81, 82 EG) ist und marktabschottendes Verhalten seit den Tagen der *Consten / Grundig* – Entscheidung, die ein Alleinvertriebsrecht mit absolutem Gebietsschutz betraf, eine wichtige Rolle in der Wettbewerbspolitik und -praxis spielt.<sup>103</sup> So ist es auch nicht erstaunlich, dass die Initiative für Wettbewerbsregeln in der WTO maßgeblich von der EU ausging. Wichtig ist jedoch die Feststellung, dass es sich bei der Schaffung des Binnenmarktes bereits um ein meta-wettbewerbliches Ziel und um eine europäische Besonderheit handelt.

Festzuhalten ist ein Unterschied der tatsächlich im Vordergrund stehenden Ziele. Das Handelsrecht und die agierenden Handelsdiplomaten zielen – auch weil aus politökonomischen Gründen die Interessen der Exportindustrie gegenüber möglichen importorientierten Interessen der Verbraucher überwiegen<sup>104</sup> – auf eine möglichst weitgehende Marktöffnung. Die Größe der wirtschaftlichen Auswirkungen und positive Auswirkungen der Marktzutrittschranke im Zielstaat werden nicht berücksichtigt.<sup>105</sup> Die Reduzierung eigener Barrieren wird

---

<sup>100</sup> Scheuffele, Die Essential Facilities-Doktrin (2003), S. 142.

<sup>101</sup> Everling, Zur Wettbewerbskonzeption des EuGH, WuW 1990, 995 (1000); Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 2, Rn. 6 ff.

<sup>102</sup> XXVI. Wettbewerbsbericht (1996), S. 13 f. (Tz. 9 f.); XXVIII. Wettbewerbsbericht (1998), S. 8; XXIX. Wettbewerbsbericht (1999), S. 13 (Tz. 3).

<sup>103</sup> EuGH, Rs. 56 u. 58/64, „Grundig/Consten“, Slg. 1966, S. 321 ff.; deutlich auch jetzt noch: EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009, Rs. C-501/06 u.a. „GlaxoSmithKline“, Rn. 61 ff.

<sup>104</sup> Hudec, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79; Tarullo, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478 [492].

<sup>105</sup> Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 256.

als „Konzession“ betrachtet, auch wenn sie bereits als solche die Konsumentenwohlfahrt steigert.<sup>106</sup> Die Regeln können verkürzt als „Marktzugangsrecht“ bezeichnet werden. Auch wenn über den Zielkatalog des Wettbewerbsrechts im Einzelnen keine Einigkeit besteht, so kann doch die „Markteffizienz“ als anerkannte Referenzgröße bezeichnet werden.<sup>107</sup> Wettbewerbs- hüter haben die Maximierung der Wohlfahrt in dem ihrer Jurisdiktion unterfallenden Markt im Blick. Hierzu kann Marktzugang beitragen, was aber nicht zwingend ist.<sup>108</sup> Der freie Marktzugang ist in jedem Fall bloßes Mittel, nicht Ziel.<sup>109</sup> Verkürzt dargestellt stehen sich damit Markteffizienz und Marktzugang als Leitbilder gegenüber.<sup>110</sup> Konfliktpotential folgt hieraus insoweit, als maximaler Marktzugang nicht unbedingt mit maximaler wirtschaftlicher Effizienz einhergeht und umgekehrt.<sup>111</sup>

### 3. Vertikale Beschränkungen als Kristallisationspunkt

Als Kristallisationspunkt des möglichen Zielkonfliktes wurde die Bewertung vertikaler Beschränkungen des Wettbewerbs ausgemacht, da sich hier das Konfliktpotential der unterschiedlichen Ansätze – zumindest in dogmatisch-theoretischer Hinsicht – besonders deutlich zeigt.<sup>112</sup> Gemeint sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind bzw. das Verhalten marktstarker Unternehmen, die vertikal integriert auf mehreren Wertschöpfungsstufen tätig sind. Die besondere Relevanz solcher Beschränkungen zeigt sich bereits darin, dass vor allem sie Gegenstand der bisherigen Konflikte im Grenzbereich zwischen Handels- und Wettbewerbsrecht, insbesondere des vielzitierten „Kodak/Fuji-Falles“ waren.<sup>113</sup> In diesem Streitbeilegungsverfahren warf die US-amerikanische Eastman Kodak Company der japanischen Fuji Photo Film vor, durch Aufbau und Unterhalten eines Netzes von Exklusivitätsverhältnissen zu Groß- und Einzelhändlern

---

<sup>106</sup> Tarullo, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478.

<sup>107</sup> Marsden, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 125 ff.

<sup>108</sup> Mavroidis/van Siclen, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, JWT 31 (5) (1997), S. 5 [13].

<sup>109</sup> Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004); S. 258.

<sup>110</sup> Kennedy, The Limits of Multilateralism (2001), S. 322: „... market access über alles is the trade policy mantra. Efficient markets in the service of consumer welfare is the competition policy pole star“; OECD, Consistencies and Inconsistencies (1999), S. 7 f.; Lee, Lessons Learnt from Trade Disputes (2005), S. 23.

<sup>111</sup> Mavroidis/van Siclen, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, JWT 31 (5) (1997), S. 5 [13].

<sup>112</sup> In den Vordergrund gestellt von Marsden, A Competition Policy for the WTO (2003); vgl auch Hoekman/Holmes, Competition Policy, Developing Countries and the WTO (1999), S. 6: „one of the most sensitive but also most obscure areas of competition and trade policy“; Kearns, International Competition Policy and the GATS, 22 U. Pa. J. Int’l Econ. L., S. 285. Speziell hierzu auch: Jofer, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004). Skeptisch hinsichtlich der Bedeutung einer Koordinierung von Standards in Bezug auf vertikale Beschränkungen für die Förderung des transnationalen Marktzugangs: Calkins, Reflections on Vertical Restraints, in: Hope/Maeleng (1998), S. 201 [211].

<sup>113</sup> Panel-Report, Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, angenommen am 22. April 1998.

den Markteintritt für ausländische Anbieter nahezu unmöglich zu machen.<sup>114</sup> Der Aufbau solcher Vertriebssysteme soll durch verschiedene Maßnahmen der japanischen Regierung ermöglicht und verstärkt worden sein. Andere staatliche Maßnahmen sollen zugleich die Bildung neuer Vertriebssysteme und die Verkaufsförderung behindert haben.<sup>115</sup> Interessant an dem Verfahren ist, dass die gerügten vertikalen Beschränkungen von den USA intern wettbewerbsrechtlich viel positiver bewertet werden als handelsrechtlich gegenüber Japan.<sup>116</sup> Denn zwar haben vertikale Beschränkungen das Potential Märkte abzuschotten (Grenzperspektive des Handelsrechts), sie können aber zugleich erhebliche Effizienzgewinne im Markt (Marktperspektive des Wettbewerbsrechts) herbeiführen.

Aus handelsrechtlicher Perspektive relevant ist, dass durch die Bindung der Händler bzw. Abnehmer über Instrumente wie Alleinbezugsklauseln, Kopplungsgeschäfte oder Treuerabatte ein Markteintritt durch ausländische Hersteller bzw. Anbieter erheblich erschwert sein kann. Dies gilt insbesondere, wenn der Markt insgesamt durch ein „Bündel“ solcher vertikaler Vereinbarungen gekennzeichnet ist. Markteintrittswillige ausländische Anbieter finden dann keine Vertriebskanäle mehr. Es tritt ein „Marktabstottungseffekt“ ein. Bei anderen vertikalen Beschränkungen wie Mindestverkaufspreisen, geographischen Ausschließlichkeitsvereinbarungen u.ä. wird der Handel auf nachgelagerten Stufen (Arbitrage, Parallelimporte) beeinträchtigt.<sup>117</sup> Da Handelspolitik im Grundsatz versucht, Marktzutrittsschranken zu beseitigen, wäre ein Verbot aller beschränkenden Vertikalvereinbarungen die nahe liegende Folge.<sup>118</sup>

Unter dem Gesichtspunkt der Markteffizienz ist dies weniger eindeutig. Aus ökonomischer Sicht lässt sich vertikale Integration zu einem guten Teil mit der Transaktionskosten-Theorie erklären.<sup>119</sup> Das Eingehen und die Tiefe vertikaler Bindungen sind abhängig von den jeweiligen Kosten hierarchischer oder marktlicher Koordination.<sup>120</sup> Durch die Wahl der „optimalen“ Integrationsstufe wird nicht nur der Unternehmenserfolg gefördert, sondern auch die Markteffizienz. Neben diesen echten Kostenvorteilen können allerdings durchaus auch marktbedingte Vorteile („market foreclosure“, die Segmentierung von Märkten zur Preisdifferenzierung) ein

---

<sup>114</sup> Vgl. zu dem Verfahren im Einzelnen: *Furse*, Competition Law and the WTO Report: „Japan – Measures Affecting Photographic Film and Paper“, E.C.L.R. 1999, 20(1), S. 9; *Komuro*, Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling, JWT 32(5) (1998), S. 161; *Scherer*, Retail Distribution Barriers, 67 Antitrust L. J. (1999), S. 77; *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 277 ff.

<sup>115</sup> Zu den Problemen der „staatlichen Maßnahme“ in diesem Verfahren siehe bereits oben.

<sup>116</sup> *Lee*, Lessons Learnt from Trade Disputes (2005), S. 12; *Kennedy*, The Limits of Multilateralism (2001), S. 6.

<sup>117</sup> Solche Vereinbarungen können auch in den Blickwinkel des Handelsrechts rücken, wenn sie eine Preisdiskriminierung zwischen Märkten – handelsrechtlich gesprochen „Dumping“ – ermöglichen sollen.

<sup>118</sup> *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 256 f., der insoweit von einer „Schwarz-Weiß-Sichtweise“ des Handelsrechts spricht.

<sup>119</sup> Zum Folgenden ausführlich: *Kallfass*, Vertikale Verträge, WUW 1999, 225 [227 ff.].

<sup>120</sup> Daneben können unterschiedliche Kostenstrukturen interner und externer Produktion eine Rolle spielen.

Motiv sein. Im Ergebnis ist deshalb keine generelle (per se-)Regel oder einfache Lösung möglich. So können im Beispiel des Aufbaus einer auch rechtlich abgesicherten Exklusivitätsbeziehung zu Händlern oder Abnehmern legitime wirtschaftliche Ziele verfolgt werden. Eine solche vertikale Bindung verringert die Unsicherheit des Verkäufers über künftige Absätze (verringert damit Vorhaltekosten und Investitionsrisiken), ermöglicht beziehungspezifische Investitionen (z.B. des Herstellers in Know-How oder Werbung der Händler) und setzt Anreize für Vertriebsbemühungen der Händler, ohne dass eine enge Überwachung nötig ist. Auch der Händler profitiert, wenn der Verkäufer entsprechende Effizienzgewinne teilweise an seine Abnehmer weitergibt, um sich damit die Exklusivität zu „erkaufen“.<sup>121</sup> Diese wettbewerbsfördernden Effekte können Abschottungseffekte überwiegen. Dementsprechend wird „Exclusive Dealing“ z.B. in den USA nur einer „rule of reason“ unterworfen.<sup>122</sup> Die Auswirkung der Vereinbarung auf Wettbewerber ist damit zwar eine wichtige Frage und Ausgangspunkt der Wettbewerbsanalyse, nicht aber deren Ende oder der einzige zu berücksichtigende Punkt.<sup>123</sup>

Die Folgen wurden in einem Beispiel plastisch geschildert: Wenn in einem nationalen Markt 10 unabhängige Produzenten bestehen, von denen keiner einen Marktanteil über 15% innehat und diese jeweils über ein ausgeklügeltes Netzwerk von Händlern und Servicestellen verfügen, wird es für einen ausländischen Anbieter extrem schwierig sein, in den Markt einzutreten, auch wenn sich aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive kein Problem ergibt.<sup>124</sup>

Aus diesem Konflikt zwischen Zugang und Effizienz folgt, dass die EU mit ihrem verselbständigten Binnenmarktziel vertikale Beschränkungen wettbewerbsrechtlich deutlich kritischer sieht als die USA.<sup>125</sup> Zwar hat inzwischen eine gewisse Annäherung stattgefunden.<sup>126</sup> Die von Anfang an sehr kritische, strikte Haltung der Kommission hat sich in den letzten Jahren mit dem „more economic approach“ gelockert, beeinflusst von der neoklassischen, effizienzorientierten Argumentation in Tradition der Chicago School.<sup>127</sup> Sie entspricht aber nach wie vor nicht dem Stand in den USA.<sup>128</sup> Auch in anderen Bereichen wie horizontaler Koope-

---

<sup>121</sup> Diese Vorteile vertikaler Beschränkungen können insbesondere auch ausländischen Anbietern helfen, in einen neuen Markt einzutreten. Vgl. *Calkins*, Reflections on Vertical Restraints, in: Hope/Maeleng (1998), S. 201 [213].

<sup>122</sup> *Elhaug/Geradin*, Global Competition Law and Economics (2007), S. 459 ff. [478].

<sup>123</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 104.

<sup>124</sup> *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 Am. J. of Int'l Law (2000), S. 478 [483].

<sup>125</sup> Ausführlich *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 99 ff; *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 128 ff.

<sup>126</sup> *Scott*, Cain and Abel? Trade and Competition Laws in the Global Economy, MLR (2005), S. 135 [151].

<sup>127</sup> Dies zeigte sich deutlich in der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 vom 22. Dezember 1999 (inzwischen ersetzt durch VO Nr. 330/2010 vom 20. April 2010).

<sup>128</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 107 f. Dort wurde zuletzt sogar hinsichtlich der sog. „Preisbindung der zweiten Hand“ das per se-Verbot aufgegeben und die ‚rule of reason‘ eingeführt, vgl. Supreme Court, 28. Juni 2007, *Leegin Creative Leather Products*, 551 U.S. 877 (2007); dazu: *Kasten*, Die Leegin-Entscheidung, RIW 2007, S. 649.

ration oder Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle wird der Gefahr der „Abschottung“ gegenüber Wettbewerbern in der EU eigenes Gewicht zuerkannt, was insbesondere aus amerikanischer Perspektive kritisiert wird.<sup>129</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass die von Handelsrechtlern vielfach betonte „funktionale Gleichheit“ privaten marktabschottenden Verhaltens mit staatlichen Handelsschranken aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive oft nicht zwingend ist. Während das Wettbewerbsrecht staatlichen Handelsbarrieren ebenfalls generell ablehnend gegenübersteht, da diese den (potentiellen) Markteintritt ausländischer Konkurrenten verhindern, der auf oligopolistischen nationalen Märkten häufig der einzige Wettbewerbsdruck bleibt, der zu Effizienz zwingt, werden „private Marktbarrieren“ nicht selten als legitime Verwirklichung von Effizienzvorteilen gesehen.

### III. Folgen für die Debatte in der WTO

Diese Spannung kann im WTO-Kontext auch nicht einfach durch eine „Funktionalisierung“ der Wettbewerbsregeln, durch eine „Überlagerung“ mit Integrationszielen wie innerhalb der EU aufgelöst werden. In der „Integrationsgemeinschaft“ EU wurde die Reziprozität mit dem „Gemeinsamen Markt“ überwunden. Die Grundfreiheiten der EU-Verträge schützen als individuelle Freiheiten der Marktteilnehmer deren „Erwartungen“ an einen Marktzugang in jedem Einzelfall. Dieser individuellen Erwartung korrespondiert eine Bekämpfung individueller zutrittsbeschränkender Abreden oder Verhaltensweisen durch das Wettbewerbsrecht. In der WTO besteht nur eine schutzwürdige Erwartung der anderen Mitgliedstaaten an den generellen Marktzugang für seine Wirtschaftsteilnehmer.<sup>130</sup> Erst wenn das generelle „Austauschverhältnis“ (Reziprozität) gestört wird, besteht ein Bedürfnis nach Wiederherstellung des Gleichgewichts der gegenseitigen Rechte und Pflichten, die nicht notwendigerweise durch Abstellen des konkreten wettbewerbswidrigen Verhaltens erfolgen muss.

Wettbewerbsregeln, die ein Überwinden dieses Grundgerüsts bedeuten würden, haben sich als zu großer Schritt erwiesen. Die Diskussion um ein WTO-Wettbewerbsabkommen war zwar zunächst durch eine ambitionierte Agenda geprägt, die gerade auch Fragen des Marktzugangs umfasste.<sup>131</sup> Es wurden jedoch bald erhebliche Vorbehalte der „Community“ der

---

<sup>129</sup> Ausführlich *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 108 ff.

<sup>130</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79.

<sup>131</sup> Noch im Vordergrund bei *Fox*, Toward World Antitrust and Market Access, 91 A.J.I.L. (1997), S. 1; *Malaguti*, Restrictive Business Practices in International Trade, JWT 32 (1998), S. 117 [140 ff.]; betont auch von *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [158 ff.].

Wettbewerbsrechtler deutlich, die sich vor allem an der Marktzugangsorientierung des Handelsrechts entzündeten.<sup>132</sup> Die unterschiedlichen Blickwinkel und Prioritäten von Wettbewerbsbehörden und Handelsdiplomaten traten deutlich hervor.<sup>133</sup> Ein „echtes“ WTO-Wettbewerbsrecht würde auf der anderen Seite dazu führen, das Prinzip des liberalisierten Handels zwischen Staaten ganz generell durch ein Konzept des weltweiten freien Handels zwischen Unternehmen zu ersetzen.<sup>134</sup> Es würde einen Perspektivenwechsel vom zwischenstaatlichen (!) Handel zu einem integrierten Weltmarkt bedeuten. Angesichts der Größe dieses Schrittes, d.h. der Reichweite möglicher Vorgaben und der Spielräume und Unsicherheiten bei der Ausgestaltung, fehlte vielerorts ein ausreichendes Vertrauen in die Regeln und Verfahren der WTO.<sup>135</sup>

Dies führte dazu, dass gerade in Bereichen, die tatsächlich den Marktzugang betreffen und von Befürwortern internationaler Regeln häufig als die gravierendsten Probleme beschrieben werden,<sup>136</sup> keine Einigkeit erzielt werden konnte.<sup>137</sup> So spielten vertikale Beschränkungen in den Diskussionen keine Rolle mehr.<sup>138</sup> Es wurde befürchtet, dass bei einem Abkommen in der WTO in der Praxis der Marktzugang immer über die Konsumentenwohlfahrt dominieren würde.<sup>139</sup> Neben dem Marktzugang wurde auch die Verringerung von Transaktionskosten (wegen unterschiedlicher materieller Regeln) als Triebfeder und Begründung in Frage gestellt.<sup>140</sup> Denn sogar harmonisierte Regeln würden – beim Fehlen einer wenig realistischen internationalen Wettbewerbsbehörde – wegen des unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Grundverständnisses nicht zu den gleichen Ergebnissen führen. Das Anti-Dumping-Recht wurde insbesondere von den USA, aber auch der EU nicht als Thema gesehen.<sup>141</sup>

So beschränkte die Ministererklärung von Doha den Diskussionsrahmen dann auf das Verbot von „Hardcore-Kartellen“, gemeinsame „Grundprinzipien“ wie Transparenz, faires Verfahren und Nichtdiskriminierung<sup>142</sup> sowie Modalitäten für die freiwillige Kooperation und technische

---

<sup>132</sup> Vgl. die Schilderung bei *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 31 ff.

<sup>133</sup> *Jenny*, Competition Law and Policy: Global Governance Issues, *World Competition* 26(4) (2003), 609 [618]; *Scherer*, Retail Distribution Channel Barriers, 67 *Antitrust L. J.* (1999), S. 77.

<sup>134</sup> *Drexler*, International Competition Policy after Cancún, *World Comp.* 27(3) (2004), S. 419 [425].

<sup>135</sup> *Gerber*, Competition Law and the WTO, *JIEL* 10(3) (2007), S. 707 [710].

<sup>136</sup> So *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 315; siehe auch *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 91 ff. zu weiteren Stimmen.

<sup>137</sup> *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 *A.J.I.L.* (2000), S. 478.

<sup>138</sup> *Drexler*, International Competition Policy after Cancún, *World Comp.* 27(3) (2004), S. 419 [427]. Vgl. zur Entwicklung der Diskussionen auch die Berichte der entsprechenden Arbeitsgruppe, der ‚*Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*‘, WT/WGTCP/1 bis 7.

<sup>139</sup> *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 *A.J.I.L.* (2000), S. 478.

<sup>140</sup> *Hoekman/Saggi*, International Cooperation on Domestic Policies, in: *Evenett/Hoekmann* (2005), S. 439 [446].

<sup>141</sup> *Mavroidis*, International Competition Rules, FEEM Working Paper No. 70-99, S. 2.

<sup>142</sup> Die angestrebte Reichweite dieses Prinzips und damit die Frage, inwieweit ein Gewinn gegenüber dem bereits geltenden Recht möglich ist, blieb dabei unklar; vgl. *Ehlermann/Ehring*, WTO Dispute Settlement and Competi-

Unterstützung.<sup>143</sup> Es wurden damit weniger die wirklichen Probleme an der Schnittstelle von Handel und Wettbewerbsrecht erfasst, als vielmehr die Bereiche, wo ein Kompromiss am Ehesten möglich scheint, in den Vordergrund gestellt.<sup>144</sup> Mit dieser Verschiebung des Fokus auf Aspekte der nationalen Durchsetzung von Wettbewerbsrecht und Kooperation sowie technische Unterstützung stellt sich die berechnete Frage nach dem Grund für die angestrebte Integration in WTO.<sup>145</sup> Das institutionelle Gefüge der WTO mit seinem Streitverfahren („adversary system“) erscheint als Forum für Kooperation nicht naheliegend. Im Gegenteil ist die Furcht, dass die Institutionen negativen Einfluss auf den Inhalt (Vorrang für den Zugang, Streit statt Kooperation) gewinnen könnten,<sup>146</sup> nicht ganz von der Hand zu weisen. Es ist auch nur noch ein ferner Bezug zur Marktöffnung, dem „Kerngeschäft“ der WTO zu erkennen.

So verwundert es nicht, dass in der Praxis eine Verlagerung in Gremien des „soft law“, der regulatorischen Konvergenz und administrativen Kooperation wie dem International Competition Network (ICN) als „inter-agency“-Netzwerk der Wettbewerbsbehörden stattfindet. An die Stelle der (handels-) diplomatischen Verhandlungen tritt die direkte Kommunikation der spezialisierten Fachbehörden. Daneben treten bilaterale Kooperationsmechanismen. Diese sind besonders hilfreich bei Praktiken, die in einem Land vorgenommen werden und sich in einem anderen auswirken (Exportkartelle, Fusionen, Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Auslandsmarkt) und kein eigentliches Zugangsproblem mit sich bringen.<sup>147</sup> Für die Gruppe der Praktiken, die den Markt abschotten (Importkartelle, vertikale Beschränkungen, Missbrauch beherrschender Stellung im Heimatmarkt) und für die multilaterale Regeln besonders hilfreich sein könnten,<sup>148</sup> steht eine Lösung hingegen noch aus.

---

tion Law, 26 Fordham Int'l L. J. (2003), S. 1505; *Mavroidis*, International Competition Rules, FEEM Working Paper No. 70-99, S. 3.

<sup>143</sup> *Ministerial Declaration vom 14 November 2001*, WT/MIN(01)/DEC/1, Ziff. 25; *Anderson/Holmes*, Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System, JIEL 5(2) (2002), 531 [534].

<sup>144</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 67 beschreibt die Zielrichtung dieser Agenda mit „making the possible necessary“.

<sup>145</sup> *Hoekman/Saggi*, International Cooperation on Domestic Policies, in: Evenett/Hoekman (2005), S. 439 [451].

<sup>146</sup> *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478.

<sup>147</sup> *Jenny*, Globalization, Competition and Trade Policy, in: Jones/Matsushita (2002), S. 295 [333].

<sup>148</sup> *Jenny*, Globalization, Competition and Trade Policy, in: Jones/Matsushita (2002), S. 295 [306].

## **B. Die spezifischen Bedingungen wichtiger Dienstleistungsmärkte**

Aus der Natur von Dienstleistungen und der besonderen Struktur des GATS folgen in Bezug auf die Wettbewerbsproblematik einige Unterschiede zu der oben geschilderten Diskussion vor dem Hintergrund des Warenhandels. Diese ergeben sich insbesondere aus der größeren Bedeutung staatlicher Regulierung und der „Zielmarktorientierung“ des GATS. Darüber hinaus besteht in einer Vielzahl von Dienstleistungssektoren die Besonderheit, dass von vornherein ersichtlich ist, dass ein Abbau staatlicher Zugangsschranken nicht ausreicht, damit quasi „naturwüchsig“ ein Wettbewerbszustand eintritt. Die betroffenen Dienstleistungsmärkte, mit der die Arbeit sich vornehmlich befasst, kennzeichnet einerseits eine Tendenz zum partiellen Marktversagen und – damit verbunden – andererseits eine besondere Regulierungsgeschichte, häufig in Gestalt einer seit langem bestehenden staatlichen Monopolerbringung. Diese Eigenschaften lassen zum einen Elemente des Wettbewerbsschutzes besonders dringlich erscheinen, verlangen zum anderen aber eine in Teilen von einem allgemeinen Wettbewerbsabkommen abweichende Regelung. Denn insoweit sind Wettbewerbsregeln nicht Komplementär sondern überhaupt Voraussetzung für Marktzugang. Dies kann asymmetrische Pflichten marktstarker Unternehmen und eine ex-ante Regulierung erforderlich machen, d.h. Instrumente, die eher im Regulierungsrecht als im allgemeinen Wettbewerbsrecht anzutreffen sind.

### **I. Die adressatenbezogene Unterscheidung**

Da die wirtschaftliche Tätigkeit im Dienstleistungssektor generell in einem relativ engen regulatorischen Rahmen verläuft, ist die adressatenorientierte Unterscheidung weniger eindeutig. Dienstleistungsmärkte sind häufig „imperfekt“ und machen staatliche Vorgaben oder ein staatliches Eingreifen erforderlich.<sup>149</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich eine „Zwitterrolle“ der Regulierung ausmachen, die nicht nur als Marktzugangshindernis wirken, sondern auch eine Voraussetzung für Marktzugang sein kann. Wettbewerbsmärkte für Waren kommen in der Regel mit deutlich weniger Regulierung aus.

Typisch ist zudem eine gegenseitige „Verflechtung“ staatlicher und privater Maßnahmen, die als Wettbewerbsbeschränkung wirken können. Als Beispiel seien nur die standesrechtlichen (Selbst-) Beschränkungen bei Anwälten genannt. Die klare Dichotomie von Staat und Wirtschaft ist vielfach zugunsten eines Wechselspiels staatlicher und privater Aktivitäten aufge-

---

<sup>149</sup> Z.B. wegen des Bestehens von Informationsasymmetrien (regulierte Berufe), aber auch wegen der in der Folge behandelten „natürlichen Monopole“.

hoben,<sup>150</sup> so dass sich eine klare Trennlinie nicht ziehen läßt.<sup>151</sup> „Hybride“ Beschränkungen – der Bereich, in dem Handels- und Wettbewerbsrecht sich treffen und den selbst Kritiker allgemeiner Wettbewerbsregeln als legitimes Feld der WTO ansehen<sup>152</sup> – sind hier deutlich verbreiteter als im Bereich der Warenerzeugung.

Verstärkt gilt dies für Sektoren mit einer langen Geschichte staatlicher Einmischung, insbesondere ehemals staatsmonopolistische Bereiche, die sich in Prozessen der „De-Monopolisierung“ befinden oder diese durchlaufen haben. Die Erfahrung zeigt, dass selbst bei Marktöffnung und Privatisierung die Dienstleister nicht zu 100 % private Akteure sind. Wegen fortbestehender Inhaberschaft von Anteilen des Unternehmens, wegen besonderer politischer Sensibilitäten (die Unternehmen werden dem Staat in der öffentlichen Meinung weiter „zugerechnet“ und sind in der Regel gewerkschaftlich gut organisiert) oder wegen dem Interesse an der Schaffung „nationaler Champions“<sup>153</sup> bestehen Anreize zur Verzerrung des Wettbewerbs. Die Regierungspolitik ist nur teilweise an einer Steigerung des Wettbewerbs und zugleich am Schicksal des Ex-Monopolisten orientiert. Letzteres gilt insbesondere, wenn sich ein Verlust von Marktanteilen auf den Staatshaushalt auswirkt.<sup>154</sup> Die Gefahr des „kollusiven Zusammenwirkens“ bringt hier ein besonderes Bedürfnis für überstaatliche Regeln mit sich. Neben der direkten Wirkung wettbewerbsschützender Regeln spielt in vormals staatlichen Bereichen auch der Aspekt der „competition advocacy“ – die institutionalisierte Vertretung des Wettbewerbsgedankens in den politischen Prozessen – eine wichtige Rolle.<sup>155</sup>

## II. Abrücken von der Grenze als Referenzpunkt

Zu erinnern ist zudem an die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Dienstleistungsverkehr und Warenhandel, die auch hier eine Rolle spielen. Bei Waren als verkörperter Leistung richtet sich der Blick primär auf das Produkt. Dessen Charakter und Beschaffenheit ist Anknüpfungspunkt von Maßnahmen, die klassischerweise an der Grenze getroffen werden. Bei Dienstleistungen ist die Leistung nicht greifbar („invisibles“). Deshalb rücken die Umstände der Leistungserbringung sowie die Erbringer selbst, die Unternehmen, in den Blickwinkel staatlicher Maßnahmen. Deutlich wird das z.B. daran, dass die Inländerbehandlung im GATS auch hinsichtlich der Erbringer („like service supplier“) zu gewähren ist. Dieses Anknüpfen an das Subjekt, nicht das Objekt, der wirtschaftlichen Aktivität bedeutet bereits eine Akzent-

---

<sup>150</sup> Moos, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 258.

<sup>151</sup> Fox, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [281].

<sup>152</sup> Tarullo, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478.

<sup>153</sup> Öhlinger, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 270.

<sup>154</sup> Fredebeul-Krein/Freytag, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [633].

<sup>155</sup> OECD, Consistencies and Inconsistencies (1999), S. 6.

verschiebung, die wettbewerbsschützende Vorschriften weniger als Fremdkörper erscheinen lassen.

Hinzu kommt, dass sich der Handel mit Dienstleistungen in den meisten Fällen nicht auf die reine Produktmobilität beschränken lässt, sondern in erheblichem Maße die Mobilität der Faktoren Kapital und Arbeit impliziert. Es kommt damit zu einer Durchbrechung der traditionellen Trennlinie zwischen Handel und Investitionen,<sup>156</sup> die dazu führt, dass die Staaten sich verstärkt für die Wettbewerbsbedingungen in fremden nationalen Märkten interessieren. Denn anders als bei Gütern, wo der Handel fehlenden innerstaatlichen Wettbewerb in gewissem Maße ersetzen kann, setzt hier der Handel wettbewerbliche innerstaatliche Strukturen voraus.<sup>157</sup>

Dies bedeutet, dass sich die „Denkschemata“ des GATT nicht ohne weiteres auf den Dienstleistungshandel übertragen lassen. Ist das Anknüpfen an die Herkunft, an die „Nationalität“ bei Waren bereits häufig zweifelhaft, so stößt es bei Dienstleistungen erst recht an seine Grenzen.<sup>158</sup> Bei der Dienstleistungserbringung mittels Niederlassung („Commercial Presence“) ist nicht die Herkunft der Leistung sondern die des Anbieters entscheidend, Art. XXVIII lit. d), m) GATS. Dies ist bei „transnationalen“ Unternehmen mit gestreuten und evtl. wechselnden Eigentumsanteilen alles andere als ein eindeutiges Konzept.<sup>159</sup> Insbesondere aber ist eine strikte Differenzierung zwischen dem Marktzugang und einer unverfälschten Wettbewerbssituation im Markt bei Dienstleistungen wenig sinnvoll, da die innerstaatliche Regulierung zumeist gleichzeitig die wesentliche Zugangshürde darstellt. Die Betrachtung muss deshalb eher von der Notwendigkeit einer optimalen Wettbewerbssituation insgesamt ausgehen. Dementsprechend wurde als Referenzmodell für das handelsrechtliche Denken über Dienstleistungen eine Adaption der Theorie bestreitbarer Märkte vorgeschlagen.<sup>160</sup> Die Figur der „bestreitbaren Märkte“ wurde ursprünglich entwickelt, um zu erklären, wieso es keiner „atomistischen“ Marktstruktur bedarf, um (auch in Sektoren mit bedeutenden „economies of scale

---

<sup>156</sup> Der größere Teil der internationalen Direktinvestitionen fließt in Dienstleistungserbringer, zugleich betrifft aber auch ein Großteil der Restriktionen den Dienstleistungsbereich; vgl. *Sauvé*, Trade Rules Behind Borders (2003), S. 14. Die Aufhebung der klaren Grenze gilt angesichts der international vernetzten Produktions- und Vertriebsketten allerdings zunehmend auch für den Bereich der Waren, vgl. *Feketekuty/Rogowsky*, A Competition Oriented Approach to Future Multilateral Trade Negotiations, World Economy 19 (5) (1996), S. 167 [169].

<sup>157</sup> *Miroudot/Pinali/Sauter*, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 7.

<sup>158</sup> *Feketekuty/Rogowsky*, A Competition Oriented Approach to Future Multilateral Trade Negotiations, World Economy 19 (5) (1996), S. 167 [169].

<sup>159</sup> *Zdouc*, Legal Problems Arising under the GATS (2002), S. 328 ff; *Lehmann*, Fällt die Sitztheorie jetzt auch international?, RIW 2004, S. 816.

<sup>160</sup> *Krancke*, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen (2003), S. 91 ff; *Tietje*, Probleme der Liberalisierung (2005), S. 8; vgl. auch bereits *Freitag/Zimmermann*, Muss Handelsordnung erweitert werden?, *RabelsZ* 62 (1998), 38 [53 ff.], für die aus dem Konzept bestreitbarer Märkte aber eine Konzentration auf den weiteren Abbau staatlicher Marktzutrittsbarrieren folgt.

and scope“) Pareto-optimale Marktergebnisse zu erzielen, wenn und soweit der Sektor nämlich offen ist für den Eintritt neuer potentieller Konkurrenten, die eine „disziplinierende Wirkung“ ausüben.<sup>161</sup> Voraussetzung für letzteres ist insbesondere das Fehlen wesentlicher Markteintritts- und –austrittsbarrieren. Deren Reduktion kann deshalb als ordnungspolitische Aufgabe aus der Theorie gefolgert werden.<sup>162</sup> Unter diesem Blickwinkel wurde die Theorie für das Handelsrecht aufgegriffen.<sup>163</sup> Denn auch für den Handel mit Dienstleistungen soll gelten, dass Marktzugang und Marktpräsenz sowie allgemein der wettbewerbliche Prozess nicht unangemessen beeinträchtigt werden dürfen durch die diversen vorstellbaren Schranken der Bestreitbarkeit (Grenzmaßnahmen, Investitionsbedingungen, innerstaatliche Regulierung, strukturelle Hindernisse, private wettbewerbsbeschränkende Handlungen).<sup>164</sup> Durch eine Orientierung an dem weiter gefassten Begriff des „Markteintritts“ sollen also nicht nur Grenzbarrieren sondern ebenso wettbewerbsbehindernde Barrieren im Markt erfasst werden, die sowohl staatlicher wie privater Natur sein können.<sup>165</sup> Denn eine wesentliche Voraussetzung der Bestreitbarkeit des Marktes auch und gerade durch ausländische Anbieter ist das Bestehen einer kompetitiven Marktstruktur mit gleichen Wettbewerbsbedingungen.<sup>166</sup> Dies bedeutet, dass eine tatsächliche Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels im Sinne der Theorie bestreitbarer Märkte nur mit einem wettbewerbsrechtlichen Ansatz möglich ist.<sup>167</sup>

Zugleich führt der Charakter von Dienstleistungen dazu, dass ein „Wettbewerbsschutz an der Grenze“ nicht möglich ist. Das Instrument des Anti-Dumping-Rechts als „verkümmertes“ Wettbewerbsschutz lässt sich kaum auf Dienstleistungen übertragen. Wenn ein Telefondienstleister aus einem geschützten Heimatmarkt mit „Kampfpreisen“ auf liberalisierte Märkte drängt, kann dem nicht mit Ausgleichszöllen begegnet werden. Erforderlich ist ein wettbewerbsrechtlicher Zugriff im Ziel- oder Herkunftsland.

### **III. Konsequenzen aus der zielmarktorientierten Regelungsstruktur des GATS**

Unterschiede zu wettbewerbsschützenden Vorstellungen, die im Bereich des Warenhandels entwickelt wurden, folgen auch aus der Struktur des GATS. Der Blickwinkel des GATS und

---

<sup>161</sup> *Baumol/Panzar/Willig*, *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure* (1988); einen Überblick bietet *Krancke*, *Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen* (2003), S. 91 ff.

<sup>162</sup> *Krancke*, *Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen* (2003), S. 93.

<sup>163</sup> Zuerst wohl *Lawrence*, *Towards Globally Contestable Markets* (1996); dann auch *Feketekuty/Rogowsky*, *A Competition Oriented Approach to Future Multilateral Trade Negotiations*, *World Economy* 19 (5) (1996), S. 167 [179 f.]; *Sauvé*, *Services and the International Contestability of Markets* (1996), in: *Sauvé* (2003), S. 47; *Sauvé/Zampetti*, *The International Contestability of Markets* (1996), in: *Sauvé* (2003), S. 437.

<sup>164</sup> *Sauvé*, *Services and the International Contestability of Markets* (1996), in: *Sauvé* (2003), S. 47.

<sup>165</sup> *Krancke*, *Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen* (2003), S. 103 f.

<sup>166</sup> *Krancke*, *Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen* (2003), S. 108. Dort auch zu weiteren Ableitungen wie Kompatibilität, Transparenz, Rechtssicherheit und Anpassungsfähigkeit des internationalen Regelungswerkes.

alle wichtigen Verpflichtungen sind „Import-bezogen“.<sup>168</sup> Disziplinen für Beschränkungen des Exports sind nicht vorgesehen. So werden in der sogenannten Modalität 2 Verpflichtungen übernommen in Bezug auf die Möglichkeiten eigener Staatsangehöriger zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Ausland, was einen Fall des Dienstleistungsimports darstellt. Nicht betroffen ist die Möglichkeit der Ausländer, Dienstleistungen im Inland zu konsumieren, d.h. der Dienstleistungsexport. Bezüglich der Dienstleistungserbringung durch natürliche Personen werden Restriktionen des Ziellandes, nicht aber solche des Herkunftslandes dieser Personen angesprochen.<sup>169</sup> Während sich die Meistbegünstigung im GATT auf Im- und Exporte gleichermaßen bezieht, beschränkt sie sich im GATS auf die Gleichbehandlung ausländischer Dienstleistungen und Anbieter und erfasst nicht Diskriminierungen im Export. Der Zugang zu „Vorprodukten“ bzw. „Inputleistungen“ ist nur für Dienstleistungsanbieter in dem jeweiligen Ziel-Markt geschützt.<sup>170</sup> Es scheint dem GATS insoweit also nicht um den Schutz der Abnehmer oder Konsumenten als solches zu gehen.<sup>171</sup>

Eine Beschränkung auf den „Zielmarkt“ folgt auch aus der territorialen Jurisdiktion. So stellen die „Scheduling Guidelines“ in Ziff. 15 fest, dass keine Vorschrift des GATS seine Mitglieder verpflichtet, Maßnahmen außerhalb seiner territorialen Jurisdiktion zu treffen.<sup>172</sup> Hieraus folge für das Gebot der Inländerbehandlung, dass dieses die Mitglieder nicht verpflichte, eine solche Behandlung auf Anbieter auf dem Territorium eines anderen Mitglieds zu erstrecken. In Ziff. 16 wird hinsichtlich der Subventionen klargestellt, dass Inländerbehandlung nicht bedeute, Subventionen auf Anbieter vom Territorium eines anderen Mitglieds zu erstrecken. In diesen Vorschriften zeigt sich, dass die bestehenden GATS-Regeln die Bedingungen im „Zielmarkt“ der Dienstleistungserbringung im Auge haben.<sup>173</sup> Das wirkt sich auf die Überlegungen zum Wettbewerbsschutz aus.

Denn den wettbewerbsschützenden Ansätzen im GATT geht es zumeist um Wettbewerbsverzerrungen, die gewissermaßen aus dem „Herkunftsland“ der Waren importiert werden. Die Warenherstellung wurde im Herkunftsland subventioniert oder das dort tätige Unternehmen

---

<sup>167</sup> Tietje, Probleme der Liberalisierung (2005), S. 14.

<sup>168</sup> Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

<sup>169</sup> Im EU-Recht werden von der Dienstleistungsfreiheit hingegen auch Beschränkungen aus dem Sitzland, d.h. „Exportbeschränkungen“ erfasst, vgl. EuGH, Rs. C-384/93, „Alpine Investments“, Urteil vom 10. Mai 1995; Slg. 1995, S. I-1141, Rn. 29 ff.

<sup>170</sup> Vgl. Art. XXVIII (c); Art. VIII:1 GATS.

<sup>171</sup> Hierzu passt, dass Verbote, die an Verbraucher gerichtet sind, nicht Art. XVI GATS unterfallen; vgl. den Panel-Report in *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, angenommen am 10. November 2004, Ziff. 6.381 ff.

<sup>172</sup> *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS*, S/L/92 vom 28. März 2001, Ziff. 15.

<sup>173</sup> Eine gewisse Besonderheit bildet die Modalität 2, wo die Dienstleistung im „Heimatmarkt“ des Anbieters erbracht wird und Restriktionen – theoretisch – vom Staat des Empfängers, z.B. dem Herkunftsland eines Touristen, drohen. Ökonomisch ist letzterer aber das Zielland der Dienstleistungserbringung.

nimmt Quersubventionierungen vor, die einen Import zu Dumpingpreis ermöglichen.<sup>174</sup> Im Bereich des geistigen Eigentums ist es vorstellbar, dass ausländische Patentinhaber Lizenznehmer im Zielmarkt auf wettbewerbswidrige Bedingungen verpflichten. Die Ansätze von Wettbewerbsrecht im Anti-Dumping-Recht wie im TRIPS erlauben deshalb dem Zielmarktstaat ein Vorgehen gegen solche Wettbewerbsverzerrungen. Der Interessenlage entsprechend besteht demgegenüber keine Verpflichtung zum Einschreiten.<sup>175</sup>

Aus der Struktur des GATS folgt eine vorrangige Beschäftigung mit Wettbewerbsverzerrungen im Zielmarkt selbst. Es geht um die dort herrschenden Wettbewerbsbedingungen für ausländische Anbieter. Es geht zunächst nicht so sehr um wettbewerbswidriges Verhalten, dass von den ausländischen Anbietern „importiert“ wird. So enthält das GATS entgegen dem GATT keine „Selbsthilfemechanismen“ gegen Subventionen, insbesondere Exportsubventionen, oder Dumpingmaßnahmen, die den Wettbewerb verzerren.<sup>176</sup> Auch Art. VIII GATS betrifft nicht wettbewerbswidriges Übergreifen in den Exportmarkt.<sup>177</sup> Dies kann teilweise damit erklärt werden, dass mit der regelmäßig vorhandenen Niederlassung der ausländischen Anbieter ein Anknüpfungspunkt für den wettbewerbsrechtlichen Zugriff im Zielmarkt besteht, was aber im Einzelnen z.B. bei internationalen Telekommunikationsleistungen durchaus fraglich sein kann.<sup>178</sup> Hintergrund wird auch die Orientierung auf den Importmarkt in den Verhandlungen zum GATS sein. Im Ergebnis liegt der Fokus jedenfalls mehr auf den Wettbewerbsbedingungen, die von eintrittswilligen ausländischen Anbietern vorgefunden werden.

#### **IV. Merkmale der im Blickpunkt stehenden Dienstleistungssektoren**

Zu diesen allgemeinen Unterschieden kommt hinzu, dass zentrale Dienstleistungsbereiche selbst in marktwirtschaftlich geprägten Volkswirtschaften lange Zeit als wettbewerbsrechtliche „Ausnahmebereiche“ einem Sonderregime unterstanden. In Bereichen wie Post, Telefon, Strom, Gas, Wasser, Abwasser, Müll, öffentlicher Verkehr, Gesundheit, Ausbildung wurde – und wird teilweise – die wettbewerbliche Leistungserbringung entweder bereits wegen des Bestehens „natürlicher Monopole“ als wirtschaftlich nicht möglich oder aber jedenfalls als gesellschaftspolitisch nicht wünschenswert angesehen. Eine ähnliche Ausnahme von den Gesetzen des Marktes lässt sich bei den Bestimmungen des Warenhandels nur im Bereich der landwirtschaftlichen Produkte erkennen.

---

<sup>174</sup> Ein deutliches Beispiel für Wettbewerbsverzerrungen im „Zielmarkt“ sind allerdings die sog. „Import-Substitutionsbeihilfen“, Art. 3.1. SCM.

<sup>175</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [372].

<sup>176</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1017]; *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, *JIEL* 10(2) (2007), S. 235.

<sup>177</sup> *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, *JIEL* 10(2) (2007), S. 235.

<sup>178</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1018].

Bekanntlich waren diese Sektoren in vielen Staaten in den letzten Jahrzehnten durch eine Entwicklung von staatlichen Monopolen hin zu Marktstrukturen gekennzeichnet.<sup>179</sup> Dies wurde in Europa als Wandel vom „welfare state“ zum „regulatory state“ oder vom „Versorgungs-“ zum „Gewährleistungsstaat“ beschrieben. Der Prozess der Liberalisierung der ehemaligen Dienstleistungsmonopole wirft dabei besondere Probleme auf.<sup>180</sup> Denn die „Ent-Monopolisierung“ bedeutet nicht simple „De-Regulierung“, sondern erfordert eine Begleitung und Absicherung durch wettbewerbsorientierte Regulierung.<sup>181</sup> Dies folgt zum einen aus Besonderheiten in der Marktstruktur (hierzu unter 1.), zum anderen aus weiterhin für erforderlich gehaltenen gemeinwohlorientierten Eingriffen (hierzu unter 2.).

### **1. Marktversagen, insb. monopolistische Engpasseinrichtungen**

Die ehemals staatliche Erbringung führt dazu, dass weite Teile der Herstellungs- und Vertriebsinfrastruktur für diese Dienstleistungen in staatlichem oder inzwischen privatisiertem Monopolbesitz stehen. Die vertikale Integration geht deutlich weiter als bei dem Vertrieb von Gütern, wo sie – wie oben gesehen – auch schon Probleme bereiten kann. Da diese häufig verfestigten Marktstrukturen nicht das Ergebnis von Wettbewerbsprozessen, sondern der „schützenden Hand“ des Staates sind, besteht eine besondere Rechtfertigung für marktöffnende Ansätze. Denn während vertikale Integration sonst eintritt, wenn die hierdurch erzielten Transaktionskostenvorteile die Vorteile kompetitiver Einzelmärkte überwiegen und damit effizient ist,<sup>182</sup> ist die vertikale Integration hier historisch durch politische Intervention bedingt.

Hinzu kommt, dass zumindest Teile der Infrastruktur und wichtige Vorleistungen für eine Vielzahl anderer Dienste im Wettbewerb nicht dupliziert werden können. Es handelt sich um monopolistische Engpasseinrichtungen („monopolistic bottleneck“).<sup>183</sup> Diese treten auf, wenn Subadditivität der Kostenfunktion und Marktzugangsschranken zusammenfallen. Subadditivität der Kostenfunktion meint vor allem den Fall sinkender Durchschnittskosten. Diese bedeuten, dass die gesamte Nachfrage am kostengünstigsten von nur einem Anbieter bedient wird. Da auch in solchen Fällen (potentieller) Wettbewerb um diese Stellung vorstellbar ist, ist weitere Voraussetzung das Bestehen von Marktzugangsschranken, die insbesondere in Form

---

<sup>179</sup> Zum Umbruch im Telekommunikationssektor: *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 1 ff.

<sup>180</sup> Einen guten Überblick zu diesen bietet *Geradin*, The Opening of State Monopolies to Competition, in: Geradin (2000), S. 181.

<sup>181</sup> *Geradin*, The Opening of State Monopolies to Competition, in: Geradin (2000), S. 181 [204]: „If anything, the liberalization of state monopolies is a regulation-oriented process.“

<sup>182</sup> Siehe oben, S. 22.

<sup>183</sup> Ausführlich zum Folgenden: *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (2005), S. 179 ff.

„versunkener Kosten“ (insb. bei irreversiblen Investitionen in Infrastruktur) auftreten. Klassisches Beispiel einer solchen Engpasseinrichtung ist die „letzte Meile“ (Kupferkabel) in der Festnetztelefonie.

Ein Funktionieren des Marktes setzt in solchen Konstellationen eine Regelung des Zugangs und seiner Bedingungen voraus.<sup>184</sup> Im Gegensatz zum Warenhandel ist hier die Zugangsrelevanz wettbewerbswidrigen Verhaltens evident. Es geht dabei um die generelle „Möglichkeit“ des Wettbewerbs, nicht um die (unternehmensspezifische) „Fähigkeit“. Interessanterweise ist diese Art von Zugangsproblematik auf internationaler Ebene und auf dem Gebiet des Völkerrechts alles andere als ein völlig unbekanntes Phänomen. Denn die Abhängigkeit von einem fremden Netz bestand schon bisher bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen wie Telefonanrufen. Das damit einhergehende – dort allerdings wechselseitige – Bedürfnis nach Kooperation hat zur Schaffung Internationaler Organisationen und multilateraler Regelung geführt.<sup>185</sup> Bei einer Öffnung der vormaligen Monopole stellt die Zugangsproblematik sich auch innerstaatlich. Zugleich können hier auch Effizienzgesichtspunkte wie die Erhaltung der Investitionsbereitschaft des Netzbetreibers (dynamische Effizienz) gegen den Zugang sprechen. Der oben geschilderte Konflikt zwischen Zugang und Effizienz „verlagert“ sich als Frage des Zugangs zu Netzen oder anderen Engpasseinrichtungen in den jeweiligen Markt und ist auch vom Wettbewerbsrecht zu beantworten.<sup>186</sup>

## 2. Meta-wettbewerbliche Ziele

Wegen der besonderen Bedeutung der hier betroffenen Infrastruktur-Dienstleistungen für die „Grundversorgung“ der Bürger und den Zusammenhalt des Gemeinwesens sind Eingriffe aus Gemeinwohlerwägungen auch in einem Wettbewerbsumfeld weiterhin zu erwarten. Den Staaten, die nicht mehr selbst Erbringer sind, wird vielfach eine „Gewährleistungsfunktion“ auferlegt,<sup>187</sup> die sie mittels Regulierung wahrnehmen.<sup>188</sup> So werden besondere Regeln geschaffen, um die Verwirklichung nicht-ökonomischer Ziele wie das einer universellen Versorgung sicherzustellen. Der Staat zahlt (bzw. lässt die Marktteilnehmer zahlen) für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die als solche nicht Gegenstand des „normalen“ Wirtschaftsverkehrs

---

<sup>184</sup> *Hoekman/Mavroidis*, Economic Development, Competition Policy and the WTO, JWT 37(1) (2003), S. 1 [15]; für eine „pro-competitive regulation“ bei Bestehen natürlicher Monopole auch *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 25 ff.

<sup>185</sup> *Koopmann*, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 359 [375 ff.].

<sup>186</sup> Daneben bestehen diverse Möglichkeiten „klassischen“ Missbrauchsverhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens, die im „Abwehrkampf“ eines unter nicht-wettbewerblichen Bedingungen entstandenen Großanbieters besonders wohlfahrtsschädlich sind.

<sup>187</sup> Vgl. z.B. Art. 87 f Abs. 1 GG hinsichtlich Postwesen und Telekommunikation in Deutschland.

<sup>188</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 63.

sind. Diese Zahlungen für die Erreichung eines öffentlichen Zweckes sind aber ihrerseits wieder geeignet, den Wettbewerb zu verzerren und bedürfen einer Regelung. Schranken für solche staatlichen Maßnahmen liegen eher im „traditionellen“ Aufgabenbereich des Handelsrechts, lassen sich aber kaum von den Wettbewerbsregeln trennen. Neben besonderen Regeln zum Schutz des Wettbewerbs muss ein Rahmen also auch Regeln zur Gewährleistung anderer Gemeinwohlinteressen, insbesondere der universellen Grundversorgung enthalten.

## V. Folgen für die Regelungsprioritäten

Während im Kartellrecht insbesondere der USA der Fokus seit einiger Zeit auf wettbewerbsbeschränkenden Abreden, weniger auf dem einseitigen Verhalten marktstarker Unternehmen liegt und sich dies auch in den Verhandlungen zu WTO-Wettbewerbsregeln widerspiegelt, richtet sich der Blick hier gerade auf marktstarke Unternehmen und Engpasseinrichtungen. Denn es stellen sich „echte Zugangsprobleme“, für die eine „sanfte“ Koordinierung und Harmonisierung, wie sie beispielsweise im ICN angestrebt wird, nicht ausreicht. Auch eine Anwendung der Prinzipien der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt als solche nicht. Vielmehr sprechen die „externen Effekte“ für eine Regelung auf übergeordneter Ebene.<sup>189</sup>

Im Unterschied zum allgemeinen Wettbewerbsrecht ist jedoch eine gewisse „Zugangsorientierung“, ein Vorzug des Zugangs in ehemals monopolistischen Dienstleistungssektoren allgemein anerkannt. So wurde auf die besonderen Probleme in diesen Sektoren zumeist nicht allein mit den Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbsrechts sondern auch mit sektorspezifischer Regulierung reagiert. Auch auf Ebene der WTO bzw. des GATS ist dies zu erwarten bzw. im Referenzpapier bereits zu erkennen. Wettbewerbsrecht zeichnet sich durch generelle Regeln mit einem weiten Anwendungsbereich und großen diskretionären Spielräumen der Wettbewerbsbehörden aus.<sup>190</sup> In der Regel greift der Staat nur und erst ein, wenn der Selbstregulierungsmechanismus des Marktes versagt. Regulierungsrecht kann hingegen als Antwort auf grundsätzliches Marktversagen angesehen werden.<sup>191</sup> Es tritt aktiv lenkend in Erscheinung, weil es davon ausgeht, dass sich bei Aufhebung der Monopolrechte nicht gleichsam „automatisch“ wettbewerbliche Strukturen und Verhaltensweisen einstellen.<sup>192</sup> Geht es dem Wettbewerbsrecht bloß um die Beseitigung von Beschränkungen und den Schutz der Markt-

---

<sup>189</sup> Nach der Theorie des Föderalismus ist die Regelungsverantwortung auf der Ebene anzusiedeln, die in der Lage ist, ökonomische Externalitäten zu internalisieren; vgl. *Inman/Rubinfeld*, Rethinking Federalism, 11 Journal of Economic Perspectives, no. 4 (1997), 43 [45].

<sup>190</sup> Gerade die „Sprache“ des Wettbewerbsrechts mit ihren weiten und entwicklungs-offenen Tatbeständen lässt es fraglich erscheinen, ob dieses für ein internationales Abkommen, das souveräne Staaten binden soll, geeignet ist; vgl. *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478.

<sup>191</sup> *Geradin*, Enhancing competition in the postal sector (2006), S. 6.

<sup>192</sup> Regulierungsrecht betrifft neben den Wettbewerbsaspekten häufig eine Vielzahl anderer Fragen, wie die Lizenzierung oder technische Standards.

kräfte vor der „Selbstaufhebung“, so müssen in der Regulierung die Bedingungen für funktionierenden Wettbewerb positiv geformt werden („Marktdesign“).<sup>193</sup> Inhaltlich geschieht dies über präzise, z.T. sehr „technische“ Regeln, ex-ante Vorgaben statt bloßer ex-post Kontrolle und asymmetrische Pflichten. Sektorspezifische Regulierung kann dabei komplexe Details ansprechen und verschiedene, auch nicht-ökonomische Ziele ausgleichen, ex-ante Regeln bringen Rechtsklarheit und schnellere Entscheidungen.<sup>194</sup> Die Unterschiede sollten aber auch nicht überbetont werden, denn sie bestehen vornehmlich im Grad der Abstraktion und weniger in der zugrunde liegenden Politik.<sup>195</sup>

Fraglich ist, worin der „Mehrwert“ der Einbeziehung solcher Regeln in das GATS liegt. Neben der zentralen Liberalisierungsfunktion, die mit Verhandlungen unter dem Prinzip der Reziprozität erfüllt werden soll,<sup>196</sup> wird dieser vor allem in der Erleichterung oder Herbeiführung der regulatorischen Konvergenz und der Durchsetzbarkeit und damit erhöhten Glaubwürdigkeit der Verpflichtungen gesehen.<sup>197</sup> Zum einen wird ein Muster wettbewerbsorientierter Regulierung geschaffen, das insbesondere für Staaten ohne entsprechende Erfahrung hilfreich sein kann, zum anderen ist die Umsetzung dieses Rahmens bei einer Aufnahme in das GATS mit dem Sanktionsapparat der WTO bewehrt. Daneben besteht ein besonderes „Eigeninteresse“ an Wettbewerbsregeln. Das Fehlen effektiver Regulierungs- bzw. Wettbewerbsstrukturen ist gerade bei Entwicklungsländern ein Grund dafür, dass mögliche Chancen einer Liberalisierung nicht realisiert werden. Eine Verankerung der innerstaatlichen Reformagenda in WTO-Regeln kann die Umsetzung beschleunigen und sichern sowie ein wichtiges Glaubwürdigkeitssignal an ausländische Investoren senden.<sup>198</sup> Dies ist insbesondere angesichts des hohen regulatorischen Risikos in Sektoren wie der Telekommunikation, gerade wenn in kapitalintensive Infrastruktur investiert wird, deren Kosten „versunken“ sind, von besonderer Bedeutung.<sup>199</sup> In der konkreten Ausgestaltung gibt es aber auch einen gewissen „natürlichen“ Inte-

---

<sup>193</sup> *Möschel*, Regulation and Deregulation in Telecommunications, EBOLR 5 (2004), S. 353 [355]. Regulierungsrecht hat aber regelmäßig nicht nur den Wettbewerb sondern einen ganzen Katalog wirtschaftspolitischer Ziele und öffentlicher Interessen (auch sicherheits- oder sozialpolitischer Art) im Blick und kann deshalb im Gegensatz zum eher prozessorientierten Wettbewerbsrecht als eher ergebnisorientiert beschrieben werden, *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 65 f.

<sup>194</sup> *Hoekman/Low/Mavroidis*, Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations, in: *Hope/Maelang* (1998), S. 123 f.

<sup>195</sup> *Larouche*, Comments on Mavroidis/Neven, in: *Geradin* (2000), S. 319 ff.

<sup>196</sup> Diese Funktion, die in der Überwindung innerstaatlicher Widerstände etc. besteht, hat im Telekommunikationsbereich eher keine Rolle gespielt, *Fink/Mattoo/Rathindran*, Liberalizing Basic Telecommunications – The Asian Experience (2001), S. 13 f.

<sup>197</sup> *Braga/Fink/Hoekman*, Telecommunications-Related Services, in: *Guerrieri/Scharrer* (2002), S. 401 [404 ff.].

<sup>198</sup> *Bressie/Kende/Williams*, Telecommunications trade liberalisation and the WTO, info 7(2) (2005), S. 3, weisen in einem Ländervergleich eine positive Korrelation zwischen dem Bestehen von GATS-Verpflichtungen und ausländischen Investitionen und Marktentwicklung im Telekommunikationssektor nach.

<sup>199</sup> *Aloo*, Liberalisation of Telecommunications Services in Kenya, *Recht in Afrika* 2006, S. 147 [169]. Bei einer Sicherung der internationalen Bestreitbarkeit ist die Steigerung der Effizienz durch (potentiellen) Wettbewerb

ressengegensatz zwischen Regulierungsbehörden, die an fortbestehenden Handlungsspielräumen und Flexibilität und Handelsdiplomaten, die an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit interessiert sind,<sup>200</sup> weshalb die Einbindung der Regulierungsinstanzen eine Bedingung für den Erfolg der Verhandlungen darstellen kann.<sup>201</sup>

Für das Gesamtbild zu berücksichtigen ist, dass viele Dienstleistungen „Vorprodukte“ sind, von deren kostengünstiger und qualitativ guter Bereitstellung auch eigene Anbieter profitieren.<sup>202</sup> Die Strukturen der Dienstleistungsmärkte spielen auch eine erhebliche Rolle für den Güterhandel – geschlossene Dienstleistungsmärkte können wie eine Importbarriere wirken.<sup>203</sup> So verwundert es nicht, dass die „producer services“, d.h. unternehmensbezogenen Dienstleistungen, bei der Liberalisierung gegenüber den reinen „consumer services“ im Vordergrund stehen.<sup>204</sup> Die weltweite Verfügbarkeit von komplementären unternehmensbezogenen Dienstleistungen ist zwingende Begleiterscheinung und Voraussetzung für Direktinvestitionen im Bereich der Herstellung von Gütern und für die Schaffung internationaler Wertschöpfungsnetzwerke.<sup>205</sup>

---

besonders groß, weil die ausländischen Unternehmen aus ihrem Heimatmarkt Erfahrung, technisches Know-how etc. mitbringen; *Krancke*, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen (2003), S. 104.

<sup>200</sup> *Jara/Domínguez*, Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations, *JWT* 40(1) (2006), S. 113 [119].

<sup>201</sup> *Mattoo*, Services in a Development Round, *JWT* 39(6) (2005), S. 1223 [1229]; *Adlung/Roy*, Turning Hills into Mountains? *JWT* 39(6) (2005), S. 1161 [1165].

<sup>202</sup> Vgl. *Hoekman/Mattoo*, Services Trade and Growth, in: *Marchetti/Roy* (2008), S. 21.

<sup>203</sup> *Francois/Wooton*, Market Structure in Services and Market Access in Goods (2005).

<sup>204</sup> *Adlung*, Implications for Health and Social Services, *Intereconomics* 2003, 147 [153].

<sup>205</sup> Günstige und verlässliche Telekommunikationsdienste sind z.B. Grundvoraussetzung für das „Offshoring“ der Backoffice-Dienste in Länder wie Indien.

### C. Zwischenergebnis zu Wettbewerbsschutz und Dienstleistungshandel

Handels- und Wettbewerbsrecht bleiben sich trotz grundsätzlicher Komplementarität aus verschiedenen Gründen fremd. Diese Gründe betreffen die unterschiedlichen Adressaten und Regelungsstrukturen beider Rechtsgebiete, wie auch ihre Zielrichtung und „innere Logik“. Wichtig sind dabei insbesondere die Unterschiede der tatsächlich verfolgten Leitbilder, die grob vereinfacht mit Markteffizienz und Marktzugang umschrieben wurden. Im Dienstleistungssektor scheinen Wettbewerbsregeln einen weniger großen Schritt entfernt, da hier die adressatenbezogene Unterscheidung weniger eindeutig und der Blick ohnehin mehr auf die Marktteilnehmer und das Geschehen im jeweiligen Markt gerichtet ist. In wichtigen Sektoren ist zudem die Zugangs- oder Effizienzausrichtung kein solcher Gegensatz, da auch das (Sonder-) Wettbewerbsrecht den Zugang regeln und dabei Effizienzgesichtspunkte im Auge behalten muss. Daneben bedeuten fortdauernde staatliche Eingriffe in das Wettbewerbsgeschehen eine größere Nähe zu handelsrechtlichen Disziplinen. Für einen Wettbewerbsrahmen unter dem GATS bedeutet dies, dass einerseits, soweit Marktversagen in Form natürlicher Monopole oder wettbewerbsloser Oligopole den Markteintritt behindert, (positive) GATS-Regeln erforderlich sind. Die Reaktion auf sonstiges Marktversagen und die Verfolgung nicht-ökonomischer, verteilungspolitischer Ziele liegt andererseits zunächst bei den Mitgliedstaaten, muss aber evtl. durch handelsrechtliche Regeln diszipliniert werden.<sup>206</sup> Eine Verankerung der Regeln im GATS kann die Herbeiführung regulatorischer Konvergenz erleichtern und wegen der „Einklagbarkeit“ im Streitverfahren die Glaubwürdigkeit innerstaatlicher Reformprogramme erhöhen.

---

<sup>206</sup> Unterscheidung in Anlehnung an: *Mattoo/Sauvé*, Domestic Regulation and Trade in Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 221.

## **2. Abschnitt: Das flexible Regelwerk des GATS und Dienstleistungen im besonderen öffentlichen Interesse**

Das GATS hat nach Abschluss der Uruguay-Runde zunächst ein Schattendasein gefristet. Erst mit einer gewissen Verzögerung ist die Bedeutung dieses neuen Abkommens erkannt worden und hat eine öffentliche Debatte eingesetzt.<sup>207</sup> Im Zentrum stand dabei die „regulatorische Autonomie“ der Mitgliedstaaten, d.h. die Frage, inwieweit ihre Handlungsspielräume zur Verfolgung diverser Politikziele – übermäßig – eingeschränkt werden. Besonders zugespitzt wird diese Frage hinsichtlich solcher Dienstleistungen gestellt, an denen ein besonderes öffentliches Interesse besteht und für die traditionell nicht die Marktmechanismen gelten, sondern Sonderregime bestehen. Vorweg ist festzustellen, dass im Zentrum der Diskussion dabei häufig gar nicht so sehr der transnationale „Handel“ mit Dienstleistungen steht, als vielmehr die vorgelagerte Frage, ob solche Dienstleistungen überhaupt auf dem „Markt“ erbracht werden können und sollen.<sup>208</sup> Betroffen sind insbesondere Tätigkeiten, die bisher überhaupt nicht als „Dienstleistung“ im Sinne einer Teilnahme am Wirtschaftsleben angesehen wurden. Die Verknüpfung mit der zentralen Frage der Rolle des Staates sorgt dabei für die Heftigkeit der Debatte.<sup>209</sup> Das GATS seinerseits dient gewissermaßen als „Aufhänger“ dieser Diskussionen über das Verhältnis von Markt und Staat, welches bisher faktisch von Entscheidungen auf nationaler oder europäischer Ebene geprägt ist.<sup>210</sup> Es gibt allerdings auch Kritik, die sich spezifisch auf das Regelwerk des GATS bezieht.

Einen Anlass hierfür bietet die Tatsache, dass sich das Konzept der „public services“ im GATS nicht wieder findet.<sup>211</sup> Von Kritikern wurde ihm deshalb eine „Feindlichkeit“ gegenüber „public services“ unterstellt.<sup>212</sup> Die Verteidiger des GATS betonen demgegenüber, dass die Flexibilität des Abkommens eine Herausnahme von Dienstleistungen, für die ein besonderes öffentliches Interesse angenommen wird, genauso ermöglicht wie verschiedenste inhaltliche Ausgestaltungen.

---

<sup>207</sup> Vgl. als „Streitschriften“ für und wider: *WTO Sekretariat*, GATS – Facts and Fiction (2001); *OECD*, Open Services Markets Matter, TD/TC/WP(2001)24/FINAL (2001) und *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002). Aus jüngerer Zeit auch: *Kulkarni*, Impact of the GATS on Basic Social Services, JWT 43 (2009), S. 244 und *Naidoo*, Trade Commitments in Education Services, JWT 43 (2009), S. 621.

<sup>208</sup> *OECD*, Open Services Markets Matter (2001), S. 28 f.

<sup>209</sup> *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 12.

<sup>210</sup> Vgl. die Beiträge in *Lange* (Hrsg.), Füllhorn oder Büchse der Pandora? GATS, der europäische Binnenmarkt und die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland (2004).

<sup>211</sup> Der Begriff der „public services“, der in der Debatte um das GATS zumeist verwendet wird, wird in der Folge als Sammelbegriff für die im Detail sehr unterschiedlichen Vorstellungen und Traditionen im Bereich der „gemeinwohlbezogenen“ Dienstleistungen verwendet.

<sup>212</sup> *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 76.

In der Folge soll deshalb untersucht werden, inwieweit das GATS Vorgaben für die Wirtschaftsordnung der Mitgliedstaaten macht, inwieweit es bereits auf Wettbewerbsmärkte zielt und inwieweit es den Mitgliedern Interventionen in das Marktgeschehen erlaubt.<sup>213</sup> Zunächst ist kurz auf das Fehlen einer Kategorie der „public services“ (unter A.) und dann auf die dem GATS eigene Flexibilität einzugehen. Diese unterscheidet es deutlich vom GATT. Das GATT wurde als Teil des die Nachkriegswirtschaftsordnung kennzeichnenden Kompromisses des „embedded liberalism“ beschrieben, d.h. einer multilateralen Liberalisierung mit Sicherungsmechanismen, die staatliche Interventionen zur Sicherung der innerstaatlichen Stabilität, zur Anpassung und zur Umverteilung erlauben.<sup>214</sup> Dies zeigt sich in einer Vielzahl von Vorschriften „im System“ des GATT, die als „Ventil“ solche Eingriffe sanktionieren. Das GATS stellt demgegenüber eher einen Kompromiss des „incremental liberalism“ oder „piecemeal liberalism“, d.h. der stückchenweise aber fortlaufend zunehmenden Liberalisierung dar.<sup>215</sup> Die „äußere“ Flexibilität bei der Unterstellung eines Sektors unter das GATS ist stark ausgeprägt (unter B.). Hinsichtlich der „inneren“ Flexibilität, d.h. der von den Regeln selbst eröffneten Spielräumen, ergibt sich ein ambivalentes Bild, das zwischen bloßer Nichtdiskriminierung und Umgestaltung der innerstaatlichen Marktstrukturen changiert (unter C.).

#### **A. Die fehlende Kategorie der „public services“**

Die „public services“ oder „services of general interest“ kommen im GATS als Begriff und auch der Sache nach nicht vor. Ein Hinweis auf das Konzept findet sich allein in Art. XXVIII (c) (ii) GATS.<sup>216</sup> Danach sind den Dienstleistungshandel betreffende Maßnahmen auch solche, die sich auf den Zugang zu und die Nutzung von Dienstleistungen, d.h. auf „Vorleistungen“, beziehen, die der Öffentlichkeit allgemein angeboten werden müssen.<sup>217</sup> Es handelt sich also um Infrastrukturdienstleistungen oder sonst wichtige „Input“-Leistungen, die nach der Rechtsordnung des Mitglieds der Allgemeinheit zugänglich sein müssen.<sup>218</sup> Dies umschreibt ein wichtiges Charakteristikum der „public services“. Maßnahmen, die den Zugang zu und die

---

<sup>213</sup> Die Darstellung beschränkt sich auf die für die Zwecke der Untersuchung besonders relevanten Regeln. Für einen generellen Überblick über das GATS vgl. *Footer, Mary E. / George, Carol*, *The General Agreement on Trade in Services*, in: *Macrory, Patrick F.J. / Appleton, Arthur E., Plummer, Michael G.* (2005), S. 799; *Michaellis*, *Dienstleistungshandel (GATS)*, in: *Hilf/Oeter* (2005), S. 375 ff.

<sup>214</sup> Begriff geprägt von *Ruggie*, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, *International Organization*, 36 (1982), 379 [393 ff.].

<sup>215</sup> Vgl. *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1019]: „... GATS offers market access piecemeal“.

<sup>216</sup> *Adlung*, *Public Services and the GATS*, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455.

<sup>217</sup> „... ‘measures by Members affecting trade in services’ include measures in respect of ... ii) the access to and use of, in connection with the supply of a service, services which are required by those Members to be offered to the public generally; ...“.

<sup>218</sup> Entgegen der insoweit missverständlichen deutschen Übersetzung handelt es sich nicht nur um Dienstleistungen, die vom Mitgliedstaat selbst der Öffentlichkeit angeboten werden müssen.

Nutzung von solchen Einrichtungen betreffen, unterfallen somit dem GATS.<sup>219</sup> Besondere inhaltliche Vorgaben sind damit zunächst nicht verbunden.

Eine darüber hinausgehende ausdrückliche Aufnahme des Konzepts der „public services“ in ein internationales Abkommen erscheint kaum möglich, da keine einheitlichen Vorstellungen existieren, es sich vielmehr um gewachsene Strukturen und Begrifflichkeiten handelt. So war wegen der Vielfalt der Konzepte bereits in Europa der „Kunstgriff“ einer eigenen Terminologie mit den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erforderlich.<sup>220</sup> Denn während der „service public“ in der nationalen Identität und Kultur Frankreichs fest verwurzelt ist und eine wichtige, wenn auch wechselhafte und nicht immer klar umschriebene Rolle im französischen Verwaltungsrecht spielt,<sup>221</sup> hat der Begriff der „Daseinsvorsorge“ in Deutschland kaum eine Bedeutung als Rechtsbegriff im Bereich der Leistungsverwaltung erlangt; soweit er als Staatsaufgabe, als staatlicher Handlungsauftrag herangezogen wird, bleiben die Konturen unscharf.<sup>222</sup> Im englischen Recht hat sich wegen des Fehlens eines originären Verwaltungsrechts und einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ein vergleichbares Konzept nicht herausgebildet. Der „public service“ wird dort überwiegend als beschreibender Begriff für die gesamte staatliche Tätigkeit ohne spezifische Rechtsfolgen verwendet. Erst in jüngerer Zeit wird an einer Theorie der „public utilities“ gearbeitet.<sup>223</sup>

## I. Verschiedene Annäherungen an die betroffene Kategorie

Der Grundgedanke der teils diffusen Begriffe – nämlich dass bestimmte Güter, die besonders wichtige Bedürfnisse befriedigen, vom Staat selbst bereitgestellt oder gewährleistet werden sollen – ist jedenfalls weitverbreitet. Die interessante Frage ist, wie die staatliche Aufgabe zur Bereitstellung dieser Grundversorgung in ihrer Reichweite bestimmt werden kann. Idealtypisch lassen sich zwei in der Diskussion regelmäßig wiederkehrende Ansätze der Bestimmung unterscheiden.<sup>224</sup> Diese stellen entweder die Effizienz, d.h. die ökonomische Rationalität, oder die Legitimität, d.h. die demokratische Willensbildung, in den Vordergrund.

---

<sup>219</sup> Die Bedeutung dieser Einbeziehung von Maßnahmen zu öffentlichen Vorleistungen wird allerdings begrenzt durch die Fußnote 9 zu Art. XVI:2 (c) GATS, wonach Beschränkungen der Vorleistungen für eine Dienstleistung keine verbotenen „Output“-Beschränkungen im Sinne der Vorschrift sind.

<sup>220</sup> Rechtsvergleichende Darstellungen finden sich bei *Essebier*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2005), S. 153 ff. und *Simon*, Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009), S. 11 ff.

<sup>221</sup> *Essebier*, *ibid.*, S. 153 ff.; *Simon*, *ibid.*, S. 14.

<sup>222</sup> *Essebier*, *ibid.*, S. 172 ff.

<sup>223</sup> *Essebier*, *ibid.*, S. 190 ff.; *Simon*, *ibid.*, S. 25 f.

<sup>224</sup> Diese betreffen die generelle Rechtfertigung von Regulierung aber auch speziell des „public service“ als stärksten staatlichen Eingriff in das Wirtschaftsgeschehen; vgl. *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization, *JIEL* 6(2) (2003), S. 341 [343 ff.].

Dabei sind zwei Weichenstellungen zu unterscheiden. Zum einen ist zu klären, welches die „elementaren“ Bedürfnisse der Allgemeinheit sind. Da eine abstrakte inhaltliche Bestimmung der „Bedürfnisse der Allgemeinheit“ nicht möglich ist, müssen stattdessen verfahrensrechtliche Lösungen gefunden werden.<sup>225</sup> Als Verfahren der „Bedürfnisermittlung“ kann der Markt – da sich die Bedürfnisse für gewöhnlich am Markt widerspiegeln – oder der politische Prozess herangezogen werden. Zum zweiten ist zu begründen, wieso eine Befriedigung über den Staat erfolgen soll. Dies kann wiederum ökonomisch mit dem Versagen des Marktes oder politisch mit der Entscheidung des zuständigen Repräsentativorgans begründet werden.

Die an der Ökonomie ausgerichtete Bestimmung geht im Sinne eines liberalen „Subsidiaritätsprinzip“ davon aus, dass sich grundsätzlich die private Freiheit im Markt verwirklichen soll und staatliche Eingriffe einer inhaltlichen Rechtfertigung bedürfen. Notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für einen staatlichen Eingriff ist deshalb ein „Marktversagen“, d.h. das Nichtfunktionieren des Selbststeuerungsmechanismus.<sup>226</sup> Die Erbringung in Form des „public service“ kommt nach dieser Ansicht nicht in Betracht, wo der Marktmechanismus funktionieren würde. Marktversagen ist bei „öffentlichen Gütern“,<sup>227</sup> bei Unteilbarkeiten („natürlichen Monopolen“) oder Informationsdefiziten vorstellbar. Auch die vorgelagerte Bestimmung der „materiellen Bedürfnisse der Allgemeinheit“ erfolge grundsätzlich über den Markt und nur hilfsweise durch politische Repräsentanten des Volkes, wenn die Artikulation über den Markt gestört ist (z.B. wegen Wissensmängeln oder externen Effekten).<sup>228</sup>

Das politische Verständnis der „public services“ betont, dass das öffentliche Interesse an Diensten und ihrer staatlichen Erbringung von einer bestimmten Gesellschaft in einem bestimmten Kontext jeweils über politische Prozesse bestimmt wird.<sup>229</sup> Dem engen Verständnis des „Marktversagens“ wird das Konzept der „community oder non-commodity values“<sup>230</sup> entgegengesetzt: Präferenzen, die als Staatsbürger geäußert werden, würden sich von Präferenzen, die als Konsument vermittelt über die Nachfrage am Markt geäußert werden, unterscheiden.<sup>231</sup> Für die Bestimmung der Bedürfnisse und der Art der Befriedigung soll das Primat der Politik gelten. Diese Ansicht muss sich gerade von Ökonomen eine gewisse Naivität

---

<sup>225</sup> *Essebier*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2005), S. 131.

<sup>226</sup> *Essebier*, *ibid.*, S. 130.

<sup>227</sup> Allein auf diese stellt *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [343 f.] ab. Tatsächlich kann durch Ausgestaltung der Eigentumsrechte aber bei fast allen Gütern – ausgenommen vielleicht „Kernaufgaben“ des Staates wie die Landesverteidigung – das Ausschlussprinzip durchgesetzt werden.

<sup>228</sup> *Essebier*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2005), S. 132 ff.

<sup>229</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [344].

<sup>230</sup> Grundlegend: *Stewart*, Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values, 92 Yale L. J. (1983), S. 1537.

<sup>231</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 19.

in der Betrachtung des Staates bzw. politischer Akteure als Wahrer öffentlicher Interessen vorwerfen lassen. Sie vernachlässige die Probleme der Anmaßung von Wissen durch den Staat, das dieser – z.B. in Bezug auf die Bedürfnisse seiner Bürger – nicht haben könne, und die politökonomischen Erkenntnisse über das Principal-Agent-Problem zwischen Bürger und Politiker, bei dem letztere als Optimierer des eigenen Nutzens und nicht notwendig des Gemeinwohls auftreten.

In der Diskussion um das GATS wird aber nicht nur auf die nationale (demokratische) Souveränität abgestellt. Ein „menschenrechtlicher Ansatz“ vertritt, dass Förderung und Schutz der Menschenrechte als Ziel der Handelsliberalisierung und nicht als Ausnahmen gelten müssten.<sup>232</sup> In der Folge wird eine Art internationaler „public service“-Standard aus – insbesondere wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen – Menschenrechten abgeleitet, der seinerseits den Spielraum der Staaten begrenzen würde.<sup>233</sup> Danach sei der (universelle, gleiche und bezahlbare) Zugang zu essentiellen Dienstleistungen ein öffentlicher Anspruch („public entitlement“).<sup>234</sup> Jede Verschlechterung des Zugangs könne als vorsätzliche „retrogressive measure“ eine Menschenrechtsverletzung darstellen.<sup>235</sup>

Hier stellen sich in technischer Hinsicht zunächst Fragen des Geltungsanspruchs sowie des Verhältnisses dieser Rechte zum WTO-Recht. So haben bei weitem nicht alle WTO-Mitglieder den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWirtR) ratifiziert.<sup>236</sup> Ihr gewohnheitsrechtlicher Charakter und eine Anwendbarkeit erga omnes wird höchstens in Teilen anzunehmen sein.<sup>237</sup> Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass ein solcher Standard nicht „umsonst“ zu haben ist. Zum einen weil typischerweise multipolare Rechtsverhältnisse betroffen sind, in denen gleichzeitig Freiheitsrechte Dritter beschränkt werden, zum anderen weil staatliche Mittel nur einmal vergeben werden können und demokratische Handlungsspielräume zur Prioritätensetzung und zum Umschichten oder „Rück-

---

<sup>232</sup> *Report of the High Commissioner, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 8; *Beviglia-Zampetti, Trade Rules behind Borders: The Liberalization of Public Services and the Quest for Sustainable Development Governance* (2005), S. 5; *Türk/Krajewski, Right to water and trade in services*, in: Hein/Voegeli (Hrsg.) *GATS und globale Politik* (2004), S. 107 [112].

<sup>233</sup> *Report of the High Commissioner, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 29 f.; *Krajewski, National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 60 f.

<sup>234</sup> *Krajewski, Public interests, private rights and the “constitution” of GATS* (2002), S. 4 ff.

<sup>235</sup> *Report of the High Commissioner, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 10.

<sup>236</sup> *Report of the High Commissioner, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 8. Ob Art. 31 III c WVK verlangt, dass der weitere Völkerrechtssatz zwischen allen Vertragsparteien anwendbar ist, ist umstritten. Vgl. *Pauwelyn, The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, *AJIL* 95 (2001), S. 542.

<sup>237</sup> Unklar bei *Krajewski, National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 60.

schrauben“ staatlicher Leistungen gegeben sein müssen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, was aus einer Berücksichtigung des menschenrechtlichen Ansatzes folgt. So räumen auch Befürworter ein, dass ganz verschiedene Regulierungsoptionen bestehen, um diesem Anspruch gerecht zu werden.<sup>238</sup> Auch wird keine Pflicht des Staates zur Erbringung sondern eine staatliche „Garantenpflicht“ und daraus resultierend eine „Pflicht zur Regulierung“ abgeleitet.<sup>239</sup> Dieser Ansatz gibt damit höchstens für die Frage der Bestimmung der Bedürfnisse der Allgemeinheit, nicht jedoch für die Art der Erbringung Vorgaben.<sup>240</sup> Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Hauptsorge dieses menschenrechtlichen Blickwinkels in der Schaffung und Verstärkung von Ungleichheit zwischen armen und reichen, ländlichen und städtischen Bevölkerungsteilen, d.h. in einem „Zwei-Klassen-System“ der Dienstleistungserbringung liegt.<sup>241</sup> Denn nach Einschätzung z.B. der Weltbank hat in Entwicklungsländern der traditionelle staatliche „public service“ häufig gerade für die Ärmsten nicht funktioniert. Als ein zentrales Problem wurde dabei ausgemacht, dass die jeweiligen Anbieter (d.h. Lehrer, Ärzte, Infrastrukturanbieter) gegenüber dem Kunden nicht direkt verantwortlich sind, wie dies bei einer Marktbeziehung der Fall ist, und der „lange Weg“ über die politisch Verantwortlichen wegen schwach ausgeprägter demokratischer Systeme (Verhältnis Bürger – Politik) und unzureichender Kontrollmöglichkeiten (Verhältnis Politik – Anbieter) nicht funktioniert. Die Einführung von Wettbewerbselementen wie Gutscheinsystemen bei freier Anbieterwahl wurde ausdrücklich als eine Abhilfemöglichkeit, wenn auch nicht als „Allheilmittel“ oder „Universalmodell“ angesehen.<sup>242</sup>

## II. Bedeutung der verschiedenen Vorstellungen für das GATS

Das zuletzt angeführte Beispiel zeigt, dass nicht ohne weiteres klar ist, was aus den verschiedenen Vorstellungen von „public services“ für das GATS folgt. Bei einer Betonung der politischen souveränen Entscheidung wird argumentiert, dass die Veränderungen im Konzept des „public services“ und Werturteile, die in die Ausgestaltung des regulatorischen Regimes einfließen, bedeuten, dass nationale Regierungen internationale Regeln brauchen, die eine Anpassung an geänderte Bedürfnisse erlauben. Die Auslegung und Anwendung des GATS solle deshalb auch insoweit der regulatorischen Autonomie der Mitgliedstaaten Priorität einräu-

---

<sup>238</sup> *Krajewski*, Public interests, private rights and the “constitution” of GATS (2002), S. 4 ff.

<sup>239</sup> *Report of the High Commissioner*, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 21, 23 und 25.

<sup>240</sup> So ist auch die im Report geäußerte Sorge um die Möglichkeit der „Quersubventionierung“ zweifelhaft, da diese ein häufig wenig effizientes Instrument betrifft; vgl. *Report of the High Commissioner*, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 26.

<sup>241</sup> *Report of the High Commissioner*, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 20 ff.

men.<sup>243</sup> Der juristische Rahmen müsse flexibel sein, um eine Anpassung an geänderte Wertvorstellungen und Bedürfnisse zu ermöglichen.<sup>244</sup> Dies soll auch aus dem menschenrechtlichen Ansatz folgen. Die Verwirklichung der sozialen Menschenrechte als Ziel der Handelsliberalisierung verlange eine effektive nationale Politik und diese wiederum regulatorischen Spielraum – wenn das GATS den Spielraum übermäßig beenge, verletze dies Menschenrechte.<sup>245</sup>

Ob diskretionäre Spielräume für nationale Machthaber in jedem Fall der beste Weg zur Verwirklichung von Menschenrechten sind, sei dahingestellt. In jedem Fall zielt das GATS – schon nach seiner Präambel – bei klarer Anerkennung des Rechts der Mitgliedstaaten auf Regulierung auch und gerade auf eine progressive Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen.<sup>246</sup> Diese lässt sich nicht der Regelungsautonomie unterordnen. Liberalisierung und Recht zur Regulierung stehen sich in der Präambel zumindest gleichgewichtig gegenüber.<sup>247</sup> Auch der weitere Inhalt lässt es nicht zu, eine eindeutige Auslegungsrichtschnur abzuleiten.<sup>248</sup>

Auf der anderen Seite sind auch bei einem von ökonomischen Erkenntnissen geleiteten Verständnis die besonders zu behandelnden Sektoren und die Art der Regulierung keineswegs durch die ökonomische Theorie determiniert. Es bleiben Spielräume des nationalen Gesetzgebers.<sup>249</sup> Unabhängig vom Verständnis der „public services“ ist also ein Ausgleich zu finden, der Regelungsautonomie und die Verfolgung nicht-ökonomischer Politikziele zulässt, gleichzeitig jedoch das Liberalisierungsziel des GATS wahrt. Dabei ist das bloße „Wegschneiden“ protektionistischer Momente bei gleichzeitigem Nichtantasten des ökonomischen und regulatorischen Systems als solchem wegen der Bedeutung der innerstaatlichen Regulierung deutlich schwieriger als im GATT.

---

<sup>242</sup> Ausführlich: *World Bank*, *Making Services Work for Poor People*, Washington (2003).

<sup>243</sup> *Krajewski*, *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, *JIEL* 6(2) (2003), S. 341 [346]; generell: *Krajewski*, *National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 56 ff.

<sup>244</sup> *Ruiz Fabri/Crontiras*, *L'Organisation mondiale du commerce et les services publics* (2003), S. 6.

<sup>245</sup> *Türk/Krajewski*, *Right to water and trade in services*, in: *Hein/Voegeli* (2004), S. 107 [112] und *Krajewski*, *National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 60 ff.

<sup>246</sup> Das Liberalisierungsziel kommt auch in Art. I:1 GATS deutlich zum Ausdruck, der den Anwendungsbereich gerade mit der Beeinträchtigung des Handels umschreibt, *Weiß/Hermann*, *Welthandelsrecht* (2003), Rn. 834.

<sup>247</sup> *VanDuzer*, *Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS* (2004), S. 397 f.; Siehe auch *Ruiz Fabri/Crontiras*, *L'Organisation mondiale du commerce et les services publics* (2003), S. 33; *Hestermeyer*, *Preamble GATS*, in: *Wolfrum et al.* (2008), Rn. 21. Es lässt sich aber auch differenzieren. Die Präambel lässt sich so lesen, dass sie allein die Zielsetzung und die Zielerreichung durch die Mitgliedstaaten schützt („in order to meet national (!) policy objectives“). Dies betrifft nicht Fragen der Geeignetheit und Erforderlichkeit, die Zielsetzung nicht in Frage stellen. Vgl. *Sunde*, *Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung* (2006), S. 45.

<sup>248</sup> Dies räumt *Krajewski*, *National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 59 selbst ein, der den „hybriden Charakter“ des GATS sieht. Er begründet die von ihm präferierte Auslegung dann über den menschenrechtlichen Ansatz.

Auf diese Schwierigkeiten hat das GATS bisher nicht mit einer allgemeinen Ausgleichsnorm, einem inhaltlichen Spezialregime reagiert.<sup>250</sup> In der EU hat sich ein solches im Laufe der Zeit, verstärkt in den 90er Jahren entwickelt.<sup>251</sup> Als dessen Grundprinzipien lassen sich zusammenfassen:<sup>252</sup> Erstens die Neutralität hinsichtlich der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten, Art. 345 AEUV (ex-Art. 295 EG). Zweitens eine komplette Ausnahme von den Verpflichtungen nur für ganz wenige nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten, bei denen es schon an der Unternehmenseigenschaft im Sinne der Wettbewerbsregeln oder des Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EG) fehlt. Im Übrigen, drittens, Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EG) als zentrale Vorschrift, um den Ausgleich zwischen den Zielen des freien Wettbewerbs sowie eines gemeinsamen Marktes auf der einen und der effektiven Erfüllung der Aufgaben im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse auf der anderen Seite herzustellen. Die Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfolgt danach durch die Mitgliedstaaten (mit einer Ermessenskontrolle durch den EuGH), ihre Ausgestaltung wird aber einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen.

Wie in der Folge zu zeigen ist, ist das GATS insoweit ähnlich, als dass es keine Vorgaben für die Eigentumsordnung enthält und dass die Komplettausnahmen vom Anwendungsbereich eng begrenzt sind. Eine zentrale „Ausgleichsvorschrift“ enthält es aber nicht. Die Flexibilität der Mitgliedstaaten wird vor allem durch das „Scheduling“, d.h. die Aufnahme oder Nichtaufnahme bestimmter Bereiche in nationale Verpflichtungslisten und dort mögliche Vorbehalte, erreicht. Hinsichtlich der „inneren“ Flexibilität, d.h. der Spielräume, die die Vorschriften selbst gewähren, ist das GATS ambivalent und in vielen Punkten unklar.

---

<sup>249</sup> Die Entscheidungen müssen sich allerdings einer „Vernünftigkeitprüfung“ unterziehen lassen, die zur Offenlegung der nationalen Präferenzen und zur Rationalisierung der Debatte führen kann und häufig auch erst Anstoß für die interne Diskussion tradierter Regeln ist, die bisher einfach akzeptiert wurden.

<sup>250</sup> *Spagnuolo*, I servizi pubblici nella WTO tra libero mercato e tutela dei diritti umani, Amministrazione in Cammino 2006, S. 22, 25 f..

<sup>251</sup> Nach *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 14 f. begann das Nachdenken über den Platz des „service public“ in der Gemeinschaft mit der Einheitlichen Europäischen Akte und der Erforderlichkeit der Liberalisierung der großen Netzindustrien. Weitere Schritte zu einem umfassenderen Konzept waren die Schaffung des Art. 16 EG a.F. (jetzt Art. 14 AEUV), die Kommunikation der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Art. 36 Grundrechtecharta.

<sup>252</sup> *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 33 ff.

## B. „Äußere“ Flexibilität in der Unterstellung unter das GATS

Mit der „äußeren“ Flexibilität wird die Möglichkeit der Mitgliedstaaten beschrieben, zu bestimmen, ob und wie bestimmte Sektoren dem GATS unterstellt werden. Dies ist eine Besonderheit der Struktur des GATS, das zwar einen potentiell umfassenden Anwendungsbereich hat (unter I.), lediglich mit einer engen Ausnahme für die Ausübung hoheitlicher Gewalt (unter II.), dessen zentralen Disziplinen im Konkreten aber vom Eingehen spezifischer Verpflichtungen abhängen, wodurch den Mitgliedstaaten eine erhebliche Ausgestaltungsfreiheit, gerade auch im Hinblick auf „public services“ gewährt wird (unter III.).

### I. Weiter Geltungsbereich, Art. I:1 GATS

Gemäß Art. I:1 GATS findet das Übereinkommen Anwendung auf die Maßnahmen der Mitglieder, die den Handel mit Dienstleistungen beeinflussen.<sup>253</sup> Die einzelnen Elemente dieser Einstiegsnorm werden weit verstanden.

So setzt der Begriff der „Maßnahme“ gemäß Art. XXVIII (a) GATS keine bestimmte rechtsverbindliche Form voraus.<sup>254</sup> Jedes staatliches Handeln, einschließlich werbender oder informatorischer Aktivitäten ist erfasst.<sup>255</sup> Fraglich ist allein, ob auch Nichthandeln oder Unterlassen eine „Maßnahme“ sein kann. Dies setzt wohl jedenfalls voraus, dass es auf einer positiven Entscheidung beruht.<sup>256</sup>

Maßnahmen der „Mitglieder“ sind nicht nur solche der Zentralregierung, sondern auch Akte regionaler oder örtlicher Regierungen oder Behörden, Art. I:3 GATS. Daneben werden auch nichtstaatliche Stellen erfasst, wenn sie in Ausübung übertragener Befugnisse handeln.<sup>257</sup> Damit reicht der Anwendungsbereich in den Bereich der Selbstregulierung, wie sie z.B. bei freien Berufen üblich ist. Offen ist jedoch, ob eine formale Übertragung von Regulierungsbefugnissen erforderlich ist oder ein funktionaler Gleichlauf mit staatlicher Regulierung genügt.<sup>258</sup>

---

<sup>253</sup> „This agreement applies to measures by Members affecting trade in services.”

<sup>254</sup> „... ‘measure’ means any measure by a Member, whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, and administrative action, or any other form.”

<sup>255</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 64.

<sup>256</sup> *Krajewski*, *ibid.*, S. 65.

<sup>257</sup> „... ‘measures by Members’ means measures taken by:

- i) central, regional or local governments and authorities; and
- ii) non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional or local governments or authorities; ...”

<sup>258</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 63.

Die Maßnahme muss sich auf den Handel mit Dienstleistungen „auswirken“, d.h. diesen „beeinflussen“. Der Begriff „affecting“ wird weit verstanden. Es ist erforderlich und ausreichend, dass die Maßnahme „an effect on trade in services“ hat.<sup>259</sup> Jede Beeinflussung reicht damit.<sup>260</sup> Nach Art. XXVIII (c) GATS kann die Maßnahme den Kauf, die Bezahlung oder die Nutzung einer Dienstleistung, aber auch den Zugang zu anderen öffentlichen „Input“-Dienstleistungen oder die Präsenz im Hoheitsgebiet des Mitglieds betreffen.<sup>261</sup>

Der „Handel“ mit Dienstleistungen ist konzeptionell nicht leicht zu fassen. Er ist deshalb in Art. I:2 GATS in vier Erbringungsmodalitäten aufgegliedert.<sup>262</sup> Die erste Modalität („cross-border supply“) beschreibt die Erbringung aus dem Hoheitsgebiet eines Mitglieds in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds, wobei nur die Dienstleistung die Grenze überschreitet. In der zweiten Modalität („consumption abroad“) wird die Dienstleistung im Gebiet eines Mitglieds an einen Konsumenten aus einem anderen Mitgliedsstaat erbracht. Die wichtige Modalität 3 („commercial presence“) meint den Fall der Dienstleistungserbringung mittels kommerzieller Präsenz im Hoheitsgebiet eines anderen Staates. Diese ist zu unterscheiden von der Erbringung mittels Präsenz natürlicher Personen im Hoheitsgebiet des anderen Staates, die von der Modalität 4 („presence of natural persons“) erfasst wird. Dabei soll die „Erbringung“ jeweils den gesamten wirtschaftlichen Vorgang von der Produktion über den Vertrieb bis zur Bereitstellung, Art. XXVIII (b) GATS, umfassen.

Der Begriff der „Dienstleistung“ selbst ist nicht definiert. Es sollen aber grundsätzlich alle Dienstleistungen in allen Sektoren erfasst sein, Art. I:3 (b) GATS.<sup>263</sup> Dementsprechend wird auch in den Richtlinien für die Verhandlungen betont, dass kein Sektor und keine Erbrin-

---

<sup>259</sup> *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, angenommen am 25. September 1997, Ziff. 220.

<sup>260</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 67 f. Die deutsche Übersetzung mit „beeinträchtigen“ ist deshalb nicht ganz treffend, vgl. bereits *Martini*, Die WTO und die rechtliche Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit (2002), S. 79; *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 156 f.

<sup>261</sup> „... ‘measures by Members affecting trade in services’ include measures in respect of

- i) the purchase, payment or use of a service;
- ii) the access to and use of, in connection with the supply of a service, services which are required by those Members to be offered to the public generally;
- iii) the presence, including commercial presence, of persons of a Member for the supply of a service in the territory of another Member; ...”

<sup>262</sup> „For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service:

- a.) from the territory of one Member into the territory of any other Member;
- b.) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member;
- c.) by a service supplier of one Member through commercial presence in the territory of any other Member;
- d.) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member.”

<sup>263</sup> „... ‘services’ includes any services in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority; ...”

gungsmodalität a priori von diesen ausgeschlossen ist.<sup>264</sup> In der Praxis geschieht die Erfassung der Dienstleistungen über eine vom GATT-Sekretariat erarbeitete Klassifizierungsliste, die nach Dienstleistungssektoren gegliedert ist und als Auffangtatbestand die Kategorie „other services“ enthält.<sup>265</sup>

Von diesem umfassenden Anwendungsbereich gibt es nur zwei Ausnahmen. Die eine betrifft Luftverkehrsrechte und Dienstleistungen, die damit unmittelbar in Zusammenhang stehen.<sup>266</sup> Die im vorliegenden Zusammenhang interessantere betrifft Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt, Art. I:3 (b) und (c) GATS.

## II. Enger Ausnahmereich: Ausübung hoheitlicher Gewalt, Art. I:3 GATS

Gemäß Art. I:3 (b) GATS schließt der Begriff der Dienstleistung jede Art von Dienstleistung in jedem Sektor ein mit Ausnahme solcher Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden („services supplied in the exercise of governmental authority“). Die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung wird in Art. I:3 (c) GATS näher definiert als jede Dienstleistung, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird („neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers“). Eine eigenständige und spezielle Definition der Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt enthält die Anlage zu Finanzdienstleistungen.<sup>267</sup>

Die „konstruktive Mehrdeutigkeit“<sup>268</sup> der Ausnahme des Art. I:3 GATS hat schon für einige Unsicherheiten innerhalb der WTO<sup>269</sup> wie für politische Diskussion<sup>270</sup> und rechtswissen-

---

<sup>264</sup> *Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services*, WTO-Dok. S/L/93, 29. März 2001, Ziff. 5.

<sup>265</sup> GATT-Dok. MTN/GNS/W/120 vom 10.7.1991.

<sup>266</sup> Art. 2 der Anlage zur Luftverkehrsdienstleistungen.

<sup>267</sup> Art. 1 b) der Anlage zu Finanzdienstleistungen: „For the purposes of subparagraph 3 b) of Article I of the Agreement, ‚services supplied in the exercise of governmental authority‘ means the following:

- i.) activities conducted by a central bank or monetary authority or by any other public entity in pursuit of monetary or exchange rate policies;
- ii.) activities forming part of a statutory system of social security or public retirement plans; and
- iii.) other activities conducted by a public entity for the account or with the guarantee or using the financial resources of the Government.”

Diese Definition wird in Art. 1 c) der Anlage mit einer wichtigen Ausnahme versehen: „For the purposes of subparagraph 3 b) of Article I of the Agreement, if a Member allows any of the activities referred to in subparagraphs b) i) or b) ii) of this paragraph to be conducted by its financial service suppliers in competition with a public entity or a financial service supplier, ‚services‘ shall include such activities.”

<sup>268</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345.

<sup>269</sup> So gab es hierzu unterschiedliche Aussagen in verschiedenen Veröffentlichungen des Sekretariats, vgl. *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345 [357 f.] und Diskussionen im GATS-Rat, *Ruiz Fabri/Crontiras*, L’Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 27 ff.

<sup>270</sup> *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 17 ff; *Hartridge*, WTO Secretariat hits false attacks against GATS (2000); *OECD*, Open Services Markets Matter (2001), S. 40 f. Dabei

schaftliche Auseinandersetzung gesorgt.<sup>271</sup> Von den Akteuren in den Verhandlungen soll sie eher weit verstanden,<sup>272</sup> bzw. durch ein „gentlemen’s agreement“ dahingehend erweitert worden sein, öffentliche Gesundheits- und Ausbildungsdienstleistungen als von der Ausnahme erfasst anzusehen, auch wenn sie die Voraussetzungen dem Wortlaut nach nicht erfüllen.<sup>273</sup> Letzterer spricht – wie in der Folge zu zeigen ist – nämlich eher für einen engen Ausnahmebereich. Deshalb wurden auch Rufe nach Konkretisierung in den Verhandlungen oder eine Einengung durch die Staatenpraxis laut.<sup>274</sup> Zurzeit ist jedoch von der bestehenden Formulierung auszugehen, zumal diese in jüngere Freihandelsabkommen übernommen und somit offensichtlich als „state of the art“ angesehen wurde.<sup>275</sup>

Die Auslegung richtet sich nach Art. 31 und 32 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge (WVK).<sup>276</sup> Die Streitbeilegungsorgane orientieren sich – in Bewusstsein der erforderlichen Balance zur Autonomie der Mitgliedstaaten – herkömmlicherweise so weit wie möglich am Wortlaut und lehnen eine großzügige Berücksichtigung des Vertragszweckes, d.h. eine (erweiternde) teleologische Auslegung ab.<sup>277</sup> Dies geht soweit, dass im Ausgangspunkt häufig Definitionen aus dem Wörterbuch herangezogen werden,<sup>278</sup> wobei trotz Art. 33 WVK in der Regel allein auf die englische Fassung abgestellt wird.<sup>279</sup> Die travaux préparatoires können grundsätzlich auch herangezogen werden, sind in Bezug auf Art. I:3 GATS aber wenig aussagekräftig.<sup>280</sup>

---

wird der erfasste Ausnahmebereich je nach Interesse an Beruhigung oder Skandalisierung als sehr eng oder weitreichend dargestellt.

<sup>271</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341; *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345; *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455. Darauf aufbauend ausführlich auch *Simon*, Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009), S. 59 ff.

<sup>272</sup> *Sauvé*, Trade, Education and the GATS, in: Trade Rules Behind Borders (2003), S. 221.

<sup>273</sup> *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 16; *Naidoo*, Trade Commitments in Education Services, JWT 43 (2009), S. 621 [631].

<sup>274</sup> *Fidler*, Legal Review of the GATS from a Health Policy Perspective (2004), S. 45.

<sup>275</sup> *Free Trade Agreement between the United States and Chile*, WT/REG 160/1, 22. Januar 2004, S. 116; *Economic Partnership Agreement between Japan and Mexico*, WT/REG198/1, 1. Mai 2005, S. 64.

<sup>276</sup> Zur Auslegung der WTO-Abkommen und speziell des GATS: *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 49 ff.

<sup>277</sup> *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 370 f.; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 51 ff; kritisch zum Heranziehen des Vertragszweckes: *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, angenommen am 6. November 1998, Rz. 116.

<sup>278</sup> Zuletzt ist aber eine gewisse Tendenz zur “Emanzipation” von der strengen wortbezogenen Interpretation festzustellen. Vgl. Appellate Body Report *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005, Ziff. 166; dazu *Ortino*, Treaty Interpretation and US-Gambling, JIEL 9(1) (2006), S. 117; *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R vom 21. Dezember 2009, Ziff. 348.

<sup>279</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 53.

<sup>280</sup> Ausführlicher *Ruiz Fabri/Crontiras*, L’Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 31 f.

Unstreitig ist angesichts der Formulierung des Art. I:3 GATS, dass es jedenfalls nicht auf den Dienstleistungserbringer als solchen, sondern auf die konkrete Dienstleistung, das „Geschehen im jeweiligen Markt“<sup>281</sup> ankommt. Das Anbieten einzelner Leistungen im Wettbewerb schließt nicht aus, dass die Ausnahme in anderen Bereichen greift und umgekehrt.<sup>282</sup>

### 1. „Exercise of governmental authority“

Die Ausnahme gilt nach Art. I:3 (b) für Dienstleistungen in Ausübung staatlicher bzw. hoheitlicher Gewalt („exercise of governmental authority“). Ausgehend vom Wortlaut und dem gewöhnlichen Verständnis ist hierunter einseitiges anordnendes Handeln des Staates in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zu verstehen, auf das typischerweise öffentliches Recht angewendet wird.<sup>283</sup> Hierzu passen die vom WTO-Sekretariat in einer erklärenden Veröffentlichung genannten Beispiele der Polizei, Feuerwehr, Geldpolitik, Pflichtsozialversicherung und Steuer- und Zollverwaltung.<sup>284</sup> Ein entsprechend enges Verständnis würde sich auch bei einer Orientierung am EU-Recht, insbesondere Art. 45 EG, jetzt Art. 51 AEUV, („exercise of official authority“) ergeben.<sup>285</sup> Von der EU wurde geltend gemacht, dass die Konzepte übereinstimmen.<sup>286</sup>

Ein entscheidender Unterschied zum EU-Recht liegt jedoch darin, dass diese Dienstleistungen im GATS näher definiert sind.<sup>287</sup> Die Formulierung („means“) spricht dabei dafür, dass Art. I:3 (c) GATS eine abschließende „sui generis“-Definition der Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt enthält.<sup>288</sup> Als problematisch wurde angesehen, dass es dann – wie in der Folge dargestellt – allein auf die Art der Erbringung ankommt und die „Natur“ der Dienstleistung keine Rolle spielt, so dass es vorstellbar sei, dass auch einzelne Tätigkeiten der

---

<sup>281</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345 [361].

<sup>282</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455. Vgl. auch Art. VIII:2 GATS, der den Fall betrifft, dass ein Monopolist in einem Bereich in einem anderen Bereich konkurriert.

<sup>283</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [350]. So auch der Appellate Body zur Bedeutung des Wortes „government“, Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products* (Canada-Dairy), WT/DS103/AB/R, 13. Oktober 1999, Ziff. 97.

<sup>284</sup> *WTO*, A Handbook on the GATS Agreement (2005), S. 7.

<sup>285</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [362 ff.].

<sup>286</sup> *WTO*, Committee on Regional Trade Agreements, *Joint Communication from the EC, Poland, Hungary and the Slovak Republic*, WT/REG50/2/Add.3 vom 19. Mai 1999; die Formulierung wurde angeblich sogar von der EU vorgeschlagen, vgl. *Hartridge*, WTO Secretariat hits false attacks against GATS (2000).

<sup>287</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [366]; *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345 [360].

<sup>288</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345 [348]; *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 383; *Cossy*, Water Services at the WTO in: *Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder* (2005), S. 117 [126].

Polizei oder z.B. Notare nicht unter die „governmental authority“ fallen.<sup>289</sup> Allerdings wird bei der Definition die Begrifflichkeit der lit. (b) wiederum als Kontext zu berücksichtigen sein,<sup>290</sup> zumal die Auslegung jeder Bestimmungen eine effektive Bedeutung zu geben hat.<sup>291</sup> Hieraus wurde z.B. geschlossen, dass eine Dienstleistung nur dann „nicht-kommerziell“ erbracht werde, wenn eine erhebliche Beteiligung staatlicher Stellen vorhanden sei.<sup>292</sup>

## 2. „Neither on a commercial basis“

Die erste der beiden kumulativen Voraussetzungen des Art. I:3 (c) GATS verlangt, dass die Dienstleistung nicht auf einer kommerziellen Basis oder zu kommerziellen Zwecken erbracht wird. Zwar ist es vom Wortlaut her vorstellbar, für eine „kommerzielle“ Erbringung bereits das Vorliegen von Austauschverträgen ausreichen zu lassen.<sup>293</sup> Näherliegend ist aber ein Verständnis im Sinne eines Handelns, das auf Gewinnerzielung, d.h. auf einen finanziellen Ertrag gerichtet ist.<sup>294</sup>

Der weitere Kontext des GATS liefert hinsichtlich dieser Auslegungsfrage allerdings keine eindeutigen Hinweise. So deutet die Definition der „commercial presence“ in Art. XXVIII (d) GATS mit ihrem Verweis auf eine „geschäftliche oder berufliche Niederlassung“ eher auf eine Gewinnerzielungsabsicht.<sup>295</sup> Bei der folgenden Definition der juristischen Personen (Art. XXVIII (l) GATS) werden aber ausdrücklich auch Rechtsträger erfasst, die nicht auf Profit ausgerichtet sind.<sup>296</sup> Gegen eine weite Auslegung, die jede Gegenleistung ausreichen lässt, spricht, dass die Ausnahme damit kaum noch einen Anwendungsbereich hätte und es ihr damit an einer effektiven Bedeutung mangeln würde.<sup>297</sup>

---

<sup>289</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [353].

<sup>290</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345 [352].

<sup>291</sup> *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 384. Für eine eigenständige Bedeutung auch: *Fidler*, Legal Review of the GATS from a Health Policy Perspective (2004), S. 44.

<sup>292</sup> *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 386.

<sup>293</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [351]; *Chanda*, Social Services and the GATS, World Development 31(12) (2003), S. 1997 [2004].

<sup>294</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345 [349]; *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 378 f.

<sup>295</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [351]; *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, JWT 40(3) (2006), S. 345 [349 ff.].

<sup>296</sup> Darauf weist *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455 hin.

<sup>297</sup> *Cossy*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [126].

Im Ergebnis nimmt die Literatur jedenfalls ganz überwiegend eine Beschränkung des Tatbestandsmerkmals auf gewinnorientierte Tätigkeiten an.<sup>298</sup> Ein Ausschluss der Dienstleistung vom Anwendungsbereich des GATS ist dann umgekehrt nur möglich, wenn diese „sans but lucratif“ erbracht wird.<sup>299</sup> Es wird damit auf die Intention des Erbringers abgestellt, die allerdings anhand objektiver Kriterien bestimmt werden kann.<sup>300</sup>

Vereinzelt wird das Abstellen auf die Gewinnerzielungsabsicht aber als zu eng angesehen. Eine „kommerzielle“ Tätigkeit soll bereits bei Gegenleistungen vorliegen, die über symbolische Gebühren hinausgehen und Elemente der strategischen Preisgestaltung enthalten.<sup>301</sup> So wird darauf hingewiesen, dass auch die Preisgestaltung monopolistischer Eisenbahn- oder Postunternehmen in gewissem Umfang „markt-orientiert“ sei. Sie müsse Rücksicht nehmen auf die mögliche Konkurrenz durch Flugzeuge oder Pkw bzw. E-mail und Internet sowie auf eine ungleichmäßige Kapazitätsauslastung. Damit würden auch traditionelle Monopole in den Bereichen Post, Telekommunikation und Transportdienstleistungen nicht unter die Ausnahme fallen.<sup>302</sup> Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Das (mögliche) Konkurrenzverhältnis zu anderen Anbietern spielt erst im zweiten Definitionsmerkmal eine ausdrückliche Rolle. Deshalb ist auch die Parallele zum Begriff „commercial resale“ in Art. XIII GATS<sup>303</sup> nicht überzeugend. Dort steht dieser Begriff allein und muss gewissermaßen die hier ausdrücklich erwähnte Wettbewerbskomponente mit umfassen. Eine „strategische Preisgestaltung“ bedeutet zudem nicht unbedingt, dass mit gleichmäßiger Auslastung der Profit maximiert werden soll. Stattdessen kann es dem Monopolisten bloß um eine Umsatz- oder Auslastungssteuerung und deren Optimierung gehen. Zu der Sorge um eine vernünftige Auslastung und die Vermeidung von Überkapazitäten zwingt ihn bei staatlicher Beteiligung schon die Pflicht zur sparsamen Haushaltsführung.

---

<sup>298</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, *JWT* 40(3) (2006), S. 345 [360]; *Fidler*, Legal Review of the GATS from a Health Policy Perspective (2004), S. 45; *Ruiz Fabri/Crontiras*, L’Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 30; *Cossy*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [126]; *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 378 ff; *Chanda*, Social Services and the GATS, *World Development* 31(12) (2003), S. 1997 [2005].

<sup>299</sup> *Hartridge*, WTO Secretariat hits false attacks against GATS (2000); *Hartridge*, Services trade and globalisation in: Cuadrado-Roura/Rubalcaba-Bermejo/Bryson, S. 193 [198].

<sup>300</sup> *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 379 f.

<sup>301</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455.

<sup>302</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455 [Box 2], der sich hinsichtlich „natürlicher“ Monopolen wie dem Stromnetz oder Transportnetzen nicht festgelegt. Aber auch dort ist eine strategische Preisgestaltung anzutreffen (z.B. unterschiedliche Preise für Tag- und Nachtstrom). Zum Bereich des traditionellen Postmonopols: *Campbell/Dieke/Zauner*, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis (2010), S. 81.

<sup>303</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455 [FN 29].

### 3. „Nor in competition with one or more service suppliers“

Neben dem Fehlen eines kommerziellen Zwecks ist weiter erforderlich, dass die Dienstleistung nicht im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird. In Bezug auf dieses Tatbestandsmerkmal wurde geltend gemacht, dass eine Koexistenz öffentlicher und privater Anbieter möglich sei, ohne dass erstere ihren Status als „governmental service“ verlieren.<sup>304</sup> Dies ist jedoch zweifelhaft. „Koexistenz“ führt regelmäßig zu Wettbewerb.<sup>305</sup> Die besondere Definition im Annex on Financial Services zeigt dementsprechend, dass man dort von der Möglichkeit des Wettbewerbs zwischen öffentlichen und privaten Anbietern ausging.<sup>306</sup>

Im Einzelnen verlangt dieses Tatbestandsmerkmal aber, festzustellen, ob und zwischen welchen Dienstleistungen ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Mit dem Abstellen auf eine Erbringung im Wettbewerb wurde hier eine neue Begrifflichkeit an Stelle des bekannten Konzepts des „like service“ verwendet. Es sind aber Vorgänger vorhanden, die eine Orientierung bieten. Aus Art. III:2 S. 2 GATT in Verbindung mit Absatz 2 der Anmerkung zu Art. III GATT ist das Konzept „direkt konkurrierender oder substituierbarer Produkte“ („directly competitive and substitutable products“) bekannt.<sup>307</sup> Dort wird auf die Substitutionselastizität aus Sicht der Nachfrage abgestellt. Gleiches ergibt sich, wenn wettbewerbsrechtliche Konzepte herangezogen werden.<sup>308</sup> Im Ergebnis plädiert die Literatur hinsichtlich der Feststellung eines Wettbewerbsverhältnisses deshalb überwiegend für die Substituierbarkeit aus Abnehmersicht als Kriterium.<sup>309</sup>

Eine andere Ansicht will demgegenüber auf das Verhalten des jeweiligen Anbieters abstellen: Verhält dieser sich konkurrierend oder nicht?<sup>310</sup> Der nicht wettbewerblich agierende staatliche

---

<sup>304</sup> *Hartridge*, WTO Secretariat hits false attacks against GATS (2000); *Hartridge*, Services trade and globalisation, in: Cuadrado-Roura/Rubalcaba-Bermejo/Bryson (2002), S. 193 [196]. Mit der Folge, dass sie vom Staat bevorzugt behandelt werden dürfen.

<sup>305</sup> So auch die Furcht der Kritiker, vgl. *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 23; *Fritz*, Daseinsvorsorge unter Globalisierungsdruck in: Lange (Hrsg.), S. 23 [36]; *Fritz/Scherrer*, GATS: Zu wessen Diensten? (2002), S. 14, 56.

<sup>306</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, *JWT* 40(3) (2006), S. 345 [363]. Vgl. Ziff. 1 lit. c) der Anlage zu Finanzdienstleistungen, siehe oben FN 267.

<sup>307</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, *JIEL* 6(2) (2003), S. 341 [352]; *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, *JWT* 40(3) (2006), S. 345 [364 ff.].

<sup>308</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, *JWT* 40(3) (2006), S. 345 [368 ff.].

<sup>309</sup> *Leroux*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority”, *JWT* 40(3) (2006), S. 345 [384]; *Fidler*, Legal Review of the GATS from a Health Policy Perspective (2004), S. 47; *Ruiz Fabri/Crontiras*, L’Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 30; ähnlich *Marchetti/Mavroidis*, What are the Main Challenges for the GATS Framework?, 5 *EBOLR* (2004), S. 533.

<sup>310</sup> *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 394 f.; *Adlung*, Public Services and the GATS, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455; *ders*, Trade in Healthcare (2009), S. 7; *Cossy*,

Anbieter würde dem GATS nicht unterfallen, der private Anbieter schon. Dies würde zu der von Verteidigern des GATS geäußerten Einschätzung passen, dass das bloße Nebeneinander staatlicher und privater Dienstleister nicht bedeute, dass diese im Wettbewerb stehen. Die Vorstellung einer „einseitigen Konkurrenz“, bei der dem staatlichen Anbieter egal ist, ob er noch Abnehmer findet oder ob diese alle zu Privaten überlaufen, mutet jedoch in Zeiten, in denen selbst wettbewerbliches Verhalten innerhalb des staatlichen Systems (z.B. zwischen staatlichen Universitäten oder Schulen) gefördert wird, seltsam an. Dieser Aspekt spielt im Annex on Financial Services auch gerade keine Rolle.<sup>311</sup>

#### 4. Einschaltung Privater („Dreiecksverhältnisse“)

Als problematisch wurde teilweise die Einordnung von Sektoren gesehen, in denen der Staat Private zur Erbringung von Dienstleistungen gegenüber den Bürgern einschaltet. Insbesondere wurde die Frage aufgeworfen, was bei einem „natürlichen Monopol“ gelte, wo nur ein Anbieter zur Zeit möglich sei (z.B. Müllabfuhr oder Abwasserentsorgung).<sup>312</sup> Die Erbringung selbst erfolgt dort definitionsgemäß nicht im Wettbewerb.

Im Ergebnis müssen aber auch die wirtschaftliche Interessenverfolgung und der Wettbewerb gegenüber dem Staat, z.B. in einem Bietverfahren, erfasst sein, auch wenn der Gewinner dann das exklusive Recht zum Anbieten der Dienstleistung erhält.<sup>313</sup> Der Wettbewerb findet hier um den Markt, nicht im Markt statt. Der Definition lässt sich nicht entnehmen, dass der Wettbewerb um den Bürger oder Endverbraucher geführt werden muss. Bei einem anderen Verständnis würde auch die Aufnahme von Abwasserdienstleistungen u.ä. in die mitgliedstaatlichen Verpflichtungslisten wenig Sinn ergeben. Der Private, der gegenüber dem Staat eine Dienstleistung anbietet, handelt auch kommerziell, selbst wenn der Staat veranlasst, dass diese Dienstleistung seinen Bürgern in der Folge „kostenlos“ – d.h. steuerfinanziert – zur Verfügung gestellt wird. Es ist also zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis Staat – beauftragter Privater, wo letzterer seine Dienste gegenüber dem Staat auf kommerzieller Basis und im Wettbewerb anbietet, nämlich in einer klassischen Beschaffungssituation, und dem Verhältnis zum Konsumenten und Letztverbraucher, dem gegenüber die Dienstleistung nicht im Wettbewerb erbracht wird, bei öffentlichen Straßen oder Müllabfuhr/Abwasser auch nicht kom-

---

Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [FN 31]; Zacharias, Art. I GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 81. Ähnlich: Simon, Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009), S. 99.

<sup>311</sup> So Adlung Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455 selbst. Auch VanDuzer, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 404.

<sup>312</sup> OECD, Liberalising Network Infrastructure Services and the GATS (2006), S. 39; Cossy, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [127].

<sup>313</sup> VanDuzer, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 389.

merziell, wenn die Finanzierung über Steuern oder Zwangsgebühren stattfindet, die der Staat kassiert. Ein später zu behandelndes Folgeproblem ist die Frage, ob in solchen Konstellationen die Ausnahme für das öffentliche Beschaffungswesen, Art. XIII GATS, greift.<sup>314</sup>

### 5. Konkrete oder abstrakte Betrachtung

Der Ausnahme unterfallen somit Dienstleistungen, die ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden und für die aus Abnehmersicht keine Austauschbarkeit mit den Leistungen eines anderen Anbieters besteht. Die bisher nicht angesprochene, grundsätzliche Frage ist jedoch, ob es für den Ausschlussbestand auf die Art und Weise der Erbringung im jeweils konkreten Mitgliedsstaat ankommt oder ob nicht vielmehr auf den Charakter der Dienstleistung als solches abzustellen ist. In der Literatur wird zumeist ersteres angenommen. So soll die Reichweite der Ausnahme maßgeblich von der Ausgestaltung des Bereichs in der nationalen Regulierung abhängen, d.h. sich danach bestimmen, ob Wettbewerb und Gewinnerzielung zugelassen werden und stattfinden oder nicht.<sup>315</sup> Eine interne Deregulierung würde damit die Reichweite der Ausnahme verringern.<sup>316</sup>

Eine solche Eröffnung des Anwendungsbereichs in Abhängigkeit von der Regulierungs- und Marktsituation im Mitgliedstaat hat den Vorteil, dass die Mitgliedstaaten die Reichweite der Anwendung des GATS in der Hand haben, bringt jedoch auf der anderen Seite einige Probleme und Unsicherheiten mit sich.

Hinsichtlich der Gewinnerzielungsabsicht ist z.B. fraglich, wie es sich auswirkt, wenn die Hochschulen in einem Mitgliedstaat zwar von Ausländern profitorientierte Entgelte nehmen, von Inländern aber nicht. Handelt es sich dann um unterschiedliche Dienstleistungen<sup>317</sup> oder ist der Hochschulsektor damit auch innerstaatlich „kommerziell“ und nicht mehr von der Ausnahme erfasst?

Noch problematischer wird das Abstellen auf die faktisch bestehende Situation im Mitgliedstaat hinsichtlich des Wettbewerbsverhältnisses. Was ist beispielsweise, wenn Wettbewerb über verschiedene Modalitäten möglich ist? So wurde die Frage aufgeworfen, ob Wettbewerb in einem Mitgliedstaat mit innerstaatlichem Monopol besteht, der die „consumption abroad“ zulässt, wenn also z.B. Kanadier sich von den staatlichen Anbietern abwenden und sich in den

---

<sup>314</sup> Dazu siehe unten, S. 88.

<sup>315</sup> *Krajewski*, Services Trade Liberalisation and Regulation, in: Herrmann/Terhechte (2010), S. 153 [178]; *ders.*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [358]; *Cossy*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [126]; *Simon*, Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009), S. 100.

<sup>316</sup> *Zdouc*, WTO Dispute Settlement Practice in relation to GATS, JIEL 2 (1999), S. 295 [321].

<sup>317</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 70.

USA operieren lassen oder dort zur Universität gehen.<sup>318</sup> Die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses setzt voraus, dass ein solches zwischen den verschiedenen Modalitäten bestehen kann, was aber bei einem Abstellen auf die Substituierbarkeit aus Verbrauchersicht durchaus vorstellbar ist.<sup>319</sup> Die Verbraucher sehen die Behandlung oder Ausbildung im In- und Ausland evtl. als austauschbar, als Substitute an. Zu beachten ist zwar, dass nicht auf einzelne Verbraucher abgestellt werden kann, sondern eine „ausreichende“ Substituierbarkeit vorliegen muss.<sup>320</sup> Dies wird, da für die innerstaatliche Erbringung regelmäßig nur ein Bruchteil der Kosten direkt zu tragen ist, zumeist nicht der Fall sein. Vorstellbar ist es aber, wenn z.B. auch innerstaatlich erhebliche, wenn auch nicht kostendeckende Gebühren erhoben werden. Damit würde trotz des Fehlens innerstaatlicher Konkurrenz und Profitabsicht der Bereich voll dem GATS unterfallen. Wird auf die faktisch bestehende Substituierbarkeit aus Abnehmersicht abgestellt, so ist theoretisch sogar Wettbewerb zwischen Anbietern möglich, die nach der GATS-Klassifizierung in verschiedene (Sub-) Sektoren fallen, in denen evtl. ein unterschiedlicher Liberalisierungsgrad herrscht, z.B. zwischen innerstaatlichen Flügen und Schienenfernverkehr oder zwischen medizinischen und Krankenhausdienstleistungen.<sup>321</sup> Im Ergebnis müsste wohl jedes ernsthafte Wettbewerbsverhältnis zu irgendeinem anderen Anbieter – sei es in einer anderen Modalität oder unter einer anderen Klassifizierungsnummer – ausreichen. Ein solches Abstellen auf die faktische Wettbewerbslage würde sich schwerlich mit dem System der Verpflichtungslisten, das für verschiedene Sektoren oder Modalitäten unterschiedliche Marktöffnungsgrade erlaubt, vertragen.

Es würde aber auch zu systematischen Brüchen führen. Fraglich ist vor allen Dingen, wie es zu beurteilen wäre, wenn in einem Sektor, in dem eine Verpflichtung übernommen wurde, innerstaatlich weiterhin nur ein Anbieter besteht und nach innerstaatlichem Recht nur bestehen darf, der zudem keine Profitabsichten hat. Würde dies dazu führen, dass das GATS gemäß Art. I:1 und 3 (b) und (c) nicht anwendbar ist? Dies ist nicht völlig fern liegend. Denn die

---

<sup>318</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

<sup>319</sup> Bejahend *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 394. Auch hins. der „like services“ wird überwiegend angenommen, dass die „likeness“ über verschiedene Modalitäten reichen kann. Vgl. *Cosy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 12 ff., *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 102; *Mattoo*, National Treatment in the GATS, JWT 31(1) (1997), S. 107 [121].

<sup>320</sup> Nach dem im Wettbewerbsrecht verwendeten hypothetischen Monopoltest („SSNIP test“) würde das voraussetzen, dass bei einer Erhöhung der Kosten der innerstaatlichen Dienstleistung um 5-10% eine so erhebliche Abwanderung ins Ausland stattfindet, dass sich diese Erhöhung für den hypothetischen Monopolisten nicht lohnt.

<sup>321</sup> *Fidler*, Legal Review of the GATS from a Health Policy Perspective (2004), S. 47. Das Vorliegen von “like services“ wird allerdings bei unterschiedlichen Klassifizierungsnummern überwiegend abgelehnt.

Anwendbarkeit des GATS wird an Hand von Art. I:1 GATS geprüft,<sup>322</sup> so dass die Frage, ob „trade in services“ vorliegt, zur „threshold question“ wird.<sup>323</sup> Bei dieser Frage ist die Definition von „services“ in Art. I:3 (b) GATS relevant.<sup>324</sup> Würde man also wegen der faktischen Situation im Mitgliedstaat die Dienstleistung als Ausübung von Hoheitsgewalt und den Anwendungsbereich als nicht eröffnet ansehen, so würde die Verpflichtung, die streng genommen erst nachrangig zu prüfen ist, leerlaufen.

Als Lösung ist vorstellbar, nicht nur auf die tatsächliche Angebotssituation, sondern auch auf die mögliche Angebotssituation aufgrund der Verpflichtungsliste abzustellen.<sup>325</sup> Es würde dann genügen, dass völkerrechtlich auch Dritte mit Gewinnerzielungsabsicht „tätig werden dürften“.<sup>326</sup> Wenn also beispielsweise „hospital services“ ohne Vorbehalte in der Verpflichtungsliste stehen, dann scheidet ein Berufen auf Art. I:3 GATS aus, selbst wenn bisher nur nicht-kommerzielle Betreiber mit Gebietsmonopol vorhanden sind. Diese zunächst einleuchtende Lösung ist aber problematisch, wenn die Sektorklassifizierung in der Verpflichtungsliste sehr weit ist und die Dienstleistungen in einem nicht abgegrenzten Teilbereich nicht profitorientiert bzw. nicht im Wettbewerb erbracht werden und dies auch nicht können bzw. in allen Mitgliedstaaten typischerweise nicht werden. Relevant und wichtig wird die Vorschrift schließlich gerade erst, wenn die Mitglieder umfassende und vorbehaltlose Verpflichtungen eingegangen sind. Dann stellt sich die Frage, welche Bereiche trotzdem „außen vor“ bleiben.

Als Alternative bietet sich deshalb eine abstrakte Bestimmung an, die auf die mögliche Angebotssituation überhaupt abstellt. Die Frage wäre dann, ob es sich um Bereiche handelt, in denen realistischer Weise überhaupt Dritte mit Gewinnerzielungsabsicht tätig werden können.

---

<sup>322</sup> *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, angenommen am 25. September 1997, Ziff. 217 ff.

<sup>323</sup> *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139,142/AB/R, angenommen am 19. Juni 2000, Ziff. 152.

<sup>324</sup> *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, angenommen am 25. September 1997, Ziff. 220; *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006), S. 13.

<sup>325</sup> *Leroux*, Eleven Years of GATS Case Law, JIEL 10(4) (2007), S. 749 [755] kritisiert hingegen, dass das Panel in „US-Gambling“ gleich auf die Verpflichtungsliste abgestellt hat, ohne die logische Vorfrage zu behandeln, ob die Maßnahme den Handel mit Dienstleistungen im Sinne von Art. I:1 GATS beeinträchtigt.

<sup>326</sup> Zu der Frage, ob „Handel“ i.S.v. Art. I:1 GATS vorliegt hat der Appellate Body in *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139,142/AB/R, angenommen am 19. Juni 2000, Ziff. 152 darauf abgestellt, dass es tatsächlich „trade in services“ in mode 3 durch ausländische Autogroßhändler gibt. Daran anschließend wurde die Frage aufgeworfen, ob es ausgereicht hätte, dass entsprechende Verpflichtungen bestehen, vgl. *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, WTO (2003), S. 238. *Zdouc*, WTO Dispute Settlement Practice, in Ortino/Petersmann (2004), S. 381 [393] hat dafür plädiert, einen potentiellen Effekt auf einen potentiellen Handel ausreichen zu lassen. Dafür lässt sich darauf verweisen, dass das Panel in „EC – Bananas“ im Rahmen von Art. XVII GATS auch „potentielle“ Anbieter als Anbieter im Sinne der Vorschrift angesehen hat; *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R, Ziff. 7.320; aufrechterhalten vom Appellate Body, WT/DS27/AB/R, angenommen am 25. September 1997, Ziff. 227 f.

Dies hätte ein Vorbild in der Rechtsprechung zu ex-Art. 86 II EG (jetzt Art. 106 AEUV).<sup>327</sup> Hiernach verlangt die „wirtschaftliche Tätigkeit“ als Voraussetzung für den funktionalen Unternehmensbegriff des EuGH, dass keine Ausübung von Hoheitsgewalt vorliegt und die Möglichkeit (!) der Gewinnerzielung besteht. Fehlende Gewinnerzielungsabsicht oder kostenloses Anbieten schließt die wirtschaftliche Tätigkeit hingegen nicht aus.<sup>328</sup> Die Möglichkeit der Gewinnerzielung besteht bei Tätigkeiten, die im Grundsatz von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnten, d.h. wo die Möglichkeit der Ausbildung eines Marktes besteht. Geschützt ist damit auch der potentielle Wettbewerb. Indizien für die Möglichkeit eines Marktes können eine entsprechende privatwirtschaftliche Tätigkeit in der Vergangenheit, das Arbeiten nach betriebswirtschaftlichen Regeln oder die Möglichkeit einer Gegenleistung, eines Gewinnzwecks sein.<sup>329</sup>

Gegen eine solche abstrakte Bestimmung lässt sich eventuell der Wortlaut des Art. I:3 GATS anführen, der auf die faktische Situation deutet („service which is supplied“). Auch würde diese ein recht enges Verständnis der Ausnahme bedeuten, da i.d.R. Verfügungsrechte zugewiesen werden und Märkte entstehen können.<sup>330</sup> Es würde sich allerdings weitgehend mit dem gewöhnlichen Verständnis der „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ decken. Dem GATS würden alle jene Leistungen unterfallen, die nicht klassische Hoheitsausübung sind, d.h. die praktisch überall nicht-kommerziell und nicht im Wettbewerb erbracht werden. Ausgenommen wäre damit die „domaine réservé“ im engeren Sinne, nicht die Verfolgung beliebiger „gemeinschaftlicher Grundwerte“.<sup>331</sup>

Ein systematisches Argument für ein abstraktes Verständnis lässt sich noch in Art. VIII GATS finden. Dieser verpflichtet „monopoly supplier of a service“. Es liegt nahe, „service“ dabei i.S.d. Art. I:3 (b) und (c) GATS zu verstehen, da dieser nach der Regelungssystematik den Charakter einer vorgeschalteten Definition hat. Dies würde bei einer länderspezifischen Betrachtung bedeuten, dass Monopole, die ohne Profitabsicht und – per definition – nicht im

---

<sup>327</sup> Für eine Orientierung hieran: *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 28. Ähnlich: *Sidhu*, Direktinvestitionen in der WTO (2004), S. 193 f.

<sup>328</sup> Enger ist allerdings die Rechtsprechung zur „Entgeltlichkeit“ einer Dienstleistung, die darauf abstellt, ob die konkrete Tätigkeit „einen Teil des Wirtschaftslebens“ ausmacht und dies verneint, wenn es sich um staatliche Leistungen handelt, die durch öffentliche Abgaben finanziert werden, so dass z.B. das staatliche Bildungswesen nicht der Dienstleistungsfreiheit unterfällt; vgl. *Callies/Ruffert*, Verfassungsrecht der EU (2007), Art. 50 EGV, Rn. 9 ff. Dort geht es allerdings konkret um die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit, hier nur um die grundsätzliche Eröffnung des Anwendungsbereiches.

<sup>329</sup> *Essebie*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2005), S. 59 ff.; unter Bezug auf GA Jacobs, EuGH, Schlussanträge vom 17.5.2001, Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8094, Ziff. 67. *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 34.

<sup>330</sup> Wobei ein gewisser Spielraum über die Frage, wer die Beweislast trägt, besteht; vgl. *Fidler*, Legal Review of the GATS from a Health Policy Perspective (2004), S. 48 ff.

<sup>331</sup> Unterscheidung in Anlehnung an: *Weiss*, „Market Access“ – Marktzugang im Europa- und Internationalen Handelsrecht, RIW 2006, 170 [177].

Wettbewerb handeln, nicht Art. VIII GATS unterfielen.<sup>332</sup> Bei einem engen Verständnis der „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ hingegen würden nur solche Bereiche übrig bleiben und nicht Art. VIII GATS unterfallen, für die als „staatliche Maßnahme“ bereits eine Bindung besteht.

## 6. Zwischenergebnis

Gute Gründe sprechen für eine Herausnahme aus dem Geltungsbereich des GATS nur von solchen Leistungen, die generell nicht profitorientiert und im Wettbewerb erbracht werden können bzw. bei denen diese Möglichkeit eine bloß theoretische ist. Aber auch bei einer Betrachtung, die von den konkreten, länderspezifischen Wettbewerbsverhältnissen ausgeht, fallen, da eine völlige Abwesenheit von Wettbewerb selten ist, eine Vielzahl von „public services“ nicht unter die Ausnahme.<sup>333</sup>

Ein weiterer Anwendungsbereich ist aber zunächst weniger problematisch, als es die Kritik häufig nahelegt. Denn die Mitglieder sind in sensiblen Sektoren gegen ihren Willen so gut wie keinen Bindungen unterworfen. Die Auswirkungen der in jedem Fall greifenden Meistbegünstigung und Transparenzregeln auf die Regelungsautonomie sind gering.<sup>334</sup> Zwar wurde geltend gemacht, dass das Meistbegünstigungsprinzip bedeute, dass, wenn einem ausländischen Anbieter „der kleine Finger gereicht“ werde, auch alle anderen berechtigt seien und eine Rücknahme dieser Öffnung, auch wo sie rechtlich möglich sei, schwierig werde.<sup>335</sup> Dies ist aber einleuchtend: wo ein Sektor zumindest für manche Ausländer offen ist, kann es in der Regel mit der „hoheitlichen“ Natur nicht weit her sein.

Probleme für den „public service“ folgen nicht aus den allgemeinen Pflichten und Disziplinen. Probleme kann die Reichweite der Bindung bei der Übernahme sektorieller Verpflichtungen, insbesondere in Bezug auf Nichtdiskriminierung und Finanzierung bereiten.<sup>336</sup> Insofern ist aber eine individuelle Berücksichtigung über die Ausgestaltung der Verpflichtungslisten möglich. Das bedeutet, dass für die „public services“ kein rechtlicher, sondern ein politisch verhandelbarer Ausschluss besteht. Bei der Frage der „Dienstleistungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ handelt es sich im Wesentlichen zunächst um die Eröffnung des „Verhandlungsbereichs“. Allerdings geht manchen auch ein solcher Verhandlungsbereich zu weit.

---

<sup>332</sup> Alternativ müsste man die Monopoldienstanbieter weiter verstehen unter Einschluss der im jeweiligen Mitgliedstaat nicht profitorientierten Monopole. Damit wären aber Sektoren und Anbieter, die ansonsten nicht dem GATS unterfallen, insoweit doch gebunden.

<sup>333</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

<sup>334</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 122, 126. Die institutionellen Vorgaben des Art. VI:2 GATS sind sowieso eher genereller Natur.

<sup>335</sup> *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 46 ff.

<sup>336</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

So wurden Forderungen nach einer Konkretisierung oder Ausweitung des Ausnahmebereichs damit begründet, bereits die Verhandlungen auszuschließen und den „Liberalisierungsdruck“ von den Entwicklungsländern zu nehmen.<sup>337</sup> Ob ein solcher Druck besteht, ist jedoch fraglich. Zu Recht wurde auf die bisher sehr bescheidenen Verpflichtungen unter dem GATS hingewiesen, die eine andere Sprache sprechen.<sup>338</sup> Sichtbar ist ein Drängen auf Zugeständnisse nur bei Beitrittskandidaten.<sup>339</sup> Eine Ausweitung der Ausnahme würde jedenfalls erhebliche Probleme der Abgrenzbarkeit stellen. Denn wie bereits angesprochen ist die Reichweite und Ausgestaltung der „public services“ von Land zu Land und von Zeit zu Zeit sehr unterschiedlich.

### III. Ausgestaltungsfreiheit in den Verpflichtungslisten

Zwar können Mitgliedstaaten auch in den als „sensibel“ empfundenen Sektoren nicht den allgemeinen Verpflichtungen entgehen. Die für die Gestaltung der innerstaatlichen Marktordnung zentralen Disziplinen in bezug auf Marktzugang und Inländerbehandlung sind aber von konkreten Verpflichtungen in den sogenannten „Schedules of Specific Commitments“<sup>340</sup> abhängig. Andere wichtige Schranken folgen akzessorisch auf solche Verpflichtungen.<sup>341</sup> Will der Mitgliedstaat einer Beschränkung seiner Regelungsautonomie entgehen, so ist es am einfachsten und sichersten, die „sensiblen“ Sektoren komplett von den nationalen Verpflichtungslisten auszunehmen. Damit sind jedoch auch evtl. wettbewerbliche Teilbereiche ausgenommen und kann das GATS seine erwartungsstabilisierende und transparenzfördernde Wirkung nicht erfüllen. Dementsprechend drängen die Partner in Verhandlungen auf eine möglichst weite sektorielle Spannbreite der Listen. Andererseits besteht bei manchen Mitgliedern offensichtlich die Sorge, dass trotz Zurückhaltung bei der Sektorauswahl Bereiche in die Verpflichtungsliste – deren Auslegung erst allmählich geklärt wird – „rutschen“, die innerstaatlich nicht dem Wettbewerb unterliegen sollen. Deshalb sind in diesen Listen verschiedene horizontale Vorbehalte, eng gefasste Sektorbeschreibungen und „maßgeschneiderte“ Vorbehalte zu Marktzugang und Inländerbehandlung anzutreffen. Diese werden nachfolgend exemplarisch dargestellt (unter 1.), bevor auf die Probleme dieser Art von Flexibilität eingegangen wird (unter 2.).

---

<sup>337</sup> *Oxfam International* in Informationsbrief Weltwirtschaft und Entwicklung, Sonderdienst Nr. 12/Dez. 2005, S.3; *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 4.

<sup>338</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

<sup>339</sup> *Tietje*, Probleme der Liberalisierung des Dienstleistungshandels (2005), S. 13; *Jara/Domínguez*, Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations, JWT 40(1) (2006), S. 113 [115].

<sup>340</sup> Zum System der Schedules: *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 76 ff.; *Michaelis*, Handel mit Dienstleistungen (GATS) in: *Hilf/Oeter* (2005), S. 375 [383 ff.].

<sup>341</sup> So insb. die Regeln zur innerstaatlichen Regulierung in Art. VI:1, 3-6 GATS und maßgebliche Teile der Vorschriften zu Monopolen und ausschließlichen Anbietern in Art. VIII GATS.

## 1. Übersicht typischer Inhalte betreffend „public services“

Die Mitgliedstaaten haben im Detail ganz unterschiedliche Ansätze gewählt, um ihre sensiblen Dienstleistungssektoren, ihre „public services“ vor GATS-Regeln zu schützen, die diese in Frage stellen würden. Grundsätzlich lassen sich horizontale Vorbehalte von sektorspezifischen Lösungen unterscheiden.<sup>342</sup>

### a.) Horizontale Bestimmungen

Horizontale Vorbehalte stehen am Anfang der Verpflichtungsliste und betreffen alle Dienstleistungssektoren. Sie sind, da sie ansonsten bestehende Verpflichtungen beschränken würden, ohne weiteres nur bei der erstmaligen Erstellung der „Schedules“ möglich.

Ein erstes Beispiel bietet die Dominikanische Republik, die als horizontale Schranke für den Marktzugang in Modalität 3 („commercial presence“) vorgesehen hat, dass die grundsätzlich verlangte Registrierung ausländischer Investitionen vollständig verboten ist in „public services, such as drinking water, sewage and postal services and any other area the Directorate declares closed to foreign investment.“<sup>343</sup> Hier wird also der Begriff der „public services“ verbunden mit einer nicht abschließenden Beispielliste verwendet. Bei der weiteren Lektüre fällt auf, dass die entsprechenden „sensiblen“ Sektoren in der Verpflichtungsliste überhaupt nicht auftauchen. Dies deutet darauf hin, dass der Vorbehalt hier vor allen Dingen eine politische Signalwirkung haben, d.h. der Errichtung eines „Verhandlungstabus“ dienen soll.

Ein ähnlicher Vorbehalt findet sich bei der Türkei. Dort ist hinsichtlich des Marktzugangs in der Modalität 3 vorgesehen: „The following sectors are closed to private investments because of the public monopolies: postal services and telecommunications; railways; administration of harbour and quay; lotteries in cash, football pools and public utilities.“<sup>344</sup> Hier werden also verschiedene Sektoren aufgezählt, bei denen öffentliche Monopole bestehen, und als Auffangbegriff auf „public utilities“ abgestellt. In den Sektorabschnitten wurden hinsichtlich Post-, Telekommunikation und Eisenbahndienstleistungen zwar Verpflichtungen übernommen, die aber einen erneuten Vorbehalt hinsichtlich des „public monopoly“ enthalten.<sup>345</sup> Es wurde insoweit also ein doppeltes Sicherheitsnetz gewählt. Die Umweltdienstleistungen (Abwasser, Müllab-

---

<sup>342</sup> Weitere Beispiele finden sich bei: *OECD*, *Liberalising Network Infrastructure Services* (2006), S. 42; *Adlung*, *Public Services and the GATS*, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455; *Cosy*, *Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder* (2005), S. 117 [132 f.].

<sup>343</sup> *Dominican Republic*, *Schedule of Specific Commitments* vom 15. April 1994, GATS/SC/28.

<sup>344</sup> *Turkey – Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/88, vom 15. April 1994.

<sup>345</sup> Interessanterweise wurden die sektoriellen Verpflichtungen in Bezug auf Telekommunikationsdienstleistungen mit dem Supplement 2 vom 11. April 1997 (GATS/SC/88/Suppl. 2) geändert und sehen jetzt ein Auslaufen des Monopols zum 31.12.2005 vor. Der horizontale Vorbehalt, der die Telekommunikation einschließt, wurde – soweit ersichtlich – nicht geändert.

fuhr), ein klassisches Feld der „public utilities“, enthalten hingegen vollständige Verpflichtungen ohne erneuten Vorbehalt.

Besonders interessant sind die Vorbehalte der EU. Hier findet sich zunächst eine horizontale Schranke hinsichtlich des Marktzugangs in der Modalität 3, wonach in allen Mitgliedstaaten Dienstleistungen, die auf nationaler oder lokaler Ebene als „public utilities“ angesehen werden, öffentlichen Monopolen oder privaten Anbietern gewährten ausschließlichen Rechten unterliegen können.<sup>346</sup> In einer Fußnote werden Beispiele aufgeführt, in denen „public utilities“ existieren, u.a. bei Umweltdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen oder Transportdienstleistungen. Auch wird darauf hingewiesen, dass in solchen Sektoren häufig exklusive Rechte an private Betreiber vergeben werden, z.B. in Konzessionen, die dann besonderen Dienstverpflichtungen unterliegen. Ein detailliertes und sektorspezifisches „Scheduling“ sei nicht möglich, da „public utilities“ häufig auf sub-zentraler Ebene bestünden.<sup>347</sup>

Dieser Vorbehalt wirft eine Vielzahl von Fragen auf. Wie in der Verpflichtungsliste der Türkei wird der Begriff der „public utilities“ verwendet. Diese lassen sich übersetzen als „öffentliche Versorgungseinrichtungen oder -betriebe“. Es handelt sich damit, wie auch die Beispiele zeigen, um eine sehr weite Kategorie möglicher Sonderbereiche. Die Einfügung von „considered“ deutet zudem darauf hin, dass die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten sich das Recht vorbehalten wollen, selbst zu definieren, welche Dienstleistungsbereiche sie als „public utilities“ ansehen.<sup>348</sup>

Unklar ist, wie sich dieser horizontale Vorbehalt zu sektorspezifischen Verpflichtungen verhält. Angesichts der Fußnote, die auf die Schwierigkeiten eines sektorspezifischen Vorgehens verweist, scheint die EU davon auszugehen, dass auch bei der Gewährung von vollständigem Marktzugang in einem bestimmten Sektor trotzdem auf nationaler oder kommunaler Ebene Monopole bei „public utilities“ fortbestehen können. Unbedingter Marktzugang z.B. in Bezug auf Umweltdienstleistungen, wie sie Abwasserbeseitigung und Müllabfuhr darstellen, schließt es dann nicht aus, dass diese ausschließlich durch lokale Monopolisten erbracht werden. Die für die Abwasserentsorgung zuständigen Körperschaften blieben frei zu entscheiden, ob sie

---

<sup>346</sup> „3) In all EC Member States services considered as public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators“.

<sup>347</sup> „Explanatory Note: Public utilities exist in sectors such as related scientific and technical consulting services, R&D services on social sciences and humanities, technical testing and analysis services, environmental services, health services, transport services and services auxiliary to all modes of transport. Exclusive rights on such services are often granted to private operators, for instance operators with concessions from public authorities, subject to specific service obligations. Given that public utilities often also exist at the sub-central level, detailed and exhaustive sector-specific scheduling is not practical.“

<sup>348</sup> *Türk/Ostrovsky/Speed*, GATS and its Impact on Private Sector Participation in Water Services in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 143 [154].

private Anbieter einbeziehen oder nicht.<sup>349</sup> Zweifelhaft ist auch, wie weit sich dieser Vorbehalt im zeitlichen Verlauf erstreckt. Dies gilt einerseits für den Fall einer späteren Vertiefung der sektoriellen Verpflichtungen. Denn bei einem weiten Verständnis kann durchaus auch ein staatlicher Telefonmonopolist zu den „öffentlichen Versorgungsbetrieben“ gezählt werden. Nach der sektoriellen Verpflichtung der EU auf einen Wettbewerbsrahmen für Telekommunikationsdienstleistungen wird sich aber insoweit wohl kein Mitgliedstaat mehr auf den horizontalen Vorbehalt berufen können. Andererseits stellt sich die Frage, ob der Vorbehalt nur für bei Vertragsschluss bestehende Monopole gelten oder auch die Möglichkeit deren späteren Schaffung bieten soll. Letzteres wäre in Sektoren, für die spezifische Verpflichtungen bestehen, allerdings mit Art. VIII:4 GATS kaum zu vereinbaren, der eine nachträgliche Monopolvergewährung den Regeln über die Listenänderung unterwirft.<sup>350</sup> Diese sehen Verhandlungen über Ausgleichsmaßnahmen und notfalls ein Schiedsverfahren vor.

Eine weitere, im vorliegenden Zusammenhang interessante horizontale Beschränkung in der Verpflichtungsliste der EU betrifft die Inländerbehandlung. Unter der Überschrift „Subsidies“ wird für die Modalität 3 zunächst festgehalten, dass keine Beschränkungen bestehen – mit der Ausnahme, dass eine Beschränkung auf ansässige juristische Personen möglich ist und dass keine Bindung hinsichtlich Forschungs- und Entwicklungssubventionen bestehen soll. Anschließend heißt es, dass eine Erbringung einer Dienstleistung oder ihre Subventionierung „innerhalb des öffentlichen Sektors“ keine Verletzung dieser Verpflichtung darstelle.<sup>351</sup> Es sollen also Diskriminierungen in der Subventionsvergabe möglich bleiben. Fraglich ist, was die Subventionierung „innerhalb des öffentlichen Sektors“ umschreibt. Dies kann wohl nicht jede Subvention, die im „Interesse der Allgemeinheit“ liegt, meinen, geht aber andererseits wohl weiter als die Finanzierung öffentlicher Unternehmen.

Diese horizontalen Vorbehalte demonstrieren neben der Sorge um die Handlungsspielräume in „sensiblen“ Dienstleistungsbereichen auch die Unsicherheit der Mitglieder hinsichtlich der Ausnahme für die „Ausübung hoheitlicher Gewalt“. Denn bei dem teilweise unterstellten weiten Verständnis der Ausnahme wären sie zu einem großen Teil überflüssig.

---

<sup>349</sup> *Cosy*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [133].

<sup>350</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

<sup>351</sup> *EC – Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/31, vom 15. April 1994: „3) None, other than for branches established in a Member State by a non-Community company. Eligibility for subsidies from the Communities or Member States may be limited to juridical persons established within the territory of a Member State or a particular geographical sub-division thereof. Unbound for subsidies for research and development. The supply of a service, or its subsidisation, within the public sector is not in breach of this commitment.“

## b.) Sektorspezifische Lösungen

Eine sektorspezifische Begrenzung wird häufig bereits über die Klassifizierung, d.h. in der Spalte vorgenommen. Der Sektor wird dabei abweichend von den Klassifizierungsvorgaben eng gefasst, um die private Dienstleistungserbringung von der staatlichen zu trennen. So ist die EU für Bildungsdienstleistungen unter Ziff. 5 Verpflichtungen für alle Stufen des Bildungssystems eingegangen, allerdings bezogen allein auf „privately funded education services“.<sup>352</sup> Unklar bleibt dabei, wie weit die private Beteiligung gehen muss.<sup>353</sup> Ganz ähnlich hat China den Sektoren „primary and secondary education“ die Qualifizierung „excluding national compulsory education“ beigefügt.<sup>354</sup> Auch bei Post- und Kurierdiensten kommt es vielfach zu Einschränkungen des Marktzugangs bereits in der Spalte, indem z.B. bei einem fortbestehenden Briefmonopol die Klassifikation so ergänzt wird, dass Briefe und Postkarten ausgenommen sind.<sup>355</sup>

Es gibt aber auch Vorbehalte, die die Klassifizierung unberührt lassen. Interessante Eingrenzungen finden sich z.B. bei Umweltdienstleistungen.<sup>356</sup> So hat Norwegen dem Sektor Umweltdienstleistungen die Erklärung vorausgestellt, dass die Verpflichtungen nicht „public service functions“ einschließen, egal ob diese von lokalen, regionalen oder zentralen Regierungsstellen besessen und betrieben oder ausgeschrieben werden.<sup>357</sup> Die Schweiz erklärt in einer Fußnote zu dem Sektor, dass nichts in der Verpflichtung so verstanden werden soll, dass es „public work function“ einschließen würde, ob diese von Gemeinden, Kantonen oder der Bundesregierung besessen und betrieben oder ausgeschrieben werden.<sup>358</sup> Da auch die Ausschreibung erfasst ist, scheint „public“ sich dabei nicht auf die Eigentumsstruktur zu beziehen, sondern auf die grundlegende Bedeutung der Dienstleistung für die Allgemeinheit.<sup>359</sup> Wenn aber gleichzeitig für Abwasser- oder Abfallbeseitigungsdienstleistungen unbeschränkte Verpflichtungen zu Marktzugang und Inländerbehandlung unternommen werden, stellt sich

---

<sup>352</sup> *EC – Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/31, vom 15. April 1994, S. 55.

<sup>353</sup> *Hartmann/Scherrer*, *The Trade Unions' Position on GATS* (2003), S. 16.

<sup>354</sup> *The People's Republic of China – Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/135, 14. Februar 2002. Siehe auch *Naidoo*, *Trade Commitments in Education Services*, *JWT* 43 (2009), S. 621 [634] zur Verpflichtungsliste Neuseelands.

<sup>355</sup> Im Einzelnen: *Smit*, *Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor* (2000), S. 60 f.

<sup>356</sup> *Türk/Ostrovsky/Speed*, *GATS and its Impact on Private Sector Participation in Water Services in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder* (2005), S. 143 [154].

<sup>357</sup> *Norway – Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/66, vom 15. April 1994: „These commitments do not include public service functions whether owned and operated or contracted out by local, regional or central government.“

<sup>358</sup> *Switzerland – Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/83, vom 15. April 1994: „Nothing in this commitment should be construed to include public work function whether owned and operated by municipalities, cantons or federal government or contracted out by them.“

<sup>359</sup> *Türk/Ostrovsky/Speed*, *GATS and its Impact on Private Sector Participation in Water Services in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder* (2005), S. 143 [154].

die Frage nach Reichweite und Inhalt der Vorbehalte bzw. der Verpflichtungen. Diese stellt sich auch, wenn Norwegen bei der Unterkategorie der Abfallbeseitigung als Einschränkung zusätzlich anführt: „For some categories of waste there exists a monopoly situation“.

Bulgarien hat in seiner ursprünglichen Verpflichtungsliste in der Sektorüberschrift zu Umweltdienstleistungen „environmental services supplied in the exercise of governmental authority“ ausgenommen.<sup>360</sup> Für diese enthält eine Fußnote eine eigene Legaldefinition, wonach hierunter Regulierungs-, Verwaltungs- und Kontrolldienste der Regierung oder örtlicher Körperschaften in Bezug auf Umweltfragen zu verstehen sind.<sup>361</sup>

## 2. Probleme dieser Art von Flexibilität

Die beschriebene „äußere“ Flexibilität im Zeitpunkt der Unterstellung unter das GATS ermöglicht das Beibehalten diverser innerstaatlicher Sonderregime. Sie bringt aber auch verschiedene Probleme mit sich.

Geschützt wird durch diese Flexibilität primär der status quo. Dementsprechend wird von Kritikern des GATS immer wieder bemängelt, dass dieses als „Einbahnstraße“ der Liberalisierung wirke. Ein Schritt zurück von den einmal gemachten Zugeständnissen sei nicht möglich.<sup>362</sup> Hierdurch werde die „normale Ebbe und Flut demokratischer Regierung“ beeinträchtigt.<sup>363</sup> Diese Beschränkung der Flexibilität im Zeitablauf ist grundsätzlich zutreffend – bei genauer Betrachtung aber weniger skandalös als vielfach unterstellt. Anzumerken ist zunächst, dass das Schaffen von Verlässlichkeit durch Verrechtlichung gerade Sinn und Zweck, der „Mehrwert“ des GATS, gewissermaßen die „raison d’être“ des Systems ist,<sup>364</sup> so wie das Wesen jedes Vertrages auch ein „Erkaufen von Verlässlichkeit“ im Verhalten der Gegenseite ist. Dies ist zugleich die Voraussetzung dafür, dass investiert wird. Durch die erschwerte Rückzugsmöglichkeit soll die Glaubwürdigkeit der Liberalisierung gesteigert und das Investitionsklima verbessert werden.<sup>365</sup> Die Verlässlichkeit ist besonders wichtig in Dienstleistungsbereichen, die hohe versunkene Kosten und Anlaufverluste mit sich bringen. Hier zeigt sich die Nähe des GATS zum Investitionsschutz.<sup>366</sup> Außerdem sieht das GATS durchaus Mechanismen für eine temporäre Flexibilität vor. Es besteht ein besonderer Neuverhandlungsme-

---

<sup>360</sup> *The Republic of Bulgaria, Schedule of Specific Commitments*, 21 May 1997, GATS/SC/122, S. 21.

<sup>361</sup> „These are regulatory, administrative and control services by government and municipal bodies related to environmental issues.“

<sup>362</sup> *Zagama*, GATS und Wasser, in: GATS und Demokratie (2001), S. 9; *Howse/Türk*, The WTO negotiations on services, *Canada Watch* 9(1-2) (2002), S. 3 [5].

<sup>363</sup> *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 40.

<sup>364</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455.

<sup>365</sup> *Smit*, Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor (2000), S. 37.

<sup>366</sup> Die Beschränkung des Spielraums späterer Regierungen durch schwer umkehrbare Entscheidungen ist in der Demokratie auch nichts völlig Besonderes, man denke nur an die Entscheidung für die Atomkraft.

chanismus in Art. XXI GATS, der einen Interessenausgleich allerdings auf Staatenebene (Reziprozität) vorsieht.<sup>367</sup> Dieser Mechanismus ist auch bei der Neuschaffung von Monopolen vorgesehen, Art. VIII:4 GATS. Er ist wohl entsprechend anzuwenden bei der Ausweitung der „services supplied in the exercise of governmental authority“ (soweit man die Ausnahmen von der innerstaatlichen Lage abhängig macht) bzw. der Schaffung neuer „public utilities“, wenn für diese – wie bei der EU – ein Vorbehalt in der Verpflichtungsliste steht.<sup>368</sup> Einen gewissen Beitrag zur temporären Flexibilität könnte auch die Zulassung von „Emergency Safeguard Measures“ (Art. X GATS) bedeuten, über die bisher noch keine Einigung erzielt wurde.<sup>369</sup> Wegen der regelmäßig parallel bestehenden Verpflichtungen aus bilateralen Investitionsschutzverträgen sind deren Möglichkeiten hinsichtlich der Erbringung in Modalität 3 aber begrenzt.<sup>370</sup>

Die Flexibilität des Positivlistenansatzes hat allerdings gegenüber einer Flexibilität oder „Ventilen“ im System dennoch erhebliche Nachteile in den Liberalisierungsverhandlungen. Unsicherheiten über die zukünftige Entwicklung führen wegen der „one time opportunity“ zur Zurückhaltung in den Verpflichtungen oder zu Exzessen in den Vorbehalten. Denn plakativ formuliert hängt das Eingehen von Verpflichtungen von der Möglichkeit ihrer Umgehung ab.<sup>371</sup> Die erklärte Herausnahme ganzer Sektoren aus der Verhandlungsmasse kann dann zu einem „Schneeball- oder Domino-Effekt“ führen, weil damit „trade offs“ verloren gehen und die Anfälligkeit gegenüber anderen protektionistischen Interessen steigt.<sup>372</sup> Hinzu kommt, dass das System der Verpflichtungslisten zu einer Kultur des „anything goes“ und zum Fehlen einer klaren „Hierarchie“ der Interventionen führt.<sup>373</sup> Dieses Fehlen „eingebauter“ Anreize,

---

<sup>367</sup> Damit wird eine Praxis des GATT hinsichtlich der gebundenen Zölle übertragen, vgl. Art. XXVIII GATT. Der Mechanismus wurde von der EU für die Anpassung der Verpflichtungslisten ihrer Neumitglieder verwendet. Im April 2003 kam es zu einer Notifizierung der EU hinsichtlich der Verpflichtungen der Neumitglieder Österreich, Finnland und Schweden, dies wurde später ausgeweitet auf weitere Neumitglieder und im September 2006 eine Einigung mit den anderen Mitgliedern erzielt. Vgl. *Mandelson*, Pressemitteilung vom 27. September 2006: Enlarged EU preserves its public services model in WTO.

<sup>368</sup> *VanDuzer*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS (2004), S. 464; skeptisch: *Adlung*, Public Services and the GATS, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455; siehe auch *Adlung*, Trade in Healthcare (2009), S. 18.

<sup>369</sup> *Sauvé*, Completing the GATS Framework, *Aussenwirtschaft* 57(3) (2002), S. 301 [307 ff.].

<sup>370</sup> *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, *JIEL* 10(2) (2007), S. 235.

<sup>371</sup> *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, WTO (2003), S. 258: „Concessions depend on the possibility of evading them.“

<sup>372</sup> *Jara/Domínguez*, Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations, *JWT* 40(1) (2006), S. 113 [120].

<sup>373</sup> *Adlung*, The (Modest) Role of the GATS, *Intereconomics* 2005, 135 [136], *Tietje*, Probleme der Liberalisierung (2005), S. 10.

von zahlenmäßigen Zugangsbeschränkungen zu Preiskontrollen oder ähnlichen Maßnahmen zu wechseln, kann zu einem „Verhandlungsdilemma“ führen.<sup>374</sup>

Problematisch ist darüber hinaus, dass die Vielzahl verschieden strukturierter und formulierter Vorbehalte erhebliche Auslegungsprobleme mit sich bringt. Die Mitglieder können nicht sicher sein, dass das von ihnen intendierte Verständnis in einem Streitverfahren anerkannt wird. Denn die „Schedules“ werden als Teil des Vertrages nach den Standards der WVK ausgelegt.<sup>375</sup> Dies bedeutet, dass nicht auf die spezifische nationale Terminologie abgestellt wird, sondern so getan wird, als sei die Verpflichtungsliste Ergebnis einer multilateralen Verhandlung.<sup>376</sup> Die „Service Sectoral Classification List“ und die „Scheduling Guidelines“ werden als ergänzendes Auslegungsmittel, Art. 32 WVK herangezogen.<sup>377</sup> Angesichts der ganz unterschiedlichen Begrifflichkeit und Struktur ist auch eine gemeinsame Scheduling-Praxis, die gemäß Art. 31 Abs. 3 b) WVK zu berücksichtigen wäre,<sup>378</sup> jedenfalls insoweit noch nicht zu sehen. Für die Mitgliedstaaten besteht zudem die Unsicherheit, ob die Ausnahmen in ihren Verpflichtungslisten noch greifen, wenn der Sektor innerstaatlich durch zunehmende Ausschreibung von Teilleistungen oder Beteiligung privater Investoren geöffnet wird.<sup>379</sup>

Im Ergebnis ist damit einerseits die Ausnahme des Art. I:3 b) GATS nur für einen engen Bereich staatlicher Tätigkeit relevant und bringt andererseits der „Wildwuchs“ individueller Regelungen in den Verpflichtungslisten erhebliche Probleme mit sich. In der Folge ist deshalb zu untersuchen, ob und inwieweit innerhalb des GATS Spielräume für verschiedene, sich evtl. im Zeitablauf ändernde Vorstellungen von der Marktstruktur einzelner Dienstleistungssektoren bleiben.

---

<sup>374</sup> Tietje, Probleme der Liberalisierung (2005), S. 10. Hinzu kommt, dass die Verhandler keine genaue Kenntnis von Art und Bedeutung der Handelsschranken haben; Mildner/Werner, Progress or Stagnation?, *Intereconomics* 2005, 158 [165]; Adlung/Roy, Turning Hills into Mountains? *JWT* 39(6) (2005), S. 1161 [1167].

<sup>375</sup> *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R vom 21. Dezember 2009, Ziff. 338 ff., 405; *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, Panel Report, WT/DS285/R vom 10. November 2004, Ziff. 6.44; Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005, Ziff. 159; *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.15.

<sup>376</sup> Krajewski, Playing by the Rules of the Game?, *LIEI* 32(4) (2005), S. 417 [422 f.]; Bigos, Contemplating GATS Art. XVIII on Additional Commitments, *JWT* 42(4) (2008), S. 723 [747].

<sup>377</sup> Andere plädieren dafür, sie als Kontext i.S.v. Art. 31 WVK zu behandeln. Ausführlich zum Ganzen: Van Damme, The Interpretation of Schedules of Commitments, *JWT* 41(1) (2007), S. 1; Leroux, Eleven Years of GATS Case Law, *JIEL* 10(4) (2007), S. 749 [757 ff.]

<sup>378</sup> Leroux, Eleven Years of GATS Case Law, *JIEL* 10(4) (2007), S. 749 [766]. Zur Möglichkeit, die Listen anderer Staaten zur Auslegung heranzuziehen auch *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R vom 21. Dezember 2009, Ziff. 382.

<sup>379</sup> Vgl. hierzu mit Beispielen *Türk/Ostrovsky/Speed*, GATS and its Impact on Private Sector Participation in Water Services in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 143 [155 ff.].

### C. „Innere“ Flexibilität des GATS: Liberalisierung oder Deregulierung?

Zu untersuchen ist, inwieweit das GATS neben der Flexibilität bei der Aufnahme von Sektoren in die Verpflichtungslisten auch „im Inneren“, d.h. bei einer – vollständigen oder bedingten – Verpflichtung flexibel ist, ob es also Disziplinen für verschiedene „Liberalisierungsstufen“ bzw. Regelungsmodelle bereithält und eine regulatorische Auswahl auf und zwischen diesen Stufen zulässt.

Relativ unumstritten ist zunächst, dass das GATS – auch bei vollständiger Verpflichtung – keine rechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Eigentumsordnung enthält. Auch ohne Parallelvorschrift zu Art. 345 AEUV (ex-Art. 295 EG) ist von der Neutralität des GATS hinsichtlich des politischen Regimes und der Eigentumsstruktur auszugehen. Dies zeigt sich z.B. in Art. VIII GATS, bei dem es auf das Eigentum an dem Monopolunternehmen nicht ankommt. Gleiches gilt für die Definition der juristischen Person in Art. XXVIII (1) GATS.<sup>380</sup> Auch Art. I:3 (b) GATS kann insoweit angeführt werden, zumindest wenn auf die konkrete Ausgestaltung im jeweiligen Staat abgestellt wird. Dieser Neutralität entsprechend geht vom GATS auch kein „Zwang zur Privatisierung“ aus.<sup>381</sup> Den Kritikern ist aber zuzugeben, dass eine Öffnung von Monopolen vorgesehen ist (Art. XVI:2 GATS), die regelmäßig mit der Privatisierung des Ex-Monopolisten einhergeht.<sup>382</sup> Dies liegt jedoch vor allem an der Annahme, dass der Staat nicht geeignet ist, Unternehmen in Märkten mit Wettbewerb zu lenken, und häufig an dem Bestreben, den Haushalt aufzubessern.<sup>383</sup> Vorstellbar ist nach dem GATS durchaus auch eine Marktöffnung mit fortbestehenden staatlichen Unternehmen, beispielsweise einer staatlichen Telefongesellschaft.<sup>384</sup> Auf der anderen Seite finden mitunter Privatisierungen ohne Liberalisierung statt, d.h. mit einer besonders problematischen Verlagerung der Mono-

---

<sup>380</sup> *Cosy*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [125, 127].

<sup>381</sup> *WTO Sekretariat*, Facts and Fiction, S. 9; kritisch: *Griehaber-Otto/Sinclair*, Return to Sender (2004), S. 71 ff.; *Krajewski*, Public interests, private rights and the “constitution” of GATS (2002), S. 21.

<sup>382</sup> *Krajewski*, Public interests, private rights and the “constitution” of GATS (2002), S. 21 f; *Türk/Ostrovsky/Speed*, GATS and its Impact on Private Sector Participation in Water Services in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 143 [151]; *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 76; *Higgott/Weber*, GATS in context: development, an evolving lex mercatoria and the Doha Agenda, *Review of International Political Economy* 12(3) (2005), S. 434 [446 ff.].

<sup>383</sup> Wobei aus letzterem Aspekt in der Praxis mitunter ein Spannungsverhältnis zwischen effektiver Liberalisierung und Privatisierung resultiert. Denn mit starken, quasi-monopolistischen Unternehmen lässt sich ein größerer Verkaufserlös erzielen, vgl. *Geradin*, Twenty years of liberalization of network industries in the European Union (2007), S. 13 f. Zu den schlechteren Marktergebnissen bei einer Privatisierung vor Liberalisierung im Vergleich zum umgekehrten Vorgehen: *Hoekman/Mattoo*, Services Trade and Growth, in: Marchetti/Roy (2008), S. 21 [48].

<sup>384</sup> Interessanterweise wurde von den USA in den aktuellen Verhandlungen für den Telekommunikationssektor als „zusätzliche Verpflichtung“ vorgeschlagen, dass keine staatliche Beteiligung an den Anbietern besteht.

polstellung auf Private.<sup>385</sup> Auch rechtstatsächlich hat das GATS bisher nicht als „Antreiber“ der Privatisierung gewirkt – tatsächlich hat sich der Staat in vielen Rechtsordnungen weiter zurückgezogen, als es die GATS-Verpflichtungen vermuten lassen.<sup>386</sup> Ein Einfluss auf die Eigentumsordnung kann sich höchstens insoweit ergeben, als dass ein Politik der „Re-Nationalisierung“ evtl. als Schmälerung bzw. Zunichtemachung von Handelsvorteilen mit der „non-violation complaint“ angreifbar ist.<sup>387</sup> Anders als im Investitionsschutz würden hieraus jedoch keine direkten Entschädigungsansprüche für „enteignete“ Unternehmen folgen.<sup>388</sup>

Problematischer und weniger eindeutig zu beantworten ist die Frage, inwieweit das GATS eine bestimmte Wirtschaftsordnung und eine bestimmte Marktstruktur vorgibt oder anstrebt. Diese Frage lässt sich auch dahingehend formulieren, ob das GATS allein auf Nichtdiskriminierung und die Reduzierung spezifischer Handelsbarrieren zielt oder aber auf eine weitergehende Deregulierung und Umgestaltung der mitgliedstaatlichen Ordnung.<sup>389</sup> Hintergrund dieser Überlegung ist der Prozess regulatorischer Reformen, der seit den achtziger Jahren in den meisten Industrieländern stattfand und zu einem deutlichen Absenken der Regulierungsintensität geführt hat (hierzu unter I.).

Das GATS ist auch aus dieser Erfahrung heraus entstanden, so dass die Vermutung nahe liegt, dass seine Regeln von ihr geprägt wurden. Festzustellen ist im Ausgangspunkt aber, dass das GATS keine Vorschrift enthält, die umfassend Marktzugang gewährt, d.h. keine Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit als solches.<sup>390</sup> Das „Marktöffnungskonzept“ ist vielmehr ausdifferenziert in verschiedene Einzelregeln. Diese ergeben in ihrer Gesamtheit ein ambivalentes Bild.<sup>391</sup> So scheint im GATS ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen einer „reinen“ Liberalisierung und einem partiellen Zwang zur Deregulierung angelegt. Dies ist u.a. in der Entscheidung „US-Gambling“ und der folgenden Diskussion deutlich geworden. Die „reine Liberalisierung“ soll dabei eine Marktöffnung in Abhängigkeit von der internen Regulie-

---

<sup>385</sup> Beispiele bei *Mattoo*, *Dealing with Monopolies and State Enterprises* (1997), S. 7.

<sup>386</sup> *Jelitto*, *Das GATS und öffentliche Dienstleistungen in: Lange* (2004), S. 49.

<sup>387</sup> Eine „Re-Monopolisierung“ würde jedenfalls entsprechende Marktzugangspflichten, Art. XVI:2 a) GATS, verletzen; *Krajewski*, *Public interests, private rights and the “constitution” of GATS* (2002), S. 22 f.

<sup>388</sup> *Cossy*, *Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder* (2005), S. 117 [139].

<sup>389</sup> Generell besteht über die Funktion und Zielrichtung der WTO, die als „Leitstern“ für die Auslegung durchaus eine Rolle spielen könnten, keine Einigkeit. Häufig wird nur recht pauschal auf den „Freihandel“ oder die „Handelsliberalisierung“, teilweise aber auch auf die „Marktintegration“ verwiesen, wobei unter diesen Schlagworten im Einzelnen verschiedenes verstanden wird. Vgl. *Gaedtke*, *Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht* (2006), S. 23 ff. Zum Spannungsverhältnis zwischen Handelsliberalisierung und Marktintegration/Deregulierung unter dem GATT, vgl. auch *Duvigneau*, *Handelsliberalisierung und Marktintegration* (2005).

<sup>390</sup> *Krajewski*, *Public interests, private rights and the “constitution” of GATS* (2002), S. 24.

<sup>391</sup> *Krajewski*, *National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 59 spricht vom „hybriden Charakter“ des GATS, da dieses einerseits nur auf Nichtdiskriminierung und die Reduzierung von Handelsbarri-

nung oder Deregulierung beschreiben. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass kein Zwang zu einem bestimmten Regulierungsmodell oder zu einer bestimmten Regulierungstiefe besteht. Wichtigstes Instrument, das dies auch deutlich verkörpert ist der Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Er verlangt nicht mehr als die Gleichbehandlung auf der Regulierungsebene, die gewählt wurde. Auch neue Regulierung bleibt möglich. Insoweit lässt sich durchaus vertreten, dass das GATS nicht auf Deregulierung, sondern allein auf die Liberalisierung des Handels zielt.<sup>392</sup>

Auf der anderen Seite besteht jedoch ein gewisser, durch das System der Positivlisten abgeschwächter Druck zur Umgestaltung der Marktstruktur. Denn Art. XVI GATS enthält „absolute“ Vorgaben im Sinne von per se-Verboten bestimmter innerstaatlicher Maßnahmen, die nur durch die Möglichkeit von Vorbehalten relativiert werden. Insoweit existiert die oben geschilderte Flexibilität in nur eine Richtung. Dies spricht für eine Ausrichtung des GATS auf eine bestimmte, marktwirtschaftliche Ordnung. Monopole bleiben zwar möglich, durch das System der Verpflichtungslisten und der progressiven Liberalisierung wird aber ersichtlich, dass ihre sukzessive Abschaffung erwünscht ist. Insoweit ist doch eine gewisse Hierarchie der gewünschten Intervention vorgegeben (hierzu unter II.).

Auch lässt das Gebot der Inländerbehandlung, Art. XVII GATS, zwar verschiedene Regelungsmodelle zu, die konkrete Eingriffsintensität hängt aber von dem Verständnis und Prüfmaßstab ab. Dies gilt auch für den „necessity test“, wie ihn Art. VI GATS vorsieht. Er ist zunächst ein typisches Instrument der Liberalisierung.<sup>393</sup> Je nachdem wie streng die Prüfung der „Erforderlichkeit“ ausfällt, d.h. welche Mittel als gleich geeignet und zumutbar angesehen werden, kann es jedoch über die bloße Beseitigung überschießender protektionistischer Elemente hinausgehen und zur „Umgestaltung“ des innerstaatlichen Regelungsrahmens führen (hierzu unter III.).

Hintergrund der ambivalenten Beziehung des GATS zur innerstaatlichen Marktstruktur dürfte sein, dass sich die Unterscheidung zwischen Marktzugang (Liberalisierung, Abbau von Zugangsschranken, Verbote) und innerstaatlicher Regulierung (grds. bloß Diskriminierungsverbot), wie sie aus dem GATT bekannt ist, nicht einfach auf das GATS übertragen lässt. Die innerstaatliche Regulierung stellt vielfach zugleich das wichtigste Marktzugangshindernis dar. Der ambivalente Charakter führt auch dazu und wird dadurch verstärkt, dass zentrale Fragen

---

eren zielt (und das Recht auf Regulierung achtet), andererseits aber auch auf Marktzugang und innerstaatliche Regulierung.

<sup>392</sup> Hartridge, Services trade and globalisation in: Cuadrado-Roura/Rubalcaba-Bermejo/Bryson (2002), S. 193 [198].

<sup>393</sup> Krajewski, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 7.

der Struktur des GATS noch ungeklärt sind. Dies beginnt bei der Reichweite der Marktzugangsverpflichtungen, betrifft aber auch die zentrale Frage des Verhältnisses zwischen Marktzugang und Inländerbehandlung sowie das Verhältnis zwischen der „de facto“-Diskriminierung und Art. VI GATS.

Wenn das GATS in der Tendenz auf eine bestimmte, offene Marktstruktur und den Abbau staatlicher Monopole zielt, stellt sich die Frage, inwieweit es sich mit den für solche Märkte typischen Eingriffs- und Regulierungsinstrumenten befasst. Angesprochen ist die Anreiz- und Wettbewerbsregulierung, deren Gegenstände insbesondere die Gewährung finanzieller Beihilfen, die Vergabe staatlicher Aufträge und die Begrenzung privater Marktmacht sind. Hierzu sind im GATS nur allererste Ansätze zu finden (hierzu unter IV.).

### **I. Verringerung der Regulierungsdichte: Von der Zugangs- zur Verhaltens- und Anreizregulierung**

Seit den achtziger Jahren fand in den Industrieländern eine deutliche Umgestaltung der Regulierung entscheidender Dienstleistungssektoren statt. Dieser „regulatorische Reformprozess“ war und ist gekennzeichnet durch ein stärkeres Vertrauen auf Marktkräfte und einen geringeren Grad staatlicher Intervention.<sup>394</sup> Eine besonders wichtige Rolle spielte die Liberalisierung von Netzwerkindustrien, die in den USA bereits in den 70er Jahren begann, dann auch in Großbritannien und seit Ende der 80er Jahre als zentrale Politik der Europäischen Kommission verfolgt wurde.<sup>395</sup> Als Gründe für diese Entwicklung werden ein besseres ökonomisches Verständnis, insbesondere die Erkenntnis, dass die Begründung wettbewerblicher Ausnahmereiche über die Theorie des „natürlichen Monopols“ nur in Teilen trägt, neue technische Möglichkeiten bei gleichzeitiger Unzufriedenheit von Industriekunden mit der Leistung der bisherigen Monopolisten aber auch veränderte politische Vorstellungen genannt.<sup>396</sup> Die entscheidenden Weichenstellungen wurden und werden dabei auf nationaler bzw. europäischer Ebene getroffen. Das GATS war und ist in diesem andauernden Prozess im besten Fall ein begleitendes Instrument.<sup>397</sup>

---

<sup>394</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 36. Einen Überblick über die OECD-Staaten gibt *Nicoletti*, Regulation in Services: OECD Patterns and Economic Implications (2001).

<sup>395</sup> *Geradin*, Twenty years of liberalization of network industries in the European Union (2007), S. 1.

<sup>396</sup> *Geradin*, Twenty years of liberalization of network industries in the European Union (2007), S. 3; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 38. Zu den veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen im Telekommunikationssektor: *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 39 ff.

<sup>397</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

Gekennzeichnet ist der Reformprozess durch ein Absenken der Regulierungsintensität.<sup>398</sup> Staatliche Regulierung lässt sich nach dem Grad der Intervention einteilen in Zugangsregulierung – mit dem extremsten Fall des staatlichen Monopols – Verhaltensregulierung und Anreizregulierung.<sup>399</sup> In den betroffenen Dienstleistungssektoren wurde die direkte staatliche Einflussnahme, insbesondere über staatliche Monopolunternehmen oder eine enge Regulierung, zurückgenommen. An ihre Stelle trat eine „leichte“ Regulierung, die zunächst auf Märkte setzt, diese schützt, teilweise auch erst schafft und, wo erforderlich, mit Anreizen lenkt. Diese Beschränkung des Staats auf die Rahmensetzung soll die Effizienz der Dienstleistungserbringung steigern, erhöht aber auch die Anforderungen an die Administration. Mit ihr werden die Unternehmen, insbesondere die etablierten ehemaligen Monopolunternehmen, zu entscheidenden Akteuren. Erforderlich werden zusätzliche Regeln zur Schaffung und Sicherung von Wettbewerbsstrukturen (Netzzugang, Verhinderung von Quersubventionierung), zur Gewährleistung der Erbringung bestimmter Dienstleistungen im öffentlichen Interesse und zur Aufsicht durch unabhängige Regulierungsinstanzen.<sup>400</sup>

## **II. Art. XVI GATS als Mindeststandard der Marktöffnung bzw. „Bestreibarkeit“**

Als Beleg für die im Sinne einer Umgestaltung der internen Marktstruktur deregulierende Zielrichtung des GATS wird vor allen Dingen Art. XVI GATS angeführt. Nach Art. XVI:1 GATS gewähren die Mitglieder Marktzugang nach Maßgabe ihrer Liste spezifischer Verpflichtungen. Nach Art. XVI:2 GATS sind bei einer nicht qualifizierten Marktzugangspflicht eine Reihe staatlicher Maßnahmen per se verboten. Die dort aufgeführten Marktzugangsschranken dürfen nur aufrechterhalten werden, wenn sie in der mitgliedstaatlichen Liste ausdrücklich vorbehalten sind. Dazu gehören Beschränkungen der Anzahl der Dienstleistungserbringer in Form von Quoten, Monopolen oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung, Beschränkungen des Gesamtwerts der Dienstleistungsgeschäfte, Beschränkungen der Gesamtzahl oder des Gesamtvolumens erbrachter Dienstleistungen aber auch Vorgaben bestimmter Unternehmensformen oder Obergrenzen für die Beteiligung ausländischen Kapitals.<sup>401</sup> Die Vorschrift stellt dabei ihrem Wortlaut nach nicht auf eine Benachteiligung ausländischer Anbieter ab und wird allgemein so verstanden, dass sie – mit Ausnahme der letzten Fallgruppe – diskriminierende und nicht-diskriminierende Marktzugangs-

---

<sup>398</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 38.

<sup>399</sup> In Anlehnung an *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 34 ff.

<sup>400</sup> Einen Überblick bietet *Geradin*, The Opening of State Monopolies to Competition, in: *Geradin* (2000), S. 181.

<sup>401</sup> Zu Art. XVI GATS: *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 81 ff.; *Delimatsis/Molinuevo*, Art. XVI GATS, in: *Wolfrum et al.* (2008), S. 367.

schränken gleichermaßen erfassen kann.<sup>402</sup> Die erfassten Schranken sind – mit Ausnahme des Art. XVI:2 lit. e) GATS – quantitativer Natur. Es handelt sich um mengenmäßige Beschränkungen, insbesondere zahlenmäßige Obergrenzen.

### **1. Der besondere Charakter des Art. XVI GATS, insbesondere im Vergleich zum GATT**

Auf den ersten Blick erscheint Art. XVI GATS damit als „Mindeststandard“ der Marktöffnung vergleichbar dem Verbot quantitativer Beschränkungen und den gebundenen Zollsätzen unter dem GATT.<sup>403</sup> Vorgeschrieben wird jeweils eine Mindestöffnung, die dann um das Prinzip der Nichtdiskriminierung ergänzt wird. Die Zolllisten des GATT können denn auch als direktes Vorbild der „specific commitments“ des GATS angesehen werden.

Es besteht aber ein entscheidender Unterschied in der Reichweite. Das GATT will im Ausgangspunkt nur „gleiche“ Wettbewerbsbedingungen herstellen. Sein „shallow integration“-Ansatz ist im Kern einer der Beseitigung von Diskriminierungen gegen Ausländer. Dieser beinhaltet das Verbot bzw. die Reduzierung von Marktzugangsschranken als „reine Handelsmaßnahmen“, deren protektionistische Zielrichtung unterstellt werden kann, und eine Beschränkung auf das Gebot der Inländerbehandlung für innerstaatliche Maßnahmen, die aus verschiedensten legitimen Gründen ergangen sein können.<sup>404</sup> Ein diskriminierungsfreies internes Verbot einer bestimmten Ware (aus produktbezogenen Gründen, z.B. ein absolutes Alkoholverbot) ist unproblematisch, auch wenn es zu einem Importverbot führt (solange nicht andere „like products“ erlaubt sind).<sup>405</sup> Art. XVI GATS hingegen betrifft auch interne Regulierung, die nicht diskriminierend und in ihrer Zielrichtung nicht einmal zwingend protektionistisch ist.<sup>406</sup> Die Vorschrift führt deshalb dazu, dass das GATS über eine „negative Integration“ hinausgeht.<sup>407</sup> Im Gegensatz zu den innerstaatlichen Maßnahmen des Art. XVI GATS können Zölle und Quoten, Art. II und XI GATT, als diskriminierend angesehen werden, weil sie nur ausländische Anbieter treffen. Im GATT sind „border measures“ und Inländerbehandlung letztlich nur zwei Seiten einer Medaille: So wie Grenzmaßnahmen per se diskriminierend sind, können innerstaatliche Diskriminierungen als „Neuerrichtung“ einer Grenze im

---

<sup>402</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 82. So auch die Scheduling Guidelines, § 8.

<sup>403</sup> Wobei quantitative Beschränkungen im Dienstleistungshandel insgesamt weniger wichtig sind. Bezüglich der Modalitäten 1 und 2 sind sie kaum praktikabel. Vgl. *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235 [249].

<sup>404</sup> Einem strengeren Maßstab wurden die innerstaatlichen Maßnahmen erst mit dem SPS- und TBT-Abkommen unterworfen; vgl. *Pauwelyn*, Rien ne va plus?, WTR 4(2) (2005), S. 131 [134 f.].

<sup>405</sup> Panel Report, *EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, angenommen am 5. April 2001, Ziff. 8.91 ff.; *Pauwelyn*, Rien ne va plus?, WTR 4(2) (2005), S. 131 [144].

<sup>406</sup> Vgl. auch *Krajewski*, Services Trade Liberalisation and Regulation, in: Herrmann/Terhechte (2010), S. 153 [162].

<sup>407</sup> *Mavroidis*, Highway XVI re-visited, WTR 6(1) (2007), S. 1.

Innen angesehen werden. Art. XVI GATS geht über den Gedanken der gleichen Wettbewerbsbedingungen hinaus. Besonders deutlich wird dies bei der Verpflichtung zur Beseitigung öffentlicher Monopole, die im deutlichen Gegensatz zum GATT steht.<sup>408</sup>

Über die ratio der Vorschrift lässt sich mangels eindeutiger Hinweise aus der Verhandlungsgeschichte nur spekulieren. Je nach Blickwinkel kann man sie so verstehen, dass es den Schaffern des GATS um eine wettbewerbliche Umgestaltung der internen Ordnung in Folge „neoliberalen Gedankenguts“ ging<sup>409</sup> oder dass sie die Vorstellung hatten, dass es für die dort verbotenen Regelungsstrukturen regelmäßig keinen qualitativen (guten) Grund gibt.<sup>410</sup> Angeblich soll noch bei Abschluss der Verhandlung kein Einvernehmen über die Rechtsnatur und den genauen Inhalt der Vorschrift bestanden haben.<sup>411</sup>

## 2. Der Fall „US-Gambling“

Die Problematik dieses per se-Verbotes bestimmter nicht-diskriminierender innerstaatlicher Maßnahmen zeigte sich in den Entscheidungen im Fall „US – Gambling“.<sup>412</sup> Diese betrafen das US-amerikanische Verbot von Online-Glücksspielen, eine (überwiegend) nichtdiskriminierende innerstaatliche Maßnahme in Verfolgung legitimer Politikziele. Die von Panel und Appellate Body vorgenommen Einordnung dieser Maßnahme in die Struktur des GATS führte zu teils sehr kritischen Reaktionen, die zeigen, dass selbst grundlegende systematische Fragen des GATS noch nicht geklärt sind.<sup>413</sup>

Das streitgegenständliche Verbot umfasste die „Fernerbringung“ („remote supply“) von Glücksspielen und Wetten und sollte dem Schutz von Minderjährigen und Spielsüchtigen sowie der Eindämmung der Geldwäsche und des Betrugs dienen. Es führte zu einer Beschwerde des karibischen Inselstaates Antigua und Barbuda, wo sich Glücksspielanbieter niedergelassen haben, die mit Online-Sportwetten u.ä. auf den amerikanischen Markt zielen. Eine zentra-

---

<sup>408</sup> Luff, Multilateral Trade Issues and Liberalization, in: Geradin (2000), S. 331 [348].

<sup>409</sup> Krajewski, Playing by the Rules of the Game?, LIEI 32(4) (2005), S. 417 [430 f.] verweist auf das Lobbying großer US-amerikanischer Dienstleistungsanbieter für Marktzugang jenseits bloßer Nichtdiskriminierung und darauf, dass die Reagan-Regierung im Rahmen der damaligen Liberalisierungs- und Deregulierungs-Agenda überzeugt war, dass innerstaatliche Umbrüche erforderlich sind, um die Marktzugangswünsche Wirklichkeit werden zu lassen.

<sup>410</sup> Ortino, Treaty Interpretation and US-Gambling, JIEL 9(1) (2006), S. 117 [142].

<sup>411</sup> Mavroidis, Highway XVI re-visited, WTR 6(1) (2007), S. 1 [2].

<sup>412</sup> United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling), Panel Report, WT/DS285/R vom 10. November 2004; Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005.

<sup>413</sup> Kritisch zu der Entscheidung: Ortino, Treaty Interpretation and US-Gambling, JIEL 9(1) (2006), S. 117; Pauwelyn, Rien ne va plus?, WTR 4(2) (2005), S. 131; Krajewski, Playing by the Rules of the Game?, LIEI 32(4) (2005), S. 417; die Entscheidung verteidigend: Delimatsis, Don't Gamble with GATS, JWT 40(6) (2006), S. 1059; Van Den Hende, GATS Article XVI and national regulatory sovereignty, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 93; Wunsch-Vincent, The Internet, cross-border trade in services, and the GATS, WTR 5(3) (2006), S. 319.

le Frage des Falles war, ob das Verbot eine Maßnahme darstellt, die bei einer unbedingten Verpflichtung auf Marktzugang nach Art. XVI:2 GATS nicht aufrechterhalten werden darf.

Panel und Appellate Body bestätigten in ihren Berichten zunächst, dass Art. XVI:2 GATS eine abschließende Liste verbotener Maßnahmen enthält.<sup>414</sup> Der Appellate Body stellte ausdrücklich klar, dass es nicht ausreicht, dass eine Maßnahme den gleichen Effekt habe. Allerdings – und hierin liegt die entscheidende Weichenstellung des Falles – sollen auch „limitations amounting to a zero quota“ quantitative Beschränkungen sein, die in den Regelungsbe- reich des Art. XVI:2 (a) GATS fallen. Es komme nicht auf die Form, insbesondere eine zahlenmäßige Bestimmung, sondern auf die quantitative „Natur“ der Maßnahme an. Bei dem Verbot des „remote supply“ handele es sich der Natur nach um eine solche unzulässige „zero quota“.<sup>415</sup>

An dieser Auslegung hat sich die Diskussion entzündet, ob der Appellate Body damit nicht letztlich doch den bloß quantitativen Effekt einer innerstaatlichen Regulierung ausreichen lässt, mit der Folge, dass die entsprechende Regelung einem per se Verbot unterfällt.<sup>416</sup> So wird argumentiert, dass es sich bei den streitbefangenen Vorschriften um innerstaatliche Re- gelungen handele, die festlegen, wie (!) Glücksspiel erbracht werden darf.<sup>417</sup> Auch wird auf das Bestehen „guter Gründe“ für die innerstaatliche Politik verwiesen.<sup>418</sup>

Der Kritik kann aber vorgehalten werden, dass sie sich zu sehr an Kategorien des GATT ori- entiert. Der Dienstleistungshandel und das GATS sind für eine klare Abgrenzung zwischen „Grenzmaßnahmen“ und innerstaatlicher Regulierung zu komplex.<sup>419</sup> Bei einem „prakti- schen“ Verständnis des Art. XVI GATS soll dieser Maßnahmen erfassen, die es ausländi- schen Anbietern ohne weiteres, d.h. ohne dass es auf ihre Qualifikation u.ä. ankommt, unmög- lich machen, solche Dienste anzubieten.<sup>420</sup> Nach der Struktur der Vorschrift kommt es dabei

---

<sup>414</sup> So bereits *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 84, 89. Der Appel- late Body (Ziff. 256 des Reports) hat sich nicht ausdrücklich dazu geäußert, so dass eine gewisse Unsicherheit bleibt, vgl. *Leroux*, Eleven Years of GATS Case Law, JIEL 10(4) (2007), S. 749 [769 ff.].

<sup>415</sup> Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Bet- ting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005, Ziff. 232, 238.

<sup>416</sup> So die Kritik von *Pauwelyn*, Rien ne va plus?, WTR 4(2) (2005), S. 131 [164 ff.].

<sup>417</sup> *Pauwelyn*, Rien ne va plus?, WTR 4(2) (2005), S. 131 [162]; kritisch zu dieser Charakterisierung der Rege- lung: *Van Den Hende*, GATS Article XVI and national regulatory sovereignty, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 93 [100 f.].

<sup>418</sup> Vgl. *Leroux*, Eleven Years of GATS Case Law, JIEL 10(4) (2007), S. 749 [774 ff.], der vorschlägt, schon bei der Bestimmung, ob eine „zero quota“ im Sinne des Art. XVI:2 GATS vorliegt, auf den (legitimen oder protektionistischen) Zweck der Maßnahme abzustellen.

<sup>419</sup> *Van Den Hende*, GATS Article XVI and national regulatory sovereignty, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 93 [98 ff.]; ähnl. *Tietje*, Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels (2005), S. 15.

<sup>420</sup> *Van Den Hende*, GATS Article XVI and national regulatory sovereignty, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 93 [107 f.].

auf das Bestehen guter Gründe gerade nicht an. Auch für andere quantitative Beschränkungen kann es im Einzelfall gute (qualitative) Gründe geben. Unklar bleibt nach der Entscheidung allerdings, wie eine zu große Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. XVI GATS vermieden werden kann. So muss sich der Appellate Body fragen lassen, wo der Unterschied zwischen der verwendeten Formulierung „amounting to“ oder „is equivalent to“ einerseits und dem verworfenen „has the effect of“ andererseits liegt.<sup>421</sup>

### 3. Art. XVI GATS als „Fremdkörper“?

In vielen Kommentaren zu „US-Gambling“ scheint durch, dass Art. XVI GATS wegen seines absoluten Charakters als „Bruch“ oder als „Fremdkörper“ angesehen wird. Vereinzelt wurde deshalb sogar der Versuch unternommen, Art. XVI GATS in ein spezielles (Mindest-) Verbot bestimmter diskriminierender Maßnahmen umzudeuten.<sup>422</sup> Dieser Ansicht nach soll es sich bei Art. XVI GATS nur um einen Art. XVII GATS nachgelagerten Mindeststandard für ausländische Anbieter handeln, der allein beim Fehlen von Verpflichtungen zur Inländerbehandlung Relevanz erhält. Argumentiert wird damit, dass die Verpflichtung in Art. XVI:1 GATS ihrem Wortlaut nach nur gegenüber Diensten und Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten bestehe. Auch – und das ist hier von besonderem Interesse – würde mit einem solchen Verständnis der Charakter des GATS als Instrument der negativen Integration gewahrt, d.h. als ein Abkommen, das zwar Diskriminierung beseitigen, nicht aber „deregulieren“ soll.<sup>423</sup>

Eine solche Neuinterpretation des Art. XVI:1 GATS überzeugt aber bereits aus systematischen Erwägungen nicht. Sie hätte zur Folge, dass alle mit Art. XVI GATS unvereinbaren Maßnahmen auch mit Art. XVII GATS unvereinbar wären. Die formale Regel des Art. XX:2 GATS würde nur noch wenig Sinn ergeben.<sup>424</sup> Fraglich ist auch, wie es zu bewerten wäre, wenn ein Staat volle Inländerbehandlung gewährt und zugleich Maßnahmen i.S.d. Art. XVI:2 GATS (z.B. eine wirtschaftliche Bedürfnisprüfung) vorbehalten hat. Dies ist nach der Logik der Verpflichtungslisten durchaus möglich – wäre bei der vorgeschlagenen Auslegung aber widersprüchlich. Auch ist beispielsweise ein diskriminierendes Monopol (nur für Ausländer) schwer vorstellbar oder zumindest nicht der Regelfall.

Andere Kommentatoren setzen auf die künftige Praxis. Sie machen geltend, dass Verhandlungen, die sich zu sehr um den den Marktzugang drehen, den regulatorischen Gesamtzusam-

---

<sup>421</sup> Dies räumt auch *Delimatsis*, Don't Gamble with GATS, JWT 40(6) (2006), S. 1059 [FN 49] ein.

<sup>422</sup> *Mavroidis*, Highway XVI re-visited, WTR 6(1) (2007), S. 1.

<sup>423</sup> *Mavroidis*, Highway XVI re-visited, WTR 6(1) (2007), S. 1 [10 ff.].

<sup>424</sup> Art. XX:2 GATS sieht vor, dass Maßnahmen, die sowohl mit Art. XVI GATS als auch mit Art. XVII GATS nicht vereinbar sind, in der Verpflichtungsliste in die für Art. XVI GATS vorgesehene Spalte eingetragen wer-

menhang vernachlässigen würden. Stattdessen solle man sich auf das Prinzip der Nichtdiskriminierung konzentrieren. Hiermit würde ein fairer Ausgleich zwischen Regelungsfreiheit und Liberalisierung erreicht. Auch würden die Gefahr unvorhersehbarer Verpflichtungen wegen unklarer Normen reduziert und damit letztlich mehr Verpflichtungen erreicht.<sup>425</sup>

Es ist aber fraglich, ob Art. XVI GATS tatsächlich so systemwidrig ist, wie es diese Versuche der Einhegung nahelegen. Die Norm kann auch als Reaktion auf faktischen Protektionismus und Diskriminierungen zu Gunsten lokaler Altsassen und als Antwort auf die Schwierigkeiten bei der Analyse von de facto-Diskriminierungen verstanden werden.<sup>426</sup> Denn zahlenmäßige Beschränkungen führen häufig zu einer faktischen Benachteiligung ausländischer Anbieter, da die etablierten Anbieter in der Regel einheimische sind, zu deren Gunsten die Wettbewerbsbedingungen damit verändert werden.<sup>427</sup> So ist eine Beschränkung auf fünf neue Banken offensichtlicher Protektionismus zugunsten der bestehenden Banken.<sup>428</sup> Solche quantitativen Maßnahmen sind in der Regel auch nicht erforderlich, um spezifische nicht-ökonomische Politikziele zu erreichen. Vielfach käme es damit zum gleichen Resultat, wenn auf diese Restriktionen eine Erforderlichkeitsprüfung („necessity test“) angewendet würde, wie in Art. VI:4 GATS für Qualifikationserfordernisse und –verfahren, technische Normen und Zulassungserfordernisse statuiert.

Dementsprechend kann Art. XVI GATS auch so interpretiert werden, dass er die Prinzipien der Nichtdiskriminierung und Notwendigkeit ergänzt, da diese als nicht ausreichend angesehen wurden, um protektionistische Elemente innerstaatlicher Regulierung zu beseitigen. Es bleibt allerdings dabei, dass auch ein Monopol oder ein Kompletterbot, für das es im Einzelfall doch „gute Gründe“ gibt, zunächst dem Verbot des Art. XVI:2 GATS unterfällt bzw. dies nur über die „äußere Flexibilität“ der Verpflichtungslisten verhindert werden kann.

### **III. Sonstige Zugangs- und Verhaltensregulierung zwischen Inländerbehandlung und „necessity“-Test**

Während die rein quantitative Zugangsregulierung von Art. XVI GATS i.V.m. den jeweiligen Verpflichtungslisten erfasst wird, ist das zentrale Prinzip für qualitative Zugangs- und Verhaltensregeln die Inländerbehandlung, Art. XVII GATS (hierzu unter 1.). Es wird verstärkt durch

---

den. Die Vorschrift geht ersichtlich davon aus, dass nicht alle nach Art. XVI GATS unzulässige Maßnahmen zugleich Art. XVII GATS unterfallen.

<sup>425</sup> *Mattoo*, Services in a Development Round, JWT 39(6) (2005), S. 1223 [1224].

<sup>426</sup> Kritisch zu diesem Argument *Mavroidis*, Highway XVI re-visited, WTR 6(1) (2007), S. 1 [14].

<sup>427</sup> *Van Den Hende*, GATS Article XVI and national regulatory sovereignty, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 93 [102]; *Ortino*, Treaty Interpretation and US-Gambling, JIEL 9(1) (2006), S. 117 [142, FN 82].

<sup>428</sup> *Pauwelyn*, Rien ne va plus?, WTR 4(2) (2005), S. 131 [154].

die Einführung einer Erforderlichkeitsprüfung („necessity test“) in Art. VI:4, 5 GATS (hierzu unter 2.). Daneben mag zukünftig die Anerkennung von Qualifikationen eine Rolle spielen, für die Art. VII GATS Regeln vorgibt, ohne allerdings selbst eine solche Anerkennung zu verlangen.

### **1. Art. XVII GATS, Inländerbehandlung**

Nach Art. XVII:1 GATS ist hinsichtlich der in der Liste aufgeführten Sektoren und vorbehaltlich der darin festgeschriebenen Einschränkungen den Dienstleistungen und den Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger günstig ist, als die, die den eigenen gleichen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern gewährt wird.<sup>429</sup>

Die Inländerbehandlung ist ein im internationalen Handelsrecht seit Jahrzehnten verwendetes und erprobtes Konzept. Dennoch hat die Anwendung im Einzelfall schon im Bereich des GATT mitunter erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Für das GATS sind der genaue Prüfmaßstab und damit einhergehend die Reichweite dieses Diskriminierungsverbotes – auch mangels Entscheidungspraxis – noch erheblich unklarer und umstrittener.<sup>430</sup>

#### **a.) Das allgemeine Problem des Prüfmaßstabs**

Wichtiger Ausgangspunkt ist nach der Praxis der Streitbeilegungsorgane, wie weit die Gruppe der „gleichen“ Dienstleistungen und Erbringer zu fassen ist, d.h. wie der Begriff der „likeness“ zu verstehen ist.<sup>431</sup> Hier herrscht weitgehend Einigkeit, dass die für das GATT entwickelten Kriterien teilweise übertragbar sind. So kann auch bei Dienstleistungen auf die Endverwendungsmöglichkeiten sowie auf Verbrauchergeschmack und –gewohnheiten abgestellt werden. Diese können durch Hilfsmittel wie die Kreuzpreiselastizität der Nachfrage festgestellt werden.<sup>432</sup> Wenn bei Waren auf die Zolltarifklassifikation abgestellt wird, kann die im Dienstleistungssektor vielfach unscharfe und sehr grobe Klassifikation evtl. in dem Sinne als

---

<sup>429</sup> „In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any condition and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.“

<sup>430</sup> Zu Art. XVII GATS: *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 95 ff.; *Zdouc*, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS, in: Ortino/Petersmann (2004), S. 381 ff.

<sup>431</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 97 ff.; *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006).

<sup>432</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 98 ff.; *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 21 ff.; *Mattoo*, National Treatment in the GATS, 31(1) JWT (1997), S. 107 [128].

Negativmerkmal herangezogen werden, dass bei verschiedenen Kategorien eine starke Vermutung dafür besteht, dass zwei Dienstleistungen ungleich sind.<sup>433</sup>

Fraglich und umstritten ist, ob innerhalb dieser regelmäßig relativ großen Gruppe der a priori gleichen Dienstleistungen und Anbieter weiter zu differenzieren ist. Teilweise wird angenommen, dass bei Dienstleistungen im Rahmen der Bestimmung der „likeness“ auch Regelungsziele und Aspekte des Regelungszusammenhangs Berücksichtigung finden müssen. Dem nationalen Gesetzgeber müssten weitere regulatorische Unterscheidungen zugebilligt werden, die auf Unterschieden in der Dienstleistung aber nicht notwendig auf den oben genannten Kriterien beruhen.<sup>434</sup> Es wäre danach zu berücksichtigen, ob es legitime Gründe einer nationalen Politik für die Unterscheidung gibt.<sup>435</sup> Dies würde eine Einbeziehung der Ziele und Wirkungen („aims and effects“) in die Prüfung der Gleichheit bedeuten, die der Appellate Body noch in der „EC-Bananas“-Entscheidung ausdrücklich abgelehnt hat.<sup>436</sup>

Von den Vertretern dieser Ansicht wird allerdings gesehen, dass mit der Zulassung beliebiger regulatorischer Unterscheidungen das Gebot der Inländerbehandlung praktisch ausgehebelt würde. Deshalb sollen nur solche regulatorische Unterscheidungen berücksichtigt werden, die sachlich gerechtfertigt, also erforderlich sind.<sup>437</sup> Dies liefe auf die Einführung eines „necessity“-Tests im Rahmen der Diskriminierungsprüfung hinaus: Wenn es keine legitimen Politikgründe für die Unterscheidung gibt bzw. sie die Differenzierung nicht rechtfertigen, liegen gleiche Sachverhalte („likeness“) vor. Die Annahme einer Schlechterstellung („less favourable treatment“) wird dann meist unproblematisch folgen. Deshalb kann diese Ansicht umgekehrt so verstanden werden, dass jede differenzierende Maßnahme in der (großen) Gruppe der a priori gleichen Dienstleistungen, die belastender ist als erforderlich, um ein bestimmtes Regelungsziel zu erreichen, eine de facto-Diskriminierung darstellt.<sup>438</sup> Daraus könnte eine Ausweitung der Inländerbehandlung in Richtung eines Beschränkungsverbot und ein Übergreifen in den Regelungsbereich des Art. VI:4 GATS folgen.<sup>439</sup>

---

<sup>433</sup> *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 18; *Mattoo*, National Treatment in the GATS, JWT 31(1) (1997), S. 107 [128].

<sup>434</sup> *Mattoo*, National Treatment in the GATS, JWT 31(1) (1997), S. 107 [128]; *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 38 ff., die allerdings offen lässt, ob dies auf Ebene von ‘likeness’ oder von ‘less favorable treatment’ geschehen soll [S. 40].

<sup>435</sup> *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 24 ff.; siehe auch *Leroux*, Eleven Years of GATS Case Law, JIEL 10(4) (2007), S. 749 [780 ff.]; Überblick bei *Krajewski/Engelke*, Art. XVII GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 53 ff.

<sup>436</sup> Report of the Appellate Body, *EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R vom 9. September 1997, Rn. 241.

<sup>437</sup> *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 41 ff.

<sup>438</sup> *Mattoo*, National Treatment in the GATS, 31(1) JWT (1997), S. 107 [131 ff.].

<sup>439</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 109.

Andere wollen deshalb die Frage, ob „less favourable treatment“ vorliegt, in den Vordergrund der Prüfung rücken. Nach Art. XVII:3 GATS kann eine formal identische oder unterschiedliche Behandlung ausländischer und inländischer Anbieter oder Produkte „weniger günstig“ sein, wenn sie die Wettbewerbsbedingungen zu Gunsten des heimischen Anbieters oder seines Produkts verändert.<sup>440</sup> Ein sehr enges Verständnis will eine solche Veränderung zu Gunsten heimischer Anbieter oder Produkte nur bei Kriterien annehmen, die offensichtlich und typischerweise eher von innerstaatlichen Anbietern bzw. Diensten erfüllt werden.<sup>441</sup> Zur Begründung wird insbesondere auf die Möglichkeit der Mitglieder verwiesen, Beschränkungen in ihre Verpflichtungsliste aufzunehmen. Diese Möglichkeit bestehe realistischerweise nur bei einem vorhersehbaren Diskriminierungspotential der Maßnahme, so dass auch nur in solchen Fällen eine „de facto“-Diskriminierung anzunehmen sei.<sup>442</sup> Dies soll im Ergebnis der „indirekten Diskriminierung“ im Europarecht entsprechen.<sup>443</sup>

Eine weitere Ansicht sieht die „likeness“ als bloße „Vorfrage“ für den eigentlichen Test. Entscheidend sei, ob de facto auf Grund der Herkunft (!) unterschieden werde oder dies nach Ziel und Effekt (!) der Maßnahmen nicht der Fall sei, weil eine „vernünftige Verbindung“ zu einem anderen Politikziel bestehe.<sup>444</sup> Auch diese Ansicht fragt also nach dem Vorhandensein anderer Zwecke und Politikziele, nicht jedoch im Sinne einer strengen „necessity“-Prüfung. Es soll genügen, wenn die angeführten Gründe eine plausible Erklärung für eine Ungleichbehandlung bieten. Für eine solche Verortung der Berücksichtigung „alternativer“ Erklärungen im Rahmen der Prüfung von „less favorable treatment“ sprechen auch dahingehende Ansätze in der jüngeren Entscheidungspraxis.<sup>445</sup>

Neben diesen grundsätzlichen Fragen des Prüfmaßstabs sind weitere wichtige Punkte ungeklärt. So wird insbesondere diskutiert, welche Rolle die Erbringungsmodalitäten bei der Bestimmung von „likeness“ spielen, d.h. ob Dienstleistungen gleich sein können, die in unterschiedlichen Modalitäten erbracht werden. Dies von vornherein auszuschließen, überzeugt im Ergebnis nicht, da zwischen verschiedenen Erbringungsweisen ein Wettbewerbsverhältnis

---

<sup>440</sup> „Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.”

<sup>441</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 110 ff.

<sup>442</sup> So *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 113 f.

<sup>443</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 108.

<sup>444</sup> *Pauwelyn*, The Unbearable Lightness of Likeness (2006).

<sup>445</sup> Siehe *Pauwelyn*, The Unbearable Lightness of Likeness (2006), S. 8 ff. m.w.N. Auf diese Rechtsprechung bezieht sich auch *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 27 ff.

bestehen kann, in das bei unterschiedlicher Behandlung entgegen Art. XVII:3 GATS eingegriffen wird.<sup>446</sup>

### **b.) Das zusätzliche Problem der „like service supplier“**

Zusätzliche Fragen stellen sich bei der Bestimmung der „like service supplier“.<sup>447</sup> Hierzu hat das Panel in „EC-Bananas“ kurz und knapp festgestellt, dass Dienstleistungserbringer in dem Maße als gleich anzusehen seien, in dem sie gleiche Dienstleistungen anbieten.<sup>448</sup> Fraglich ist, ob damit ein Anknüpfen an den unterschiedlichen Charakter des Anbieters bei Erbringung gleicher Dienste generell ausgeschlossen sein soll. Dies kann gerade im Verhältnis staatlicher oder universaldienstverpflichteter Anbieter zu rein kommerziellen Anbietern eine Rolle spielen. So wurde die Frage aufgeworfen, ob eine öffentliche Müllabfuhr oder eine mit Universaldienstleistungen belegte Müllabfuhr einer privaten „gleich“ sei bzw. „gleiche Dienstleistungen“ anbiete.<sup>449</sup> Im Verfahren „US-Gambling“ haben die USA argumentiert, dass aufgrund von Eigentum und Struktur zwischen staatlichen Glücksspielmonopolanbietern und privaten Anbietern zu unterscheiden sei.<sup>450</sup> Das GATS stellt jedoch gerade nicht auf das Eigentum an den Anbietern ab und eine solche generelle Unterscheidung könnte die Verpflichtungen in wichtigen Sektoren unterlaufen, in den öffentliche Anbieter mit privaten konkurrieren.<sup>451</sup> So ist auch die EU angesichts des ausdrücklichen Vorbehalts für Subventionen „innerhalb des öffentlichen Sektors“ offensichtlich davon ausgegangen, dass ohne diesen ein Problem mit der Inländergleichbehandlung bestehen würde.

Weitere systematische Fragen zur Inländerbehandlung können hier nur angerissen werden. So ist das Verhältnis der beiden Gleichbehandlungserfordernisse – Gleichbehandlung der Dienste und der Anbieter – zueinander bisher ungeklärt.<sup>452</sup> Problematisch ist aber insbesondere auch das Verhältnis der Inländerbehandlung zu Art. XVI GATS, gerade beim Fehlen einer Ver-

---

<sup>446</sup> So auch überwiegend die Ansicht in der Literatur; vgl. *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 12 ff.: Es komme auf die Art der Erbringung, nicht die „Modalität“ an; *Mattoo*, National Treatment in the GATS, JWT 31(1) (1997), S. 107 [121]; *Leroux*, Eleven Years of GATS Case Law, JIEL 10(4) (2007), S. 749 [780]: Modalität sei nur ein Faktor unter anderen. Strikter *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 102: Erbringungsmodalität solle berücksichtigt werden, da zwischen verschiedenen Erbringungsarten kein „volles“ Wettbewerbsverhältnis herrsche.

<sup>447</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 104 f.

<sup>448</sup> *EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R, Ziff. 7.322. Diese Feststellung war vom Appellate Body nicht zu überprüfen.

<sup>449</sup> *Krajewski*, Environmental Services of General Interest, JEEPL 2004, S. 103 [110].

<sup>450</sup> Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R vom 10. November 2004, Ziff. 3.154.

<sup>451</sup> *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 21 [FN 51].

<sup>452</sup> Dies betrifft die Frage, ob diese kumulativ oder getrennt zu prüfen sind. Vgl. *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 7 ff.; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 105 ff.; *ders.*, Services Trade Liberalisation and Regulation, in: Herrmann/Terhechte (2010), S. 153 [163 f.].

pflichtung auf Marktzugang.<sup>453</sup> Denn ganz überwiegend wird angenommen, dass Art. XVII GATS für den Niederlassungsakt selbst („pre-entry“) genauso gilt wie nach dem Eintritt in den Markt („post-establishment“).<sup>454</sup>

## 2. Art. VI GATS, Innerstaatliche Regulierung

Ergänzt werden Marktzugang und Inländerbehandlung von der Vorschrift des Art. VI GATS zur innerstaatlichen Regulierung, die als „dritte Dimension“<sup>455</sup> einer effektiven Marktöffnung für Dienstleistungen beschrieben wurde.<sup>456</sup> Dabei sind zwei inhaltliche Komplexe zu unterscheiden.

Zum einen enthält Art. VI GATS in den Absätzen 1-3 und 6 rechtsstaatliche Mindeststandards für die Anwendung des nationalen Rechts und den Rechtsschutz. Unter anderem soll jedes Mitglied, sobald dies praktisch durchführbar ist, gerichtliche, schiedsrichterliche oder administrative Instanzen oder Verfahren unterhalten oder einrichten, die Verwaltungsentscheidungen mit Auswirkungen auf den Dienstleistungshandel überprüfen und ggf. angemessene Abhilfe sicherstellen.<sup>457</sup>

Zum anderen stellt die Vorschrift in Art. VI:4 und 5 GATS materielle Anforderungen an die nationale Rechtsetzung auf. So soll der GATS-Rat nach Art. VI:4 GATS Disziplinen erarbeiten, um sicherzustellen, dass Maßnahmen in Bezug auf Qualifikationserfordernisse und –verfahren, technische Normen sowie Zulassungserfordernisse und –verfahren keine unnötigen Handelshemmnisse darstellen. Angesprochen sind damit in erster Linie nationale Maßnahmen der qualitativen Zugangsregulierung.<sup>458</sup> Im Einzelnen sollen die Disziplinen insbesondere sicherstellen, dass solche Regulierungsmaßnahmen auf objektiven und transparenten Kriterien wie der Kompetenz und der Fähigkeit zur Erbringung der Dienstleistung beruhen und nicht belastender als nötig sind, um die Qualität der Dienstleistung zu gewährleisten.<sup>459</sup>

---

<sup>453</sup> *Mattoo*, National Treatment in the GATS, 31(1) JWT (1997), S. 107 [113 ff.]; *Van Den Hende*, GATS Article XVI and national regulatory sovereignty, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 93 [103]; *Voon/Mitchell*, China’s Telecommunications Service Market, JIEL 13(2) (2010), S. 321 [346].

<sup>454</sup> Dafür spricht vor allen Dingen der weite Wortlaut („in respect of all measures affecting the supply of services“). *Delimatsis*, Don’t Gamble with GATS, JWT 40(6) (2006), S. 1059 [1072]; *Pauwelyn*, Rien ne va plus?, WTR 4(2) (2005), S. 131 [149]; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 112.

<sup>455</sup> *Mattoo/Sauvé*, Domestic Regulation and Trade in Services, in: *Mattoo/Sauve* (2003), S. 1 [3].

<sup>456</sup> Ausführlich zu dieser Vorschrift: *Delimatsis*, Due Process and ‘Good’ Regulation Embedded in the GATS, JIEL 10(3) (2007), S. 13; *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006); *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 127 ff.; *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006), S. 12 ff.

<sup>457</sup> Dies steht allerdings unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der verfassungsmäßigen Struktur und der Natur der Rechtsordnung.

<sup>458</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 136.

<sup>459</sup> „With a view to ensuring, that measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements do not constitute unnecessary barriers to trade in services, the Council for

Der letzte Punkt ist dabei von zentraler Bedeutung. Denn hiermit wird die innerstaatliche Regulierung einer Erforderlichkeitsprüfung („necessity test“) unterzogen. Dies zeigt, dass es der Vorschrift um die Beschränkung einer innerstaatlichen (Über-) Regulierung geht, die nicht unbedingt diskriminierend ist, aber erhebliche Handelshemmnisse bewirken kann.

Wie Art. VI:4 GATS im Spektrum zwischen Marktzugangsorientierung bzw. De-Regulierung auf der einen und bloßer Liberalisierung, d.h. Beseitigung diskriminierender und protektionistischer Elemente auf der anderen Seite einzuordnen ist, ist offen. Einerseits kann die Vorschrift als Reaktion darauf angesehen werden, dass eine „Grauzone“ besteht, wo Regeln den Markteintritt für Ausländer erschweren, ohne dass eine faktische Diskriminierung klar feststellbar ist. Sie würde damit eine Art „erweitertes Nichtdiskriminierungsprinzip“ darstellen,<sup>460</sup> das nur zu „besserer“ Regulierung, nicht zu „De-Regulierung“ verpflichtet. Andererseits kann eine streng verstandene Erforderlichkeitsprüfung weite Teile innerstaatlicher Regulierung in Frage stellen. Ganz von der Hand zu weisen ist die Befürchtung, dass die Streitbeilegungsorgane damit zu einer „global regulatory review agency“ würden,<sup>461</sup> nicht.

Wie tief der Einschnitt in die Regelungsautonomie ausfällt, wird sich danach richten, wie die Anforderungen im Einzelnen ausgestaltet werden. Denn festzuhalten ist, dass Art. VI:4 GATS gerade nicht einen allgemeinen „necessity test“ für innerstaatliche Regulierung einführt.<sup>462</sup> Erforderlich ist die Erarbeitung von Disziplinen, denen der jeweilige Mitgliedstaat zustimmen muss, um gebunden zu sein.<sup>463</sup> Eine Einigung auf solche Disziplinen konnte bisher nur für den Sektor der Wirtschaftsprüfer erzielt werden.<sup>464</sup>

Der Inhalt weiterer Disziplinen gehört zu den in der Literatur meistdiskutiertesten Fragen. Auch wenn in der zuständigen Verhandlungsgruppe, der „Working Party on Domestic Regulation“, bereits gewisse Fortschritte erzielt wurden, sind die zentralen Fragen solcher handelsrechtlicher Vorgaben für die nationalstaatliche Regulierung noch offen.<sup>465</sup> Dies beginnt bereits mit dem Verhältnis zu den Verpflichtungen auf Marktzugang und Inländerbehandlung

---

Trade in Services shall, through appropriate bodies it may establish, develop any necessary disciplines. Such disciplines shall aim to ensure that such requirements are, inter alia:

- a.) based on objective and transparent criteria, such as competence and the ability to supply the service;
- b.) not more burdensome than necessary to ensure the quality of the service;
- c.) in the case of licensing procedures, not in themselves a restriction on the supply of the service.”

<sup>460</sup> Vgl. oben zu dem weiten Verständnis der Inländerbehandlung, das sich einem „necessity test“ annähert.

<sup>461</sup> *Howse/Türk*, The WTO negotiations on services: The regulatory state up for grabs, *Canada Watch* 9(1-2) (2002), S. 3 [4].

<sup>462</sup> *Pauwelyn*, *Rien ne va plus?*, *WTR* 4(2) (2005), S. 131 [138].

<sup>463</sup> Die genaue Rechtsnatur der Disziplinen ist noch umstritten. Einigkeit besteht allerdings darüber, dass sie kein unmittelbar geltendes „Sekundärrecht“ sind, vgl. *Michaelis*, *Dienstleistungshandel*, in *Hilf/Oeter* (2005), § 22, Rn. 101.

<sup>464</sup> *Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector*, WTO-Dok. S/L/64 vom 17. Dezember 1998.

<sup>465</sup> Zuletzt Progress Report vom 14. April 2011, WTO-Dok. S/WPDR/W/45.

(die mit Vorbehalten versehen werden können). Überwiegend wird für die gegenseitige Ausschließlichkeit, d.h. gegen eine Überschneidung insbesondere mit dem Prinzip der Inländerbehandlung, plädiert.<sup>466</sup> Dann betreffen die Disziplinen nur Maßnahmen, die sich nicht de jure oder de facto gegen Ausländer richten. Diese Abgrenzung könnte sich allerdings angesichts der unsicheren Reichweite der „de facto“-Diskriminierung als illusorisch erweisen.<sup>467</sup> Andere plädieren umgekehrt dafür, die Disziplinen auf de jure und de facto-Diskriminierungen zu beschränken und damit letztlich eine vollständige Überschneidung mit der (weit verstandenen) Inländerbehandlung zu erreichen.<sup>468</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang wichtigster weiterer Streitpunkt ist der Inhalt des „necessity test“ selbst.<sup>469</sup> Relativ einhellig wird die Formulierung des Art. VI:4 lit. b) GATS, der darauf abstellt, dass die Erfordernisse nicht belastender als nötig sein sollen, um die „Qualität der Dienstleistung“ zu gewährleisten, als zu eng angesehen. Durch ein weites Verständnis der „Qualität“ bzw. durch eine offene Liste in den Disziplinen soll klargestellt werden, dass die Mitgliedstaaten die Freiheit in der Wahl der Ziele, der verfolgten sozialen Zwecke behalten.<sup>470</sup> Eine entsprechende Erweiterung wurde bereits in den „Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector“ vorgenommen.<sup>471</sup> Die Schranken der Disziplinen beziehen sich danach allein auf die Auswahl der Mittel zur Erreichung der jeweils autonom gesetzten Ziele.

Es wird aber auch noch diskutiert, ob die Erforderlichkeitsprüfung selbst ein geeignetes Instrument ist und wie den Mitgliedern ausreichende Spielräume bewahrt werden können.<sup>472</sup> Offen ist auch, ob und wie ein Bezug zu internationalen Standards hergestellt werden soll<sup>473</sup> und wie das Verhältnis zur Anerkennung von Prüfungen und sonstigen Nachweisen aus dem Herkunftsland ist.

---

<sup>466</sup> So *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 140; *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006), S. 54 f.; *Michaelis*, Dienstleistungshandel, in: *Hilf/Oeter* (2005), § 22, Rn. 96; *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006), S. 24 ff. Vom Panel in US-Gambling wurde gegenseitige Ausschließlichkeit zwischen Art. VI:4 und 5 GATS und Art. XVI GATS angenommen.

<sup>467</sup> *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006), S. 28 ff.

<sup>468</sup> So wohl *Cossy*, Determining “likeness” under the GATS (2006), S. 44.

<sup>469</sup> Weitere grundsätzliche Diskussionen betreffen u.a. die Fragen, ob horizontale Regeln für alle Dienstleistungssektoren angestrebt werden oder die Verhandlungen sich auf sektorspezifische Regeln beschränken sollten sowie ob die Disziplinen abhängig sein sollten vom Bestehen spezifischer Verpflichtungen oder nicht, vgl. *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006), S. 54; *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006), S. 36.

<sup>470</sup> *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006), S. 57; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 144.

<sup>471</sup> WTO-Dok. S/L/64 vom 17.12.1998.

<sup>472</sup> *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006), S. 41 ff. *Mattoo/Sauvé*, Domestic Regulation and Trade in Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 221 [227] schlagen stattdessen eine Art „Übermaßverbot“ vor, das Maßnahmen akzeptiert, solange sie nicht „obviously unnecessary“ sind.

Solange keine Einigkeit über weitere Disziplinen erzielt wurde, wird die innerstaatliche Rechtsetzung nur durch Art. VI:5 GATS beschränkt. Hiernach dürfen die spezifischen Verpflichtungen eines Mitglieds durch Zulassungs- und Qualifikationserfordernisse oder technische Normen nicht in einer Weise zunichte gemacht oder geschmälert werden, die mit den Kriterien des Art. VI:4 lit. a) bis c) GATS nicht vereinbar ist. Für die Reichweite dieser Vorschrift ist zunächst entscheidend, ob sie – worauf der Wortlaut hindeutet – lediglich einen Sonderfall der Vernichtung oder Schmälerung von Vorteilen ohne Vertragsverletzung („non-violation nullification and impairment“) beschreibt. In diesem Fall würde eine Verletzung der Standards des Art. VI:5 (a) (ii) GATS als solches nicht ausreichen. Vielmehr wäre darüber hinaus der Nachweis einer Vernichtung oder Schmälerung von Vorteilen aus den spezifischen Verpflichtungen erforderlich.<sup>474</sup> Damit wäre die Vorschrift aber weitgehend bedeutungslos. Es ist deshalb eher davon auszugehen, dass die Vermutung des Art. 3.8 DSU greift, wenn eine Unvereinbarkeit der Zulassungs- und Qualifikationserfordernisse oder technischen Normen mit Art. VI:4 (a) (b) oder (c) GATS festgestellt wurde.<sup>475</sup> Es ist danach prima facie von einer Zunichtemachung oder Schmälerung auszugehen. Selbst dann wird die Reichweite der Vorschrift aber erheblich begrenzt durch die weitere Voraussetzung, dass die entsprechende Maßnahme im Zeitpunkt der Übernahme von Verpflichtungen vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte. Damit betrifft sie allein neue, nicht vorhersehbare Beschränkungen und erhält den Charakter einer Stillstandsvereinbarung.<sup>476</sup>

#### **IV. Fehlende Disziplinen für die Anreiz- und Wettbewerbsregulierung**

Nach den bisher dargestellten, wichtigsten Vorschriften steht das GATS bestimmten Marktstrukturen ablehnend gegenüber. Dies gilt für die von Art. XVI GATS erfassten Monopole und andere quantitative Zugangsbeschränkungen. Für die diversen Maßnahmen der sonstigen Zugangs- und Verhaltensregulierung geben Inländerbehandlung und Art. VI GATS Schranken vor, deren Reichweite bisher wenig klar ist. Die staatlichen Maßnahmen, mit denen auf offenen Märkten wichtige Lenkungen erfüllt werden können, wurden hingegen nur in allerersten Ansätzen geregelt. Dies gilt für Subventionen (hierzu unter 1.) und das öffentliche Beschaffungswesen (hierzu unter 2.). Es gilt auch für den staatlichen Wettbewerbsrah-

---

<sup>473</sup> *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006), S. 50 ff.

<sup>474</sup> So *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 153; *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 275 f.

<sup>475</sup> *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006), S. 60 ff.; *Delimatsis*, Due Process and ‘Good’ Regulation Embedded in the GATS, *JIEL* 10(1) (2007), S. 13 [41 ff.]; *Michaelis*, Dienstleistungshandel, in: *Hilf/Oeter* (2005), § 22, Rn. 105.

<sup>476</sup> *Michaelis*, Dienstleistungshandel, in: *Hilf/Oeter* (2005), § 22, Rn. 105.

men, der private Beschränkungen verhindern bzw. in wichtigen Dienstleistungsbereichen den Markt positiv „schaffen“ und regulieren muss (hierzu unter 3.).

## 1. Subventionen

Die Erkenntnis, dass Subventionen den Handel und damit zugleich den Wert von Marktöffnungsvereinbarungen beeinträchtigen können, hat im Bereich des Warenhandels zum WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Abkommen) geführt. Die spezifischen Regeln des GATS in Bezug auf Subventionen hingegen enthalten nicht viel mehr als ein Anerkenntnis des Problems und eine Minimalgarantie. Art. XV:1 GATS stellt fest, dass Subventionen unter bestimmten Umständen zu Verzerrungen im Handel mit Dienstleistungen führen können. Daran schließt sich zunächst aber bloß ein Auftrag zur Aufnahme von Verhandlungen an. Die Schwierigkeiten solcher Verhandlungen scheinen bereits in den weiteren Konkretisierungen des Art. XV:1 S. 3 und 4 GATS durch. Denn die dort angesprochenen Gegenmaßnahmen („countervailing procedures“) sind bei Dienstleistungen mangels Verfügbarkeit von Zöllen schwer realisierbar und die Betonung der erforderlichen Flexibilität bietet ein willkommenes Argument gegen klare Regeln. Folglich überrascht es nicht, dass die Verhandlungen in diesem Bereich bisher nicht nennenswert vorangekommen sind. Als „Minimalgarantie“<sup>477</sup> kann das in Art. XV:2 GATS enthaltene Konsultationsrecht gesehen werden, das aber bewusst „weich“ ausgestaltet ist und nur eine „wohlwollende Prüfung“ vorschreibt.

Eine theoretisch bedeutsame Schranke für die Subventionsgewährung liegt hingegen in der Tatsache, dass diese den Nichtdiskriminierungsregeln des GATS, insbesondere dem – auch in Bezug auf Dienstleistungserbringer geltenden – Gebot der Inländergleichbehandlung unterliegt.<sup>478</sup> Denn die Subventionsgewährung unterfällt als staatliche Maßnahme den (weit verstandenen) „measures affecting the supply of services“ in Art. I:1 und XVII:1 GATS.<sup>479</sup> Eine Verpflichtung, die Subvention auch auf alle ausländischen Anbieter zu erstrecken, erscheint zunächst abschreckend. Der Effekt dieses Diskriminierungsverbotes ist aber aus verschiedenen Gründen praktisch wenig bedeutsam. Zum einen spielt hier die Frage eine Rolle, ob alle

---

<sup>477</sup> *Bellis*, Lack of a clear regulatory framework, in: Geradin/Luff (2004), S. 275 [302].

<sup>478</sup> Dies ist ein – wiederum aus der Natur des GATS folgender – Unterschied zum GATT. Dort gilt die Inländerbehandlung nur für Waren, nicht für Produzenten. Vgl. *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 8.

<sup>479</sup> So ausdrücklich die *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS*, S/L/92 vom 28. März 2001, Ziff. 16. Zu deren rechtlichen Status vgl. *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005, Ziff. 173-178 und 196. Dies wurde von *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, *The WTO*, 2<sup>nd</sup> edition (2006), S. 660 f. mit der Argumentation angezweifelt, dass Subventionen, die auf Basis der Inländerbehandlung vergeben werden, wohl nicht mehr handelsverzerrend sein könnten, wovon aber Art. XV:1 GATS ausgeht, der damit leerliefe.

Anbieter gleicher Dienste auch gleich sind oder weitere Umstände berücksichtigt werden können.<sup>480</sup> Nimmt man letzteres an, so kann bereits deswegen eine Subventionsgewährung an nur eine Gruppe von Anbietern unproblematisch sein. Zu einem Zirkelschluss würde es allerdings führen, wenn bereits eine staatlicher (Teil)Finanzierung dazu führen würde, dass der Anbieter staatlich ist und dementsprechend eine Nichtfinanzierung der anderen, privaten Anbieter keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellt. Eine weitere Beschränkung ergibt sich aus dem Grundsatz der territorialen Jurisdiktion. Aus dieser folgt nach den „Scheduling Guidelines“, dass Mitglieder nicht verpflichtet sind, Subventionen auf Anbieter zu erstrecken, die außerhalb ihres Territoriums ansässig sind.<sup>481</sup> Damit spielt die Inländerbehandlung insoweit nur für Dienstleistungserbringer in Modalität 3 oder 4 eine Rolle. Eine Diskriminierung ansässiger Ausländer dürfte aber tatsächlich seltener vorkommen. Bestimmte Problemkonstellationen werden mit der Inländerbehandlung überhaupt nicht erfasst, so die Verdrängungseffekte, die von subventionierten Unternehmen auf Drittmärkten ausgehen.<sup>482</sup> Letztlich entscheidend ist aber, dass ein Großteil der Mitglieder jeder Bedeutung der Inländerbehandlung insoweit einen Riegel vorgeschoben hat, als dass diese ihre Verpflichtungslisten in weitem Umfang mit Vorbehalten versehen haben, die eine Pflicht zur Subventionsgewährung auch an ausländische Dienstleistungserbringer ausschließen.<sup>483</sup>

Einen letzten denkbaren Weg für das Vorgehen gegen Subventionen bietet die „non-violation complaint“ (Art. XXIII:3 GATS).<sup>484</sup> Erforderlich ist insoweit, dass das Mitglied darlegt, dass durch die Subventionsgewährung ein Handelsvorteil, den es auf Grund der spezifischen Verpflichtung eines anderen Mitglieds vernünftigerweise erwarten durfte, zunichte gemacht oder geschmälert wurde. Angesichts der eng verstandenen Voraussetzungen dürfte aber auch dies eine eher theoretische Möglichkeit bleiben.<sup>485</sup>

## 2. Öffentliches Beschaffungswesen

Auch für das öffentliche Beschaffungswesen könnte das Diskriminierungsverbot, insbesondere in Form der Inländerbehandlung, weitreichende Folgen haben. Neben der materiellen Pflicht zur Gleichbehandlung könnten hieraus evtl. Vorgaben für ein transparentes, faires und rechtsstaatliches Verfahren abgeleitet werden.<sup>486</sup> Dem steht jedoch Art. XIII GATS entgegen.

---

<sup>480</sup> *Krajewski*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6(2) (2003), S. 341 [360]; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 104 f.

<sup>481</sup> *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS*, S/L/92 vom 28. März 2001, Ziff. 16.

<sup>482</sup> Subventionierte Anbieter aus Staat A verdrängen in Staat B die nicht-subventionierten Anbieter aus Staat C.

<sup>483</sup> *Michaelis*, Dienstleistungshandel, in: *Hilf/Oeter* (2005), § 22, Rn. 106.

<sup>484</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 118.

<sup>485</sup> *Bellis*, Lack of a clear regulatory framework, in: *Geradin/Luff* (2004), S. 275 [302 f.].

<sup>486</sup> Vgl. die Rspr. des EuGH zur Vergabe außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien, EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03, „*Parking Brixen*“, Rn. 46 ff.

Nach Art. XIII:1 GATS finden Art. II, XVI und XVII GATS keine Anwendung auf Gesetze, Vorschriften und Erfordernisse betreffend die öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen, die für staatliche Zwecke beschafft werden und nicht zum kommerziellen Wiederverkauf oder zur Nutzung bei der Erbringung von Dienstleistungen zum kommerziellen Verkauf bestimmt sind. An die Stelle der Anwendung dieser zentralen Normen setzt Art. XIII:2 GATS einen Auftrag für multilaterale Verhandlungen, der aber auch in diesem Fall bisher wenige Ergebnisse gezeitigt hat.

Die Reichweite der Ausnahmebestimmung für das öffentliche Beschaffungswesen ist allerdings nicht völlig klar. Sie greift ihrem Wortlaut nach zunächst dann nicht, wenn die Dienstleistung selbst oder eine aus ihr hervorgegangene Dienstleistung kommerziell verwendet wird.<sup>487</sup> Von der Frage, wie weit die „kommerzielle“ Verwendung verstanden wird, hängt ab, ob der Einkauf von Dienstleistungen erfasst ist, wenn diese dann zu einem nicht kostendeckenden Preis als Teil des „public service“ abgegeben werden, wie bei subventionierter Kinderbetreuung oder subventioniertem Nahverkehr.<sup>488</sup> Da der Zweck dieser Begrenzung der Ausnahmenvorschrift darin gesehen werden kann, zu verhindern, dass die öffentliche Beschaffung benutzt wird, um bestimmten Waren oder Dienstleistungen über einen staatlichen An- und Wiederverkauf einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, spricht manches dafür, eine Gewinnerzielungsabsicht der öffentlichen Stelle nicht zwingend zu verlangen. Voraussetzung ist dann aber, dass auf Verwenderseite ein Wettbewerbsverhältnis besteht, das beeinträchtigt werden kann.<sup>489</sup>

Praktisch bedeutsamer noch ist für den Dienstleistungsbereich die Frage, wie der Begriff der Beschaffung zu verstehen ist. Dies kann bei „neuartigen“ Beschaffungssituationen relevant werden, bei denen nicht der Staat Einzelleistungen einkauft, um damit bestimmte Aufgaben selbst zu erfüllen, insbesondere öffentliche Güter selbst bereitzustellen, sondern wo Private direkt in diese Aufgabenerfüllung einbezogen werden. Zu denken ist hier an die Vergabe von Konzessionen oder besondere Konstruktionen wie „Built-Operate-Transfer“-

---

<sup>487</sup> Fraglich ist angesichts des Wortlauts auch, was mit Dienstleistungen ist, die für die Herstellung oder Gewinnung von kommerziell vermarkteten Gütern verwendet werden. Für diesen Fall scheint die Ausnahme zu greifen, auch wenn dies unlogisch ist. Vgl. *Arrowsmith*, *Government Procurement in the WTO* (2003), S. 79. Zu den Schwierigkeiten der Reichweite des „öffentlichen Beschaffungswesens“ i.S.d. GATS bei Aktivitäten im Zusammenhang mit der Förderung von Öl und Gas, vgl. *Musselli/Zarrilli*, *Oil and Gas Services*, *JIEL* 8(2) (2005), S. 551 [558 ff.].

<sup>488</sup> *Arrowsmith*, *Government Procurement in the WTO* (2003), S. 79; *Zacharias*, Art. XIII GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 21.

<sup>489</sup> *Adlung*, *Public Services and the GATS*, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455 [FN 29].

Vereinbarungen.<sup>490</sup> Hier besteht eine erhebliche Unsicherheit.<sup>491</sup> Ausgehend vom Zweck der Norm, die Maßnahmen, welche den Zugang zu rein staatlichen bzw. öffentlichen Märkten betreffen, vom Anwendungsbereich ausnehmen will, wird für ein weites Verständnis der Beschaffung plädiert, die Konzessionen umfasst.<sup>492</sup> Danach wäre wohl auch die „Vergabe von Universaldienstpflichten“ nicht nur, wenn sie direkt vom Staat oder über einen Universaldienstfonds, sondern auch wenn sie über exklusive Rechte (vom Verbraucher) finanziert wird, zunächst von der Ausnahme erfasst.

Soweit solche Konstruktionen von der Ausnahme nicht erfasst sein sollten, könnten hieraus Anforderungen an die transparente,<sup>493</sup> diskriminierungsfreie und rechtsstaatliche Vergabe folgen, ohne dass allerdings ein konkretes Verfahren vorgegeben wäre. Solche Verfahrensregeln enthält für die beteiligten Staaten das plurilaterale „Agreement on Government Procurement“ (GPA). Dieses ermöglicht den Staaten allerdings einen individuellen Zuschnitt des Anwendungsbereichs in persönlicher, sachlicher und wertmäßiger Hinsicht, wobei von der grundsätzlich möglichen Erstreckung auf die Beschaffung von Dienstleistungen überwiegend nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde.<sup>494</sup>

### 3. „Re-Regulierung“

Auch wenn das GATS auf die Abschaffung staatlicher Monopole zielt, enthält es selbst keine Antworten auf die Probleme geöffneter Märkte bzw. der Märkte „im Übergang“ vom Monopol zum Wettbewerb. Der Art. VIII GATS zu Monopolen und Dienstleistungserbringern mit ausschließlichen Rechten enthält zwar interessante Ansätze zum Wettbewerbsschutz, ist in der Anwendung aber auf staatlich begründete Monopol- und Oligopolstellungen beschränkt (unter a.). Hinsichtlich der Geschäftspraktiken sonstiger privater Anbieter ist in Art. IX GATS nur eine sehr „weiche“ Verpflichtung vorgesehen (unter b.). Auch außerhalb dieser Regeln gibt es kaum Ansatzpunkte. So ist eine staatliche Verantwortlichkeit für privates Handeln schwer zu begründen (unter c.) und gewährt auch die Anwendung des Gebots der Inländerbehandlung nur geringen Schutz (unter d.).

---

<sup>490</sup> Bei solchen „BOT-Verträgen“ (build, operate, transfer) errichtet und betreibt das private Unternehmen die Einrichtung, um sie am Ende der Vertragslaufzeit (z.B. nach 20 Jahren) an den Staat zu übertragen, vgl. *Zacharias*, Art. XIII GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 16.

<sup>491</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455; *Cossy*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [129 f.]; *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 80, 55.

<sup>492</sup> *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 80, 55; a.A.: *Zacharias*, Art. XIII GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 15. Zum Begriffsverständnis im GPA siehe unten S. 272.

<sup>493</sup> Die allgemeinen Transparenzpflichten des Art. III GATS finden wohl auch Anwendung, soweit es um Gesetze, Verordnungen u.ä. im Bereich des Beschaffungswesens geht, verlangen aber nicht die Veröffentlichung bestimmter Ausschreibungen oder Vergabeentscheidungen; vgl. *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 84.

### **a.) Monopole, Art. VIII GATS**

Monopole und sonstige Beschränkungen der Anzahl der Dienstleistungserbringer sind nach Art. XVI:2 lit. a) GATS verboten, wenn unbedingter Marktzugang eingeräumt wurde. Monopole sind damit anders als beim GATT Gegenstand der Verhandlungen. Neben den bereits oben genannten Hintergründen ist auch zu sehen, dass bei einem innerstaatlichen Dienstleistungsmonopol die Erbringung durch Ausländer ausgeschlossen, d.h. kein Marktzugang möglich ist. Bei Staatshandelsunternehmen in Bezug auf Waren, die das GATT in Art. XVII GATT ins Auge fasst, ist der Zugang hingegen nur erschwert, da durch Diskriminierungen gefährdet.<sup>495</sup>

Aus der Pflicht zur Abschaffung von Monopolen in Art. XVI:2 a) GATS folgen aber keine weitergehenden Pflichten zu deren tatsächlichen Beseitigung. Zwar könnte man überlegen, ob bei Fortbestehen der Marktstrukturen, insbesondere auf Grund „natürlicher Monopole“ weitere Schritte des entsprechenden Mitglieds erforderlich sind.<sup>496</sup> Art. XVI:2 a) GATS verbietet aber nur die zahlenmäßige Beschränkung als solche und verlangt gerade nicht einen effektiven Marktzugang.

### **aa.) Adressaten des Art. VIII GATS**

Art. VIII GATS richtet sich zunächst an Dienstleistungserbringer mit Monopolstellung („monopoly supplier“). Daneben werden gemäß Art. VIII:5 GATS Erbringer mit ausschließlichen Rechten erfasst, soweit nur eine kleine Zahl ermächtigt oder eingesetzt und im eigenen Hoheitsgebiet der Wettbewerb unter ihnen in erheblichem Maße unterbunden wird. Dies beschreibt den Fall eines „staatlichen“ Oligopols ohne Wettbewerb.

Die für den Anwendungsbereich entscheidende Frage ist zunächst, inwieweit die besondere Marktstruktur auf staatlichem Handeln beruhen muss. Gemäß Art. XXVIII lit. h) GATS ist ein Monopolanbieter eine öffentliche oder private Person, die durch das jeweilige Mitglied förmlich oder tatsächlich als alleiniger Erbringer der betreffenden Dienstleistung ermächtigt oder errichtet ist. Daraus folgt, dass zwar kein öffentliches Eigentum, wohl aber ein Handeln öffentlicher Stellen erforderlich ist. Nicht erfasst werden Monopole, die ohne staatliche Einmischung oder Begünstigung entstanden sind, insbesondere weil es sich um „natürliche Mo-

---

<sup>494</sup> Zum GPA: *Göttsche*, Öffentliches Beschaffungswesen, in: *Hilf/Oeter* (2005), § 25, Rn. 9 ff.

<sup>495</sup> Selbst ein innerstaatliches Produktionsmonopol schließt als solches die Einfuhr nicht aus. Ansonsten läge eine nach Art. XI GATT verbotene „zero quota“ vor.

<sup>496</sup> *Türk/Ostrovsky/Speed*, GATS and its Impact on Private Sector Participation in Water Services in: *Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder* (2005), S. 143 [160 f.]; *Türk/Krajewski*, Right to water and trade in services, in: *Hein/Voegeli* (Hrsg.) GATS und globale Politik (2004), S. 107 [116].

nopole“ handelt.<sup>497</sup> Zwar ist keine formale Handlung erforderlich („formally or in effect“). Bei einer bloßen Duldung fällt es aber schwer, das Monopol als vom Mitglied „ermächtigt oder errichtet“ anzusehen.<sup>498</sup> Gerade die als „natürliches Monopol“ angesehenen Netzwirtschaften waren aber in der Regel durch ein Legalmonopol zusätzlich abgesichert, so dass hier eine staatliche Beteiligung bestand.

Teilweise wird angenommen, die Vorschrift könne auch im Prozess der „De-Monopolisierung“ eine Rolle spielen, sei insbesondere von Relevanz für ehemalige öffentliche Monopole, die eine dominante Marktposition behalten haben.<sup>499</sup> Es ließe sich argumentieren, dass diese zumindest zunächst förmlich als einziger Erbringer errichtet worden waren, worauf eine heutige, rein faktische Monopolstellung beruht. Die Verantwortung des Staates würde damit gewissermaßen fortdauern. Die Definition des Art. XXVIII lit. h) GATS deutet aber an, dass die Errichtung oder Ermächtigung als alleiniger Erbringer fortbestehen muss („is authorized or established“). Auch Art. VIII:2 GATS geht davon aus, dass noch Monopolrechte bestehen („outside the scope of its monopoly rights“).

In der Bestimmung der Adressaten zeigt sich schon ein deutlicher Unterschied zu Art. XVII GATT.<sup>500</sup> Dort sind alle Staatsunternehmen und privilegierte Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten erfasst, wobei auch im letzten Fall eine gewisse staatliche Kontrolle über die Handelsaktivitäten erforderlich scheint.<sup>501</sup> Hintergrund ist, dass diese Unternehmen wegen ihrer „gate keeper“-Funktion erfasst werden, die es den Staaten ermöglichen würde, auf den Im- und Export Einfluss zu nehmen,<sup>502</sup> wobei die Vorschrift allerdings insoweit über das Ziel hinaus schießt, als dass sie unabhängig von der Marktmacht des Unter-

---

<sup>497</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455; *Cossy*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [128]; *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 2; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 87; *Zdouc*, Legal Problems Arising under the GATS (2002), S. 267. Unklar bei *Musselli/Zarrilli*, Oil and Gas Services, JIEL 8(2) (2005), S. 551 [579].

<sup>498</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 2 [FN 2]; *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 170; *Bigdeli/Rechsteiner*, Art. VIII GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 5. *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 87 will evtl. die bewußte Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts auf ein privates Monopol ausreichen lassen.

<sup>499</sup> *Krajewski*, Environmental Services of General Interest, JEEPL 2004, S. 103 [107]; *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 47; angedeutet auch bei *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 170.

<sup>500</sup> Vgl. dazu Appellate Body, *Canada-Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/AB/R, veröffentlicht am 30. August 2004.

<sup>501</sup> Vgl. die Anmerkung zu Art. XVII Abs. 1 lit. a) GATS. Die erforderliche Reichweite bleibt aber fraglich, vgl. *Luff*, Multilateral Trade Issues and Liberalization, in: Geradin (2000), S. 331 [339].

<sup>502</sup> Dies wird auch in der „working definition“ der Staatshandelsunternehmen im *Understanding on the Interpretation of Article XVII of the GATT 1994* deutlich, in der darauf abgestellt wird, dass diese in Ausübung ihrer besonderen Vorrechte durch ihre Käufe oder Verkäufe den Umfang oder die Bestimmung von Ein- oder Ausfuhr beeinflussen.

nehmens eingreift.<sup>503</sup> Während das GATT also auf Eigentum oder Kontrolle abstellt, ist für das GATS die Marktstruktur entscheidend.<sup>504</sup> Hintergrund ist hier die Sorge um eine Monopolkontrolle über wesentliche Infrastrukturen oder sonstige Input-Leistungen im Markt, wovon andere Anbieter zu schützen sind.<sup>505</sup> Damit zeigt sich auch in diesen Vorschriften wieder die unterschiedliche Struktur des GATT mit seiner „Grenzorientierung“ und des GATS mit seiner „Zielmarktperspektive“.

### **bb.) Art. VIII:1 GATS, Bindung im Monopolbereich**

Gemäß Art. VIII:1 GATS müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ein Monopolanbieter in ihrem Hoheitsgebiet bei der Erbringung der Monopoldienstleistung auf dem relevanten Markt nicht in einer Weise handelt, die mit Art. II GATS (Meistbegünstigung) oder mit spezifischen Verpflichtungen (Marktzugang, Inländerbehandlung) unvereinbar ist.<sup>506</sup>

Die Vorstellung hinter dieser Vorschrift scheint zu sein, dass Monopolunternehmen häufig über Infrastrukturdienstleistungen mit „Input-Charakter“ gebieten, die für eine Marktteilnahme in verschiedenen nachgelagerten Märkten von besonderer Bedeutung sind. Sie ergänzt damit Art. XXVIII (c) (iii) GATS, wonach auch Maßnahmen der Mitgliedstaaten dem GATS unterfallen, die den Zugang und die Nutzung von Dienstleistungen betreffen, die der Öffentlichkeit allgemein angeboten werden müssen.<sup>507</sup> Diese Vorschrift gewährt nicht in jedem Fall ausreichenden Schutz, da Voraussetzung ein staatliches Handeln ist und nur Dienstleistungen erfasst sind, die der Öffentlichkeit angeboten werden müssen.

Art. VIII:1 GATS setzt voraus, dass ein Monopolanbieter „in dem relevanten Markt“ die Monopoldienstleistung erbringt. Hier kann eine Marktabgrenzung erforderlich werden. Erst wenn der relevante sachliche und geographische Markt feststeht (z.B. Alleinanbieter in einem Hafen), kann entschieden werden, ob ein Monopol besteht.<sup>508</sup>

Liegt dieses vor, so ist der Anbieter insoweit an Art. II GATS und die spezifischen Verpflichtungen des Mitglieds gebunden. „Paradefall“ einer Verletzung wäre eine Preis- oder Konditi-

---

<sup>503</sup> *Zdouc*, Legal Problems Arising under the GATS (2002), S. 266.

<sup>504</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 2; *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 171.

<sup>505</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 1.

<sup>506</sup> „Each Member shall ensure that any monopoly supplier of a service in its territory does not, in the supply of the monopoly service in the relevant market, act in a manner inconsistent with that Member’s obligations under Article II and specific commitments.”

<sup>507</sup> „measures by Members affecting trade in services include measures in respect of ... ii.) the access to and use of, in connection with the supply of a service, services which are required by those Members to be offered to the public generally”.

<sup>508</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 3.

onendiskriminierung zu Lasten ausländischer Abnehmer.<sup>509</sup> Vorstellbar ist aber auch eine unterschiedliche Behandlung verschiedener ausländischer Anbieter, z.B. unterschiedliche Entgelte für die Terminierung von Telefongesprächen.<sup>510</sup> Zu überlegen wäre aber jeweils, ob tatsächlich jede Ungleichbehandlung zu verurteilen ist oder ob es für eine unterschiedliche Behandlung im Einzelfall nicht vernünftige ökonomische Gründe gibt, die im Rahmen der Bestimmung von „likeness“ oder „less favourable treatment“ berücksichtigt werden können.<sup>511</sup> Dies hätte ein gewisses Vorbild in der Bestimmung des GATT, dass einem Staatshandelsunternehmen i.S.d. Art. XVII GATT eine Preisdifferenzierung zwischen Auslandsmärkten möglich ist, wenn sie aus kommerziellen Erwägungen erfolgt.<sup>512</sup>

Problematischer ist die Frage, ob auch nicht-diskriminierendes Verhalten, das den Marktzugang faktisch erschwert, angreifbar ist. So ist es vorstellbar, dass der Monopolanbieter einer nötigen Vorleistung diese verweigert und damit inländische wie ausländische Anbieter auf einem „downstream market“ behindert. Dies ist die eigentliche „essential facility“-Situation.<sup>513</sup> Wenn keine Diskriminierung vorliegt, bleibt nur, dass die Handlung evtl. mit der spezifischen Verpflichtung auf Marktzugang unvereinbar ist. Voraussetzung wäre wohl aber, dass der Monopolanbieter damit quasi Quoten oder sonstige quantitative Beschränkungen i.S.d. Art. XVI:2 GATS einführt, der schließlich gerade kein allgemeines Beschränkungsverbot enthält. So könnte man argumentieren, dass der Monopolanbieter nicht durch gezielte Nichtbelieferung die Zahl ausländischer Anbieter beschränken darf, Art. XVI:2 lit. a) GATS. Dies bedeutet allerdings eine hohe Hürde für die Annahme einer Verletzung. Zweifelhafter wird die Bedeutung der Marktzugangspflicht noch, wenn durch die Versagung nur die Gesamtzahl der Dienstleistungen oder deren Gesamtvolumen beschränkt wird. Dieser Fall wird von Art. XVI:2 lit. c) GATS erfasst, wo sich allerdings ein Widerspruch zu Fußnote 9 zeigt. Denn diese bestimmt, dass Art. XVI:2 lit. c) GATS nicht für Maßnahmen eines Mitglieds gilt, die Vorleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen beschränken. So soll eine Beschränkung von „Inputfaktoren“ wie Büroraum, Wasser oder Strom nicht zu einer Beschränkung des „Outputs“ im Sinne der Vorschrift führen.<sup>514</sup> Die Bedeutung dieser Fußnote im vorliegenden Zusammenhang ist zweifelhaft, zumal sie nur für Art. XVI:2 lit. c) GATS gilt, durch Beschränkung der Vorleistungen aber auch der Gesamtwert der Dienstleistungsge-

---

<sup>509</sup> *Mattoo*, *ibid.*, S. 13.

<sup>510</sup> *Mattoo*, *ibid.*, S. 13 f. Wobei das System der „Accounting Rates“ allerdings von der Meistbegünstigung ausgeschlossen wurde, siehe im Einzelnen unten S. 151.

<sup>511</sup> Siehe dazu bereits oben, S 79 ff.

<sup>512</sup> Anmerkung zu Article XVII Abs. 1 GATT. *Mattoo*, *Dealing with Monopolies and State Enterprises* (1997), S. 5, gibt allerdings zu bedenken, dass die Preisdiskriminierung in Exportmärkten evtl. weniger problematisch ist als eine Diskriminierung, die zu einer ungleichen Behandlung von Importen aus verschiedenen Staaten führt.

<sup>513</sup> Hierzu im Einzelnen unten S. 122 ff.

schäfte (Art. XVI:2 lit. b) GATS) oder die Anzahl der Dienstleistungserbringer (Art. XVI:2 lit. a) GATS) beschränkt werden können.

Es ist folglich fraglich, ob Art. VIII:1 GATS tatsächlich zu einer „WTO-Version“ der Doktrin der „wesentlichen Einrichtung“ und zu einem generellen Recht auf Netzzugang gegenüber dem Infrastrukturmonopolisten führt.<sup>515</sup> Dies ist einer der Gründe, wieso später die Anlage zur Telekommunikation mit gleicher Zielrichtung aber verschärften Disziplinen geschaffen wurde.<sup>516</sup>

Für die „Einkaufsseite“ wird der Anbieter im Sinne des Art. VIII GATS keinen Beschränkungen unterworfen. Dies folgt bereits daraus, dass nur Handeln „bei Erbringung der Monopoldienstleistung“ erfasst ist.<sup>517</sup> Entsprechende Anforderungen wären auch nur gerechtfertigt, wenn der Monopolist quasi alleiniger Abnehmer einer Dienstleistung<sup>518</sup> wäre, da er nur dann den Import der Dienstleistung bestimmen kann, wie es beispielsweise eine Quotenregelung täte. Die Norm stellt aber auf ein Monopol in der Erbringung ab.<sup>519</sup> Wenn das Unternehmen allerdings im staatlichen Eigentum und unter staatlicher Kontrolle steht, gelten die allgemeinen Regeln. Dann ist fraglich, ob beim Einkauf durch ein staatlich kontrolliertes Monopol die bereits angesprochene Ausnahme des Art. XIII GATS greift.<sup>520</sup>

#### **cc.) Art. VIII:2 GATS, Bindung außerhalb des Monopolbereichs**

Gemäß Art. VIII:2 GATS muss das Mitglied, wenn der Monopolanbieter außerhalb seines Monopolbereichs direkt oder über ein verbundenes Unternehmen Dienstleistungen im Wettbewerb erbringt, hinsichtlich derer spezifische Verpflichtungen übernommen wurden, gewährleisten, dass der Anbieter seine Monopolstellung nicht missbraucht, um im jeweiligen Hoheitsgebiet in einer Weise zu handeln, die mit diesen Verpflichtungen unvereinbar ist.

Diesem Absatz geht es um den Missbrauch der Monopolstellung in einem benachbarten Markt. Ein solcher Missbrauch kann z.B. in der Quersubventionierung der dortigen Aktivitä-

---

<sup>514</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 90.

<sup>515</sup> *So Luff*, Multilateral Trade Issues and Liberalization, in: Geradin (2000), S. 331 [349].

<sup>516</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 16 f. Die Anlage gibt einen originären Zugangsanspruch, der nicht nur Monopolisten sondern auch andere Infrastrukturinhaber verpflichtet und unabhängig ist von den konkreten Marktzugangs- und Inländerbehandlungsverpflichtungen.

<sup>517</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455; *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 3. Siehe auch *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 81 [FN 81].

<sup>518</sup> Es ist zweifelhaft, ob beim Einkauf von Gütern durch ein Dienstleistungsmonopol, d.h. zur Herstellung von Dienstleistungen Art. XVII GATT Anwendung findet, vgl. *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 3.

<sup>519</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 11 ff.

<sup>520</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

ten mit Monopolgewinnen<sup>521</sup> oder im Transfer von Marktmacht („leverage“) auf den bisher wettbewerblichen Markt liegen.

Nach der Formulierung des Art. VIII:2 GATS erfüllt allerdings noch nicht der Missbrauch der Monopolstellung als solches den Tatbestand, sondern ist weiter ein Handeln erforderlich, das mit den spezifischen Verpflichtungen des jeweiligen Mitglieds unvereinbar ist.<sup>522</sup> Im Ergebnis entscheidend ist deshalb weniger das Vorliegen und die Schwere eines bestimmten missbräuchlichen Verhaltens, wie es im Wettbewerbsrecht umschrieben wird, als vielmehr das Resultat, nämlich die Verletzung von Verpflichtungen in Bezug auf Inländerbehandlung oder Marktzugangsrechte.<sup>523</sup> Dies wirft jedoch erhebliche Probleme auf. Missbräuchliches Verhalten des Monopolisten auf einem benachbarten Markt dürfte typischerweise eher keine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Inländerbehandlung bedeuten. Eine Quersubventionierung der Aktivitäten außerhalb des Monopols trifft alle anderen Marktteilnehmer – unabhängig von der Nationalität – in gleicher Weise. Nur in Einzelfällen, wenn ausschließlich Ausländer betroffen sind, könnte man eine de facto-Diskriminierung annehmen.<sup>524</sup> Eher sind jedoch faktische Erschwerungen des Marktzugangs vorstellbar. Denn der Monopolist wird seine Stellung nutzen, um die Teilnahme am benachbarten Markt zu behindern. Da solche Behinderungen nicht die Form der Maßnahmen in Art. XVI:2 GATS annehmen werden, muss spätestens hier der Effekt, d.h. das Vorliegen einer den dort genannten Maßnahmen gleichen Wirkung, Berücksichtigung finden. Es handelt sich also um eine Situation der Zunichtemachung oder Schmälerung von Handelsvorteilen, die aber ohne die Regelung wohl nicht über die „non-violation complaint“ anfechtbar wäre, da auch diese eine staatliche Maßnahme voraussetzt.<sup>525</sup>

Zumindest soweit die Beeinträchtigung spezifischer Verpflichtungen droht, verlangt die Vorschrift eine strikte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gegenüber Monopolisten in Bezug auf Dienstleistungen, die außerhalb des Monopolbereichs erbracht werden.<sup>526</sup> Denn nach dem Wortlaut („shall ensure“) besteht eine Handlungs- bzw Gewährleistungspflicht des Staates.<sup>527</sup> Es werden allerdings nur Mißbrauchshandlungen (Quersubventionierung etc.) auf dem Hei-

---

<sup>521</sup> Poretti, Art. XV GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 37 sieht hier ein Verbot von Quersubventionierungen.

<sup>522</sup> Dies vernachlässigen Bigdeli/Rechsteiner, Art. VIII GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 26 ff.

<sup>523</sup> Zdouc, Legal Problems Arising under the GATS (2002), S. 269, 271.

<sup>524</sup> Zdouc, Legal Problems Arising under the GATS (2002), S. 270. Anders wäre es, wenn man die Verpflichtung zur Inländerbehandlung so weit auslegt, dass sie den Bedingungen des Gemeinsamen Marktes in der EU gleichkommt; vgl. Adlung, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235.

<sup>525</sup> Art. XXIII:3 GATS: „... nullified or impaired as a result of the application of any measure which does not conflict with the provisions of this Agreement ...“.

<sup>526</sup> Weinrauch, Competition Law in the WTO (2004), S. 141.

<sup>527</sup> Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

matmarkt, nicht auf Exportmärkten erfasst („to act in its territory“).<sup>528</sup> Dies ist folgerichtig, da auch die spezifischen Verpflichtungen sich nicht auf Exporttatbestände beziehen.<sup>529</sup> Art. VIII:2 GATS betrifft also nicht den Fall, dass ein Monopolist seine geschützte Stellung zur Eroberung von Exportmärkten (durch Quersubventionierung o.ä.) nutzt.

#### dd.) Bewertung

Insgesamt lässt Art. VIII GATS zwar die Bedeutung und das „Potential“ von Wettbewerbsregeln erkennen,<sup>530</sup> bleibt jedoch in seiner Reichweite und seiner Struktur unbefriedigend. So verwundert es nicht, dass er bisher in der Praxis kaum eine Rolle gespielt hat.<sup>531</sup>

Die Reichweite wird durch die enge Definition des „Monopolanbieters“ in Art. XXVIII lit. h) GATS erheblich beschränkt.<sup>532</sup> Dabei ist das Anliegen der Vorschrift in der Sache unabhängig vom staatlichen Einfluss auch für „natürliche Monopole“, Infrastrukturmonopole und De-Monopolisierungssituationen relevant.<sup>533</sup>

Hinsichtlich der Struktur scheint die Vorschrift bei der Adaption der GATT-Regeln für den Dienstleistungsbereich auf „halbem Wege“ stehengeblieben zu sein. Verboten ist unternehmerisches Handeln, das einen Verstoß gegen die staatsgerichteten GATS-Vorschriften bedeutet. Hier scheint die Zielrichtung der GATT-Regeln, eine Umgehung der Vorschriften über den Umweg staatlich kontrollierter Unternehmen zu verhindern, durch. Die Folge ist, dass nur ein (kleiner) Teilbereich wettbewerbswidrigen Verhaltens erfasst wird, insbesondere Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit und Marktzugangsbeschränkungen im engen Sinne des Art. XVI GATS.<sup>534</sup> Da eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs auch ohne Verstoß gegen diese Vorschriften möglich ist, wird ein effektiver Wettbewerbsschutz nicht erreicht.<sup>535</sup> Dies zeigt, dass es sich um ein „verkürztes Wettbewerbsrecht“ handelt, dem es noch nicht um gleiche Wettbewerbsbedingungen sondern um den Schutz von Marktzugangsverpflichtungen

---

<sup>528</sup> *Zdouc*, Legal Problems Arising under the GATS (2002), S. 267; *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 169.

<sup>529</sup> So *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235.

<sup>530</sup> *Warner*, Competition Policy and GATS, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 364 [377].

<sup>531</sup> Bisher gab es nur eine Beschwerde der USA gegen Belgien in Bezug auf Telefonverzeichnis-Dienstleistungen, die sich auf Art. VIII GATS gestützt hat; *Belgium-Measures Affecting Commercial Directory Services*, WT/DS80/1, 12. Mai 1997; dazu: *Warner*, Is there a Future for Trade and Competition Policy Rule Making?, *Int.T.L.R.* 2000, 6(3), 66 [75].

<sup>532</sup> *Hoekman/Mavroidis*, Economic Development, Competition Policy and the WTO, *JWT* 37(1) (2003), S. 1 [12].

<sup>533</sup> *Cossy*, Water Services at the WTO in: *Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder* (2005), S. 117 [128].

<sup>534</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [374].

<sup>535</sup> *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 172 f.

geht.<sup>536</sup> Aber selbst die Erreichung dieses Ziel erscheint zweifelhaft, da die staatengerichteten Vorschriften der Art. II, XVI, XVII GATS nur bedingt als Maßstab für unternehmerisches Handeln, das Markteintrittsbarrieren errichtet, geeignet sind.

### **b.) Wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken, Art. IX GATS**

Die folgende Vorschrift zu sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken, Art. IX GATS, ist sehr weit und allgemein gehalten.<sup>537</sup> Sie erkennt in Absatz 1 „gewisse Geschäftspraktiken“, die nicht bereits unter Art. VIII GATS fallen, als problematisch an, da sie den Wettbewerb behindern und damit den Handel beschränken können.<sup>538</sup> Auch in dieser Formulierung zeigt sich die Perspektive des Handelsrechts, da nur Wettbewerbsbeschränkungen von Interesse sind, die auch den Handel beschränken. Welche Beschränkungen das im Einzelnen sind, bleibt offen.<sup>539</sup> Anders als bei Art. VIII GATS ist ein staatlicher Einfluss auf den Anbieter bzw. seine Stellung nicht erforderlich. Mit diesem erweiterten Anwendungsbereich gehen aber deutlich schwächere Disziplinen einher.

In Reaktion auf das Problem restriktiver Geschäftspraktiken enthält Art. IX:2 GATS eine Verpflichtung auf Konsultationen, wohlwollende Prüfung und Informationsaustausch. Dies kann als Ansatz von „positive comity“ gesehen werden.<sup>540</sup> Es verpflichtet aber nicht zu einem Vorgehen gegen entsprechende Praktiken oder auch nur zu einer Schaffung von Wettbewerbsregeln.<sup>541</sup>

### **c.) Sonstige Verantwortlichkeit für privates Handeln**

Fraglich ist, ob auch außerhalb der Art. VIII und IX GATS eine Verantwortlichkeit des Staates für wettbewerbs- und handelsbeschränkendes Verhalten durch Unternehmen begründet werden kann. Zum einen ist vorstellbar, dass privates Handeln von Unternehmen, die nicht Art. VIII GATS unterfallen, die Diskriminierungsverbote oder Marktzugangspflichten verletzt. Zum anderen können auch Maßnahmen, die als solches nicht gegen GATS-Vorschriften verstoßen, angreifbar sein, wenn sie zur Schmälerung oder Zunichtemachung von Handelsvorteilen führen, Art. XXIII GATS.<sup>542</sup>

---

<sup>536</sup> Luff, Multilateral Trade Issues and Liberalization, in: Geradin (2000), S. 331 [350]. Geschützt werden auch nur ausländische Dienstleistungsanbieter, nicht Verbraucher. Diese können sich auch nicht auf Meistbegünstigung oder Inländerbehandlung berufen.

<sup>537</sup> Zu Art. IX GATS: *Malaguti*, Restrictive Business Practices in International Trade, JWT 32 (1998), S. 117 [130 f.].

<sup>538</sup> „Members recognize that certain business practices of service suppliers, other than those falling under Article VIII, may restrain competition and thereby restrict trade in services.“

<sup>539</sup> Dazu: *Bigdeli/Burri Nenova*, Art. IX GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 9 ff.

<sup>540</sup> *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 176.

<sup>541</sup> *Bigdeli/Burri Nenova*, Art. IX GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 6, 29.

<sup>542</sup> Sog. „non-violation complaint“ – eine „situation complaint“ gibt es demgegenüber im GATS nicht.

In beiden Fällen ist jedoch eine staatliche Maßnahme als Anknüpfungspunkt erforderlich. Insbesondere verlangt auch die „non-violation complaint“ die Anwendung einer Maßnahme („application of any measure“). Die bloße Duldung, das staatliche Nichtstun ist dem Wortsinn nach keine „application of a measure“.<sup>543</sup> Fraglich ist wiederum, wie eine positive Entscheidung, nicht einzuschreiten, oder gar eine formale Freistellung zu bewerten ist.<sup>544</sup>

Hinsichtlich der „non-violation complaint“ stellt sich das zusätzliche Problem, dass kaum nachweisbar sein dürfte, dass private Beschränkungen unvorhersehbar waren.<sup>545</sup> Denn auch bei einer vollständigen Verpflichtung können die Mitglieder wohl gerade keinen „effektiven“ Marktzugang erwarten.<sup>546</sup> Auch der Entstehungshintergrund und die bisherige Anwendung der Norm lassen nicht erwarten, dass diese erfolgreich gegen Wettbewerbsbeschränkungen herangezogen werden kann.<sup>547</sup>

#### **d.) Schutz über Inländergleichbehandlung im nationalen Wettbewerbsrecht**

Soweit im nationalen Recht Wettbewerbsregeln vorhanden sind, erlangen ausländische Anbieter einen gewissen Schutz über den Grundsatz der Inländergleichbehandlung.<sup>548</sup> Denn auch Wettbewerbsregeln und ihre Anwendung sind grundsätzlich am Maßstab des WTO-Rechts zu prüfen.<sup>549</sup> Die Inländerbehandlung des GATS nimmt hier eine besondere Rolle ein, da sie nicht nur in Bezug auf das Produkt, sondern auch in Bezug auf die Unternehmen, die Dienstleistungserbringer, zu gewähren ist.<sup>550</sup> Das bedeutet, dass ein Übernahmeversuch durch einen ausländischen Dienstleistungserbringer nicht schlechter zu behandeln ist als eine Fusion nationaler Unternehmen und das Verhalten eines ausländischen Anbieters nicht als missbräuchlich verfolgt werden darf, wenn ein entsprechendes Verhalten bei Inländern nicht beanstandet wird. In der Praxis wird aber eine Ungleichbehandlung bei den typischen „rule of reason“-Entscheidungen des Wettbewerbsrechts schwer zu begründen sein, da kein Fall dem anderen

---

<sup>543</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79; *Hoekman/Mavroidis*, Economic Development, Competition Policy and the WTO, JWT 37(1), S. 1 [14]; *Mavroidis/van Siclen*, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, JWT 31 (5), S. 5 [11].

<sup>544</sup> *Ehlermann/Ehring*, WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body Experience, 26 Fordham Int'l L. J. (2003), S. 1505; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 65.

<sup>545</sup> *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 9.

<sup>546</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 118.

<sup>547</sup> *Roessler*, Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law Through Non-Violation Complaints?, JIEL (1999), S. 413.

<sup>548</sup> Dazu: *Mavroidis*, International Competition Rules, FEEM Working Paper No. 70-99, S. 3; *Ehlermann/Ehring*, WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body Experience, 26 Fordham Int'l L. J. (2003), S. 1505.

<sup>549</sup> *United States – Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136/R vom 31. März 2000, Ziff. 6.172.

<sup>550</sup> Die Inländerbehandlung gilt aber nicht in Bezug auf Verbrauchervorteile. Bei einer Fusion oder einem Kartell können Nachteile für ausländische Verbraucher unberücksichtigt bleiben.

völlig gleich.<sup>551</sup> Auch bleibt das Problem, dass bloßes Nichthandeln noch keine staatliche Maßnahme ist.<sup>552</sup>

---

<sup>551</sup> *Mavroidis*, International Competition Rules, FEEM Working Paper No. 70-99, S. 5.

<sup>552</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 144.

#### D. Zwischenergebnis zum Regelwerk des GATS

Das GATS ist in seinem Anwendungsbereich grundsätzlich umfassend. Es gibt keine signifikanten Ausnahmereiche außerhalb des Kernbereichs staatlicher Hoheitsrechte. Insbesondere bietet Art. I:3 lit. b) und c) GATS keinen „Schutzraum“ für Dienstleistungen im öffentlichen Interesse. Den mitgliedstaatlichen Vorbehalten in bestimmten Dienstleistungssektoren kommt primär die „äußere Flexibilität“ entgegen, die den Mitgliedsstaaten die Entscheidung überlässt, welche Sektoren sie zu welchen Bedingungen dem GATS unterstellen wollen. Hiervon haben die Mitglieder mit verschiedensten Vorbehalten und Sonderregimen Gebrauch gemacht. Diese Art der Flexibilität bringt aber einige Probleme für die Effektivität weiterer Verhandlungen und die Rechtssicherheit mit sich. Wünschenswert ist deshalb auch eine „innere Flexibilität“ der Regeln, die zwar Protektionismus verhindert aber den Mitgliedstaaten gleichzeitig Spielräume zur Verfolgung diverser nicht-wirtschaftlicher Ziele belässt. Mangels einer „Querschnittsklausel“ zur Herstellung dieses Ausgleichs ist entscheidend, wie die Wirkung der verschiedenen Vorschriften des GATS zu charakterisieren ist.

Hier bietet sich ein ambivalentes Bild. Einerseits können „effektiver Marktzugang“<sup>553</sup> oder gar „Marktzugang über alles“ nicht als Leitmotiv des GATS ausgemacht werden. Das GATS enthält gerade keine Vorschrift, die umfassend Marktzugang gewährt, keine Niederlassungsfreiheit, sondern nur einen langfristig erwünschten Mindeststandard in Art. XVI GATS. Es hat sich die Ausweitung des Handels, die progressive Liberalisierung als Ziel gesetzt, nicht eine Deregulierung, auch wenn natürlich faktische Verbindungen bestehen und die Reichweite einzelner Normen bisher unklar ist. Das Recht der Mitglieder zu Regelsetzung wird anerkannt.

Es ist andererseits jedoch nicht überzeugend, dem GATS einen Charakter als reines Instrument der negativen Integration mit der Nichtdiskriminierung als Leitprinzip zuzusprechen.<sup>554</sup> Zwar könnte durch ein solches Verständnis die nationale Regelungssouveränität optimal geschont werden. Das GATS geht aber ersichtlich davon aus, dass Nichtdiskriminierung nicht in jedem Fall ausreicht. Dies wird besonders deutlich in den per se-Verboten des Art. XVI GATS und deren Inbezugnahme in Art. VIII GATS. Die Nichtdiskriminierung wäre auch deshalb ein problematischer „Leitstern“, weil die Nationalität einer Dienstleistung und eines

---

<sup>553</sup> *Krajewski*, Playing by the Rules of the Game?, LIEI 32(4) (2005), S. 417 [436] unterstellt den Streitbeilegungsorganen „effektiven Marktzugang“ als Zielvorstellung.

<sup>554</sup> So *Mavroidis*, Highway XVI re-visited, WTR 6(1) (2007), S. 1 [22].

Dienstleistungserbringers zunehmend schwierig zu bestimmen und das Kriterium der Grenzüberschreitung weniger eindeutig ist als bei Waren.<sup>555</sup>

Fraglich ist, ob mit der „Bestreitbarkeit“ als Referenzgröße ein Mittelweg gewählt werden kann. Bestreitbarkeit im hier vorgeschlagenen Sinn ist weiter als die Nichtdiskriminierung, weil eine gewisse Offenheit des Marktes Grundvoraussetzung ist und weil auch positive Maßnahmen (evtl. sogar eine positive Diskriminierung des „Altsassen“) verlangt werden. Das Abstellen auf „Bestreitbarkeit“ soll aber zugleich die Situation im nationalen Markt ins Zentrum rücken und deutlich machen, dass es um die Möglichkeit des Markteintritts in dem jeweiligen Markt geht, nicht um Marktzugang im Sinne einer „obligation de résultat“. Bestreitbarkeit hieße nicht „Marktzugang über alles“, sondern faire Chance auf Marktzutritt unter nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch gleichen Bedingungen. Zur Beschreibung der bestehenden Regeln taugt eine so verstandene Bestreitbarkeit aber nur bedingt. Den aus dem Paradigma der Bestreitbarkeit folgenden Anforderungen wird das GATS in seiner derzeitigen Gestalt in vielerlei Hinsicht nicht gerecht.<sup>556</sup> Besonders deutliche Lücken zeigt das Regelwerk insoweit auf der Ebene der Anreiz- und Wettbewerbsregulierung. Regeln zur Subventionsvergabe und zum Beschaffungswesen sind nur in Ansätzen vorhanden. Auch die regelmäßig – insbesondere in „Entmonopolisierungs“-Prozessen – erforderlichen Maßnahmen zur Herstellung und Sicherung wettbewerblicher Märkte gibt das GATS nur unzureichend vor.

---

<sup>555</sup> Ähnliche Zuordnungsprobleme können bei der Vergabe öffentlicher Aufträge entstehen, wo sich nach dem GPA ein von Ausländern kontrolliertes Unternehmen im Inland wie auch ein inländisches Unternehmen, das im Ausland produziert, auf die Inländerbehandlung berufen kann, Art. III Abs. 2 GPA.

<sup>556</sup> Vgl. die Untersuchung von *Krancke*, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen (2003), S. 137 ff.

## **2. Teil: Regelungsansätze für Wettbewerbsmärkte und die Verfolgung nicht-ökonomischer Ziele**

Angesichts des Befundes, dass Wettbewerbsregeln mit der Struktur des GATS besser vereinbar scheinen als mit den klassischen Konzepten des Warenhandels und zu einer wirklichen Marktöffnung vielfach unverzichtbar sind, dass das bestehende Regelwerk aber lückenhaft und in seiner Ausrichtung nicht immer kohärent ist, stellt sich die Frage, um welche Werkzeuge das Recht des Dienstleistungshandels zu ergänzen ist, um die „Bestreitbarkeit“ der Märkte zu gewährleisten.<sup>557</sup> In der EU konnten Kommission und Gerichtshof bei der Öffnung und wettbewerblichen Umgestaltung der Dienstleistungsmärkte auf eine ganze „Werkzeugkiste“ mit Instrumenten des Kartellrechts, des Beihilfenrechts, des Vergaberechts, ergänzt durch sektorspezifische Regeln zurückgreifen. Im GATS bieten die bestehenden Regeln, wie oben gesehen, wenig Ansatzpunkte. Es waren und sind deshalb „Neu-Kreationen“ erforderlich. Hierbei sind theoretisch die verschiedensten Ansätze vorstellbar: sektorspezifische oder horizontale Regeln, „harte“ Rechtsprinzipien oder „soft law“, materielle Regeln oder Schutz durch Verfahren und strukturelle Vorgaben.

Für die Frage des richtigen Ansatzes zur Schaffung bzw. Gewährleistung bestreitbarer Wettbewerbsmärkte wurde im Telekommunikationssektor mit dem Referenzpapier zu Basistelekommunikationsdienstleistungen eine erste Antwort gefunden. Von dieser geht die folgende Betrachtung aus, da sie als erster, provisorischer „Brückenkopf“ zwischen Handels- und Wettbewerbsrecht<sup>558</sup> auch in den diplomatischen Verhandlungen, sei es im Rahmen der WTO, sei es in bilateralen Abkommen, als Diskussionsbasis und Referenzgröße zu Grunde gelegt wird (1. Abschnitt). Bei einem Übergang zur wettbewerblichen Erbringung von Dienstleistungen, an deren Verfügbarkeit ein besonderes öffentliches Interesse besteht, stellt sich zugleich die Frage, wie diese Verfügbarkeit von den Mitgliedstaaten gewährleistet werden kann, ohne dass übermäßige Wettbewerbsverzerrungen eintreten. Das Referenzpapier führt in das GATS ein neues Instrument zur Ermöglichung der Verfolgung nicht-ökonomischer Ziele in einem Wettbewerbsumfeld ein: das Konzept der Universaldienstleistung. Hier ist zu untersuchen, ob dieses geeignet ist, die erforderliche „innere Flexibilität“ herzustellen und welche Erweiterungen oder Ergänzungen evtl. erforderlich sind bzw. welche alternativen Ansätze bestehen (2. Abschnitt).

---

<sup>557</sup> *Sauvé*, Services and the International Contestability of Markets (1996), S. 47 [48] spricht insoweit von der „contestability tool box“.

## 1. Abschnitt: Die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsmärkten

Im Telekommunikationssektor hat die Erkenntnis, dass Regeln für das Verhalten von Unternehmen im Markt erforderlich sein können, um eine wirkliche Marktöffnung zu erreichen, zuerst zu einem greifbaren Ergebnis geführt. Ob dieses erste Ergebnis bereits einen geeigneten Rahmen für die Schaffung und Erhaltung wettbewerbsfähiger Märkte bildet oder noch dem Marktzugangsdenken verhaftet und somit Ausdruck einer speziellen WTO-Perspektive auf „private Handelsbarrieren“<sup>559</sup> bleibt, ist eine offene Frage. Fraglich ist auch, wie das Referenzpapier sich in das Regelwerk des GATS einfügt. Ist es logische Fortentwicklung, ein „Quantensprung“ zu einer neuen Art von Verpflichtung oder eher ein Fremdkörper? In der hier angestellten Untersuchung des Referenzpapiers sollen auch die bisher einzige hierzu ergangene Entscheidung sowie die inzwischen in der Telekommunikationsregulierung gewonnenen Erfahrungen berücksichtigt werden (hierzu unter A.). Daran schließt sich die Frage an, ob und in welcher Hinsicht die Regeln tatsächlich als Vorbild für andere Sektoren taugen. Etwas vertieft sollen dabei die Post- und Kurierdienstleistungen betrachtet werden (hierzu unter B.). Abschließend werden erste Überlegungen zur Übertragung von Regelungselementen auf die horizontale Ebene des GATS angestellt (hierzu unter C.).

### A. Das „Reference Paper on Basic Telecommunications Services“ als Präzedenzfall sektorspezifischer „Re-Regulierung“

Das Referenzpapier hat viel Anerkennung erfahren. Es wurde als wichtige Fortentwicklung und Ergänzung der GATS-Regeln,<sup>560</sup> wie auch als „höchste Stufe“ der Entwicklung von Wettbewerbsregeln im Welthandelssystem gepriesen.<sup>561</sup> Denn zum ersten Mal überhaupt ist es dort gelungen, eine multilaterale Einigung auf verbindliche Wettbewerbs- bzw. Regulierungsprinzipien zu erzielen.<sup>562</sup>

Zwar ist den auch vorhandenen kritischen Stimmen zuzugeben, dass es sich bei dem Referenzpapier im Ausgangspunkt eher um eine Reaktion auf Marktzugangsbedenken in einem bestimmten Markt handelt, als um den originären Versuch, grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen, die sich der Regelung durch einzelne Staaten entziehen, zu bekämp-

---

<sup>558</sup> *Bronckers*, Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom (1998), S. 15.

<sup>559</sup> *So Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behaviour, 34 *New Eng. L. Rev.* (1999), S. 79.

<sup>560</sup> *Cohen*, Domestic Policy and South Africa's Commitments under the WTO's Basic Telecommunications Agreement, 4 *JIEL* (2001), 725 [729] nennt die verbreitete Annahme des Referenzpapiers „the most important lubricant to the mechanics of the GATS ...“.

<sup>561</sup> *Koopmann*, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: *Guerrieri/Scharrer* (2002), S. 359 [389]; *Drake/Noam*, The WTO deal on basic telecommunications, *Telecommunications Policy* 21(9/10) (1997), S. 799 [806].

fen.<sup>563</sup> Die Verhandlungen im Telekommunikationssektor waren jedoch bereits im Vorfeld als „Laboratorium“ gesehen worden, welches dazu dienen kann, mit neuen Ansätzen hinsichtlich der Regulierungs- und Wettbewerbsdimension des Marktzugangs zu experimentieren.<sup>564</sup> Insofern wird auch die Bedeutung als „Präzedenzfall“ und mögliche Vorlage für andere Sektoren von Kritikern wie Befürwortern hervorgehoben.<sup>565</sup> Hierbei wird sich allerdings noch beweisen müssen, ob die Einschätzung richtig ist, dass wichtiger noch als die konkreten Auswirkungen im Telekommunikationsbereich der in der Einigung liegende Durchbruch, nämlich die in den ersten „WTO-Wettbewerbsregeln“ liegende Überwindung eines Tabus, ist.<sup>566</sup> Erste Anhaltspunkte können hier Hintergrund und Entstehungsgeschichte des Referenzpapiers sowie die bisherige Praxis, insbesondere die Entscheidung im Fall „Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services“ bieten (hierzu unter I.).

Inhaltlich wird das Referenzpapier überwiegend als Amalgam von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht gesehen.<sup>567</sup> Es schützt den Wettbewerb („competitive safeguards“) und fördert ihn (Zusammenschaltungsverpflichtung). Dies ist auch nur folgerichtig: Wenn Regulierungs- und Wettbewerbsrecht im innerstaatlichen Bereich häufig als komplementär beschrieben werden, so muss das Referenzpapier hier gewissermaßen beide Rollen einnehmen. Wegen der herausgehobenen Bedeutung der Zusammenschaltungsverpflichtung scheint es allerdings zunächst näher an zutrittsfreundlicher ex-ante-Regulierung als an „reinem“ Wettbewerbsrecht zu liegen.<sup>568</sup>

Wichtiger Ausgangspunkt für die Bewertung der Inhalte sind die Beschränkungen im Anwendungsbereich. Diese folgen zum einen aus dem erforderlichen Bezug zu „Basistelekommunikationsdienstleistungen“ (hierzu unter II.). Im vorliegenden Zusammenhang von größerem Interesse sind die Begrenzung des Adressatenkreises auf „major supplier“ und die im Referenzpapier verwendete Definition für diese „Hauptanbieter“ (hierzu unter III.). Die beiden inhaltlichen Hauptsäulen werden von den Wettbewerbsregeln (hierzu unter IV.) und den Re-

---

<sup>562</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [62]; *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [198]; *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 2.

<sup>563</sup> *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 A.J.I.L. (2000), S. 478 [FN 43]; *Tarullo*, Competition Policy for Global Markets, JIEL (1999), 445 [451].

<sup>564</sup> *Sauvé*, Services and the International Contestability of Markets (1996), S. 47 [57].

<sup>565</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 1; *Marsden*, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [4].

<sup>566</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1010 f.].

<sup>567</sup> *Goyder*, EC Competition Law (2003), S. 515; *Marsden*, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [4]; *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4), S. 833 [848]; *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [198].

<sup>568</sup> *Goyder*, EC Competition Law (2003), S. 518; *Marsden*, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [8].

geln zur Zusammenschaltung (hierzu unter V.) gebildet. Zu deren Umsetzung verlangt das Referenzpapier die Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsbehörde (hierzu unter VI.). Die Anforderungen an diese bleiben, wie auch die materiellen Regeln, an entscheidender Stelle unbestimmt und wenig strikt. Die damit verbundenen Spielräume der Mitgliedstaaten werden durch die Art der Einbeziehung der Regeln als „zusätzliche Verpflichtungen“ in den nationalen Liberalisierungslisten noch erhöht (hierzu unter VII.). Die Flexibilität und fehlende Präzision des Referenzpapiers wurden vielfach kritisiert. Vor dem Hintergrund dieser Kritik und der zwischenzeitlich eingetretenen Entwicklung des Telekommunikationssektors stellt sich die Frage einer möglichen Fortentwicklung dieses Regelungsrahmens (hierzu unter VIII.).

## I. Hintergrund, Entstehungsgeschichte und Anwendungsfälle

Die Telekommunikation ist ihrem Wesen nach eine transnationale Technologie, die von Anfang an eine internationale Kooperation erforderlich gemacht hat. Dies zeigt sich deutlich in dem Umstand, dass die 1865 gegründete International Telegraph Union – Vorgängerin der International Telecommunication Union (ITU) – die erste Internationale Organisation überhaupt war.<sup>569</sup> Auch für das GATS haben Telekommunikationsdienstleistungen von Anfang an eine herausgehobene Rolle gespielt. Sie waren bereits während der Uruguay-Runde ein treibender Sektor für die Aufnahme von Dienstleistungen in das WTO-System.<sup>570</sup> Hintergrund war, dass viele Industrieländer glaubten, dass die ITU – wegen des Gewichts der Monopolanbieter und der Entwicklungsländer in diesem klassischen System internationaler Kooperation – nicht das richtige Forum für eine Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes wäre, wohingegen man dem GATT zu Gute hielt, dass es, auch wegen der Möglichkeit von „trade offs“, einen effektiveren Verhandlungsrahmen bietet sowie über bewährte Prinzipien und Streitbeilegungsmechanismen verfügt.<sup>571</sup>

### 1. Verhandlungsgeschichte

In der Uruguay-Runde selbst konnten sich die Mitglieder allerdings noch nicht auf substantielle Liberalisierungsschritte einigen. Verpflichtungen gingen die meisten Mitglieder nur im Bereich der sogenannten Mehrwertdienste ein.<sup>572</sup> Als Stolperstein der Verhandlungen erwies

---

<sup>569</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4) (2007), S. 833.

<sup>570</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 138 ff.; *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [84 f.]; ausführlich zur Verhandlungsgeschichte: v. *Schorlemer*, Globale Telekommunikation und Entwicklungsländer (2000), S. 195 ff.

<sup>571</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [991 f.].

<sup>572</sup> Mehrwertdienste („value-added services“) sind Dienste, die über die bloße Übertragung einer (unveränderten) Information hinausgehen, z.B. E-Mail- oder Datenbankdienste. Siehe unten zum Gegenbegriff der Basistelekommunikationsdienstleistungen.

sich das sogenannte „Free-rider“-Problem, das aus der Pflicht zur Meistbegünstigung folgt. Denn danach sind Vorteile, die einem Mitglied eingeräumt wurden, unverzüglich und bedingungslos auf alle Mitglieder zu erstrecken, d.h. auch auf solche, die selbst keinerlei Konzession machen. So waren die USA einerseits Antreiber, agierten andererseits aber immer unter dem Vorbehalt, dass eine „kritische Masse“ von Staaten Zugeständnisse macht, um ein einseitiges Profitieren von den offenen Märkten der Vereinigten Staaten zu verhindern.<sup>573</sup> Im Ergebnis einigten sich die zuständigen Minister hinsichtlich der „einfachen“ Telefondienstleistungen zunächst nur, den Verhandlungszeitraum über den Abschluss der Uruguay-Runde hinaus zu erstrecken.<sup>574</sup>

Ein wichtiges Resultat der Runde war jedoch die Anlage zur Telekommunikation („Annex on Telecommunications“).<sup>575</sup> Mit dieser Anlage soll Dienstleistungserbringern in Sektoren, in denen spezifische Verpflichtungen übernommen wurden, die Nutzung der Telefonnetze im übernehmenden Mitgliedstaat gesichert werden. Es handelt sich damit um akzessorische Pflichten. Die Anlage behandelt Telekommunikationsdienste in ihrer Funktion als „input“, d.h. als Infrastruktur, welche zur Erbringung anderer Dienstleistungen erforderlich ist. Eine Verpflichtung zur Marktöffnung wurde ausdrücklich nicht übernommen.<sup>576</sup>

Die Anlage weist jedoch bereits interessante Besonderheiten auf. Ihr Inhalt kann als Konkretisierung (und Erweiterung) der Art. VI, Art. VIII und Art. IX GATS beschrieben werden.<sup>577</sup> Kern der Anlage ist das Zugangs- und Nutzungsrecht in Ziff. 5.<sup>578</sup> Hiernach hat jedes Mitglied sicher zu stellen, dass jedem Diensteanbieter eines anderen Mitglieds der Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen und -diensten zu angemessenen („reasonable“) und nicht-diskriminierenden Bedingungen („terms and conditions“) eingeräumt wird. Damit begründet die Anlage Zugangsverpflichtungen, die auch private Anbieter und Netzinhaber treffen können.<sup>579</sup> Denn die Definition der öffentlichen Telekommunikationsdienste und -netze stellt nicht auf Eigentumsverhältnisse ab, sondern darauf, dass der Dienst der Öffentlichkeit allge-

---

<sup>573</sup> Zu den Verhandlungen: *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [992 ff.]; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 209 ff.; *Cameron*, Telecommunications and audio-visual services in the context of the WTO, in: Geradin/Luff (2004), S. 21; *McLarty*, Liberalized Telecommunications Trade, 51 Fed. Comm. L.J. (1998), S. 1. Zu den polit-ökonomischen Hintergründen in den USA: *Cowhey/Richards*, Explaining the US-Approach (2002).

<sup>574</sup> *Decision on Negotiations on Basic Telecommunications*, LT/UR/D-5/4, 15. April 1994. Zur Verhinderung des „Trittbrettfahrens“ wurde in der Anlage zu Verhandlungen über Basistelekommunikation die Meistbegünstigungspflicht bis zum Abschluss der Verhandlungen suspendiert.

<sup>575</sup> Dazu *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 77 ff.

<sup>576</sup> Vgl. Ziff. 2 c) der Anlage zur Telekommunikation.

<sup>577</sup> *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, E 27, Rn. 241.

<sup>578</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 252; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 167.

<sup>579</sup> *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [86]; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 246.

mein angeboten werden muss.<sup>580</sup> Die Mitgliedstaaten trifft insoweit eine Gewährleistungspflicht, wie Fußnote 14 klargestellt. Die Anbieter unterliegen einem Diskriminierungsverbot, das noch über die allgemeine Inländerbehandlung hinausgeht. Denn die Bedingungen dürfen hier nicht ungünstiger sein, als gegenüber jedem anderen Nutzer.<sup>581</sup> Es wird damit eine – im Regulierungsrecht bekannte aber im Handelsrecht neue – dritte Dimension der Nichtdiskriminierung eingeführt.<sup>582</sup> Hinzuweisen ist auch auf die bereits an anderer Stelle angesprochene Ausnahme in Ziff. 5 lit. e der Anlage, die sich auf die Sicherstellung der Universaldienstverpflichtungen bezieht.<sup>583</sup>

Die Anlage ist ihrer Zielrichtung entsprechend in erster Linie für eine Vielzahl von Nicht-Telekommunikationsdienstleistungen von Bedeutung, die wie z.B. Finanzdienstleistungen auf den Zugang zu Telefonnetzen und –diensten angewiesen sind.<sup>584</sup> Sie ist aber auch neben dem Referenzpapier anwendbar. Wenn Verpflichtungen in Bezug auf Basistelekommunikationsdienstleistungen unternommen wurden, müssen Zugang und Nutzung auch zur Erbringung von Basistelekommunikationsdienstleistungen ermöglicht werden.<sup>585</sup> Die Anlage kann dann ein „zweites Sicherheitsnetz“ für den Marktzugang ausländischer Anbieter bilden.<sup>586</sup>

Erst am 15. Februar 1997 konnten 69 WTO-Mitglieder eine Einigung auf das Übereinkommen über Basistelekommunikationsdienste selbst erzielen, das als viertes Protokoll zum GATS am 5. Februar 1998 in Kraft getreten ist.<sup>587</sup> Das Protokoll enthält die Listen der spezifischen Verpflichtungen in Bezug auf Basistelekommunikationsdienstleistungen. In diesen ha-

---

<sup>580</sup> Ziff. 3 b) und c) Anlage zur Telekommunikation.

<sup>581</sup> Vgl. Fußnote 15: „The term ‘non-discriminatory’ is understood to refer to most-favoured nation and national treatment as defined in the Agreement, as well as to reflect sector-specific usage of the term to mean ‘terms and conditions no less favourable than those accorded to any other user of like public telecommunications transport networks or services under like circumstances’.”

<sup>582</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 168 [FN 13]; *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [87].

<sup>583</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 168 f.

<sup>584</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4), S. 833 [843].

<sup>585</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.288; anders noch *Tietje*, Telekommunikation, in: *Grabitz/Hilf/Krenzler* (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 243 und *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 103: Aspekte der Zusammenschaltung seien ‚e contrario‘ nicht erfasst.

<sup>586</sup> Unterschiede liegen darin, dass die Zugangsverpflichtung der Anlage auch Anbieter trifft, die kein „major supplier“ sind und dass die Verpflichtung auf „angemessene Entgelte“ einen größeren Spielraum lässt als die „Kostenorientierung“. *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.331 und 7.334, wo aber auch die „Angemessenheit“ der Entgelte verneint wurde. Im Text war ursprünglich eine Kostenorientierung vorgesehen, die aber in den Verhandlungen auf Betreiben Indiens herausgenommen wurde, vgl. *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [87].

<sup>587</sup> Das Abkommen wurde als Durchbruch gefeiert, teilweise jedoch auch zurückhaltend und skeptisch gesehen. Vgl. *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [61] und insb. *Drake/Noam*, The WTO deal on basic telecommunications, Telecommunications Policy 21(9/10) (1997), S. 799 mit den Argumenten beider Positionen.

ben die meisten der liberalisierungswilligen Staaten das „Reference Paper on Basic Telecommunications Services“ als zusätzliche Verpflichtung, Art. XVIII GATS, aufgenommen.<sup>588</sup>

## 2. Hintergrund und Funktion des Referenzpapiers

Dieses Referenzpapier beruht auf einer Initiative der USA.<sup>589</sup> Hintergrund war die Angst vor dem Fehlen „echter“ Reziprozität, die die Verhandlungen insgesamt bestimmte.<sup>590</sup> So fürchtete man, dass wegen der Monopolsituation auf fremden Märkten die Gegenseitigkeit der Handelsliberalisierung zum Nachteil der eigenen Unternehmen gefährdet sein könnte. Beeinflusst wurden die Verhandlungen und der Inhalt der Regeln aber auch durch die zeitlich parallel verlaufenden Bemühungen um eine vollständige Marktöffnung in Europa, die wiederum aus Sicht der USA Voraussetzung für das Vorliegen der „kritischen Masse“ waren.<sup>591</sup>

Vor diesem Hintergrund konzentrierten sich die Verhandlungen zum Referenzpapier auf den Schutz neuer Marktteilnehmer gegenüber dem vorherrschenden Alt-Anbieter.<sup>592</sup> Die bestehenden Regeln wurden insoweit als nicht ausreichend angesehen. Art. VIII GATS war bereits in seinem Anwendungsbereich nicht weit genug, da er die „bloß“ dominanten Anbieter nicht erfasst. Auch die materiellen Vorgaben waren nicht auf den Telekommunikationssektor abgestimmt.<sup>593</sup> Bezüglich der bereits vorhandenen Anlage zur Telekommunikation war damals noch unklar, ob zum Kreis der Zugangsberechtigten nur Nutzer oder auch Konkurrenten, d.h. andere Telekommunikationsanbieter zu zählen sind. Außerdem wurden ihre Regeln als nicht hinreichend genau empfunden.<sup>594</sup>

Bei der Frage, wie der dann mit dem Referenzpapier gewählte Ansatz zu charakterisieren ist, sind zwei Gesichtspunkte hervorzuheben. Zum einen kann die Funktion des Referenzpapiers mit dem Transfer von Know-How, der Schaffung eines Rahmens bester Praktiken beschrieben werden.<sup>595</sup> So wird geltend gemacht, das Referenzpapier biete insbesondere Entwick-

---

<sup>588</sup> Ausführlich: *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61.

<sup>589</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [67].

<sup>590</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [8].

<sup>591</sup> *Chung*, Interpretation of „Interconnection“, JWT 41(4) (2007), S. 783 [796]; *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1021].

<sup>592</sup> Erst gegen Ende wurde das Problem der Schutzbedürftigkeit der ehemaligen Monopolanbieter auf dem Heimatmarkt (z.B. vor der an späterer Stelle behandelten Praxis des „one-way bypass“) aufgeworfen: *OECD*, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications (1999), S. 6.

<sup>593</sup> Art. VIII GATS kann jedoch als Ausgangspunkt sowohl für die Zusammenschaltungsverpflichtung (Art. VIII:1 GATS) wie auch für Wettbewerbsklausel (Art. VIII:2 GATS) angesehen werden.

<sup>594</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 18.

<sup>595</sup> *Wellenius/Galarza/Guermazi*, Telecommunications and the WTO (2005), S. 20: „blueprint of best practice“; *Braga/Fink/Hoekman*, Telecommunications-Related Services, in: *Guerrieri/Scharrer* (2002), S. 401 [405]: „templates for domestic policy measures“.

lungsländern eine „road map“ zur richtigen Regulierung<sup>596</sup> und erlaube es, Jahre des „Versuchs und Irrtums“ zu vermeiden.<sup>597</sup> In eine ähnliche Richtung geht die Einschätzung, dass das Referenzpapier eher dazu diene, eine „gemeinsame Sprache“ zu finden, d.h. sich über bestimmte Zielsetzungen und Regulierungsmechanismen zu verständigen und den Rahmen der Debatte abzustecken.<sup>598</sup>

Zum anderen war aber – vor dem Hintergrund der Befürchtungen der USA – die Aufnahme in die Verpflichtungslisten und die daraus folgende Durchsetzungsmöglichkeit mit dem Streitbeilegungsverfahren ein entscheidendes Motiv.<sup>599</sup> Die Stärke des Referenzpapiers liegt gerade auch darin, dass es – durch die Bewehrung mit dem Sanktionsapparat der WTO – eine Implementierung eines entsprechenden Regelwerks in einer bestimmten Frist sicherstellt, wodurch zögerliche innerstaatliche Reformprozesse vorangetrieben werden können.<sup>600</sup> Denn auch wenn sich bisher nur eine Panel-Entscheidung mit dem Referenzpapier befasst hat, so wirkt dieses doch als Richtschnur und Druckmittel. Es bildet damit auch eine Garantie für Investoren gegen „regulatorische Risiken“.

Festzustellen ist bereits hier, dass zwischen den beiden geschilderten Funktionen und ihren Anforderungen an das Referenzpapier ein latentes Spannungsverhältnis besteht. Während der „Best Practice“-Ansatz für detaillierte Regeln ohne zwingende Pflichten streitet, verlangt die Streitige Durchsetzung wenige, dafür aber klare Basisvorgaben.

Einig waren sich die Verhandler, dass sich das Regelwerk an Ergebnissen orientieren und den Mitgliedern Ausgestaltungsflexibilität ermöglichen sollte.<sup>601</sup> So lässt das Referenzpapier bewusst offen, wer die Verpflichtungen erfüllt und wie.<sup>602</sup> Es soll sogar im Ermessen der Ver-

---

<sup>596</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 6, 18; *Cowhey/Klimenko*, Implementing Telecommunications Liberalization in Developing Countries, in: Stern (2001), S. 349 [361]: „... as close to a roadmap of market reform as political life can produce ...“.

<sup>597</sup> *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [90].

<sup>598</sup> *OECD*, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications (1999), S. 10; *Warner*, Competition Policy and GATS, in: Sauvé/Stern (2000), S. 364 [384]: „framework for thinking about“; ähnlich: *Braga/Fink/Hoekman*, Telecommunications-Related Services, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 401 [410]: „In some ways, the adoption of the Paper has changed the terms of the debate ...“.

<sup>599</sup> *Braga/Fink/Hoekman*, Telecommunications-Related Services, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 401 [406]; *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1000].

<sup>600</sup> *Cohen*, Domestic Policy and South Africa's Commitments under the WTO's Basic Telecommunications Agreement, 4 JIEL (2001), 725 [737].

<sup>601</sup> Es geht deshalb zu weit, angesichts des Inhalts des Referenzpapiers von „Harmonisierungsgrundsätzen“ zu sprechen. So aber *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197.

<sup>602</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [68].

tragsparteien stehen, ob sie die Ziele durch allgemeines Wettbewerbsrecht oder sektorspezifische Regeln erreichen wollen.<sup>603</sup>

Der Neutralität hinsichtlich der Eigentumsordnung bleibt das Referenzpapier insoweit treu, als dass die Regeln keine Verpflichtung zur Privatisierung staatlicher Monopolbetriebe enthalten.<sup>604</sup> Dies hat die EU in einer Fußnote zu ihrer Liste spezifischer Verpflichtungen noch einmal klarstellend betont.<sup>605</sup>

### 3. Der Streitfall „Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services“

Die Verpflichtungen aus dem Referenzpapier waren inzwischen Gegenstand eines Streitbeilegungsverfahrens nach dem Dispute Settlement Understanding (DSU). Der am 1. Juni 2004 angenommene Panel-Bericht im Verfahren „Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services“ („Telmex“)<sup>606</sup> betraf die Frage, unter welchen Bedingungen ausländische Telefondienstleister Anrufe in Mexiko terminieren können.<sup>607</sup> Der Panel-Bericht hat bereits kurz nach seinem Bekanntwerden erhebliche Kritik,<sup>608</sup> aber auch wohlwollende Deutungen hervorgerufen.<sup>609</sup> Einigkeit herrscht über seine Bedeutung als Präzedenzfall.<sup>610</sup>

Beklagt war Mexiko, wo bis 1997 ein Monopol für die Erbringung überregionaler und internationaler Telekommunikationsdienstleistungen zu Gunsten des ursprünglich staatlichen Unternehmens *Teléfonos de México, S.A. de C.V.* („Telmex“) bestand. Nach einer schrittweisen Marktöffnung besaßen zum Zeitpunkt des Panel-Reports bereits 27 Unternehmen die Lizenz zur Erbringung überregionaler Dienstleistungen („Long Distance Services“), u.a. *Avantel*, eine Tochtergesellschaft des US-amerikanischen Anbieters MCI, und *Alestra*, eine Tochterge-

---

<sup>603</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, *JWT* 31 (3) (1997), S. 5 [26 f.]; *Tietje*, Telekommunikation, in: *Grabitz/Hilf/Krenzler* (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 268; die Erfahrungen in Neuseeland weisen aber auf die Schwierigkeiten einer Behandlung im allgemeinen Wettbewerbsrecht, vgl. *Geradin*, *Twenty years of liberalization of network industries in the European Union* (2007), S. 7.

<sup>604</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [999]; *Tietje*, Telekommunikation, in: *Grabitz/Hilf/Krenzler* (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 281.

<sup>605</sup> *European Communities and their Member States – Schedule of Specific Commitments*, Supplement 3, GATS/SC/31/Suppl. 3.

<sup>606</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004.

<sup>607</sup> Einen Überblick über das Verfahren bieten *Footer/George*, *General Agreement on Trade in Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 799 [891 ff.]; *Wellenius/Galarza/Guermazi*, *Telecommunications and the WTO* (2005); *Baumann*, *Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens* (2007), S. 115 ff.

<sup>608</sup> *Neven/Mavroidis*, *El mess in TELMEX*, *WTR* 5(2) (2006), S. 271; *Sidak/Singer*, *Überregulation without Economics*, *57 Fed. Comm. L. J.* (2004), S. 1; *Marsden*, *Trade and Competition*, *Competition Law Insight* 16(3) (2004), S. 3.

<sup>609</sup> *Wisner/Gallus*, *The Emergence of WTO Competition Law*, *Int. T.L.R.* 10(5) (2005), S. 91; *Hauser*, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, *WTO News No.* 11 – July 2004, S. 3. Hinsichtlich der Anwendung der Wettbewerbsregeln auch *Fox*, *The WTO’s First Antitrust Case*, *JIEL* 9(2) (2006), S. 271.

<sup>610</sup> *Neven/Mavroidis*, *El mess in TELMEX*, *WTR* 5(2) (2006), S. 271 [272]; *Peng*, *Trade in Telecommunications Services*, *JWT* 41(2) (2007), S. 293 [315].

sellschaft von AT&T.<sup>611</sup> Telmex blieb jedoch weiterhin der vorherrschende Anbieter und Herr über die „letzte Meile“. Zum tatsächlichen Hintergrund gehört es, dass sich die mexikanischen Behörden und Gerichte mit der effektiven Regulierung dieses inzwischen privatisierten Ex-Monopolisten äußerst schwer taten.<sup>612</sup> Da Mexiko Verpflichtungen im Abkommen über Basistelekommunikationsdienstleistungen übernommen, insbesondere das Referenzpapier vollständig als „zusätzliche Verpflichtung“ aufgenommen hat,<sup>613</sup> kam es zu Untersuchungen des United States Trade Representatives (USTR) und in deren Rahmen zu Beschwerden von WorldCom und AT&T insbesondere hinsichtlich der Terminierungsregeln. Diese führten dazu, dass die USA im August 2000 Konsultationen mit Mexiko<sup>614</sup> und am 10. November 2000 die Einsetzung eines Panels und zusätzliche Konsultationen (Art. 4 DSU) beantragten.<sup>615</sup> Daraufhin unternahm Mexiko Schritte zur Regulierung von Telmex und die beteiligten Unternehmen erzielten eine teilweise Einigung in einem freiwilligen Übereinkommen.<sup>616</sup> Nach dem Scheitern der zusätzlichen Konsultationen beantragten die USA im Februar 2002 aber erneut die Einsetzung eines Panels, die am 17. April 2002 vorgenommen wurde.<sup>617</sup>

Kern des Streits vor dem Panel waren die mexikanischen Vorschriften über die internationale Zusammenschaltung („International Long Distance Rules“, nachfolgend auch: ILD). Diese sahen vor, dass (1.) alle ankommenden und ausgehenden internationalen Telefongespräche ausschließlich über sogenannte internationale Gateways erfolgen durften. Die zu deren Betrieb erforderliche Genehmigung besaßen nur 11 der 27 überregionalen Anbieter. Die Betreiber der Gateways waren darüber hinaus (2.) verpflichtet, für den jeweiligen Korrespondenzstaat einen einheitlichen Tarif anzuwenden. Dieser galt unabhängig davon, welcher Betreiber das Gespräch vermittelt oder terminiert („Uniform Settlement Rate“). Die Verhandlungen dieser einheitlichen Tarife übernahm (3.) das mexikanische Unternehmen mit den meisten ausgehenden Telefongesprächen in den jeweiligen ausländischen Markt innerhalb der letzten sechs Monate. Dies war für alle Märkte Telmex. Zudem waren die Betreiber (4.) verpflichtet, die eingehenden internationalen Gespräche oder die damit erzielten Umsätze unter allen Be-

---

<sup>611</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 2.10.

<sup>612</sup> *Solano/del Villar/Garcia-Verdu*, Challenges to the Effective Implementation of Competition Policy, Nw. J. Int'l. L. & Bus. 26 (2006), S. 527; *Ortiz Nagle*, Antitrust in the International Telecommunications Sector: The United States Challenges Mexico's Telmex Monopoly, U. Miami Inter-Am. L. Rev. 33 (2002), S. 183.

<sup>613</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 2.30 und Annex B.

<sup>614</sup> *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, Request for Consultations by the United States, WT/DS204/2.

<sup>615</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 1.1-1.8.

<sup>616</sup> Zur Vorgeschichte des Panel-Verfahrens: *Rosenthal*, The First Telecommunications Challenge, *CommLaw Conspectus* 10 (2002), S. 315.

treibern von Gateways in Relation zu dem jeweiligen Marktanteil bei ausgehenden Gesprächen aufzuteilen („Proportionate Return-Prinzip“).<sup>618</sup>

Die Regelung hatte die (gewollte) Folge, dass der Preis für die Terminierung eingehender Anrufe dem Preis entspricht, den ein Monopolist setzen würde. Das Verteilungsschema setzte mit seinem Bezug zu den ausgehenden Gesprächsvolumina Anreize, die Preise für Anrufe aus Mexiko in die USA zu senken, um Marktanteile zu gewinnen und einen größeren Teil der eingehenden Anrufe zugesprochen zu bekommen. Aufgrund des – parallel bestehenden – Nachfragemonopols der mexikanischen Seite war zugleich ein niedrigerer Preis für die Terminierung in den USA durchsetzbar. Dies führte zu einer privilegierten Position großer mexikanischer Anbieter, da US-Anbieter ein Interesse an einer Partnerschaft mit einem möglichst großem mexikanischen Anbieter für eingehende Anrufe (größere Menge von Anrufen bei einheitlichem Preis) hatten, während die mexikanischen Anbieter bei der Wahl ihrer US-amerikanischen Partner indifferent waren.<sup>619</sup> Als Ausgangspunkt des Streits wird dazu passend die Tatsache genannt, dass Telmex ein „routing agreement“ mit dem amerikanischen Anbieter Sprint geschlossen hat und dessen Konkurrenten AT&T und MCI sich mit kleineren Anbietern begnügen mussten.<sup>620</sup>

Die USA machten im Verfahren vor dem Panel geltend, die für die internationale Zusammenschaltung verlangten Entgelte seien entgegen Ziff. 2 des RP nicht kostenorientiert. Die mexikanische Seite habe zudem keine Maßnahmen zur Verhinderung wettbewerbswidriger Praktiken im Sinne von Ziff. 1 RP unternommen, da die ILD-Regeln Telmex ermächtigen würden, ein Kartell zu betreiben. Auch liege eine Verletzung der Verpflichtungen aus Ziff. 5 lit. a) und b) der TK-Anlage vor.<sup>621</sup>

Der Bericht des Panel stellte in den meisten Punkten eine Verletzung von Pflichten durch Mexiko fest.<sup>622</sup> Er bejahte zunächst die Anwendbarkeit der Regeln des Referenzpapiers auch auf die internationale Zusammenschaltung, da eine grenzüberschreitende Erbringung durch arbeitsteiliges Zusammenwirken vorliege und keine absolute Ausnahme für „Accounting Rates“ gelte.<sup>623</sup> Telmex sei ein „major supplier“ auf dem relevanten Markt für die „Terminierung

---

<sup>617</sup> Mit den Mitgliedern: Ernst-Ulrich Petersmann (Chairman), Raymond Tam, Björn Wellenius.

<sup>618</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 2.21 ff.

<sup>619</sup> *Neven/Mavroidis*, *El mess in TELMEX*, WTR 5(2) (2006), S. 271 [274 ff.].

<sup>620</sup> *Marsden*, *Trade and Competition*, *Competition Law Insight* 16(3) (2004), S. 3.

<sup>621</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 3.1.

<sup>622</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 8.1 f.

<sup>623</sup> Hierzu näher unten, S. 142.

ausländischer Sprachdienste sowie paketvermittelter Datenübertragungs- und Telefaxdienste in Mexiko“, da die Gesellschaft faktisch das alleinige Verhandlungsmandat habe. Die verlangten Zusammenschaltungsentgelte sah das Panel als entgegen Ziff. 2.2 (b) RP nicht kostenorientiert an, wobei es sich auf ein „Benchmarking“ stützte. Die – staatlich vorgeschriebene – Festsetzung der einheitlichen „Uniform Settlement Rates“ komme einem Preiskartell gleich, das von Ziff. 1.1 RP erfasst sei. Die in Folge des „Proportionate Return“-Prinzips getroffenen Absprachen seien Marktaufteilungsvereinbarungen vergleichbar und ebenfalls nicht mit Ziff. 1.1. RP vereinbar.

Die Entgelte seien auch nicht „angemessen“ im Sinne von Ziff. 5 lit. a) TK-Anlage. Daneben liege ein Verstoß gegen Ziff. 5 lit. b) TK-Anlage vor, da ausländischen Handelsvertretern („Commercial Agents“) ohne eigene Telekommunikationseinrichtungen nicht der Zugang zu Mietleitungen und zur Zusammenschaltung mit öffentlichen TK-Netzen und –Diensten gesichert sei. Keine Verletzung wurde bezüglich der darüber hinaus gehenden grenzüberschreitenden Erbringung ohne eigene Einrichtungen, dem sogenannten „International Simple Resale“ angenommen.

In Folge der Entscheidung erlaubte Mexiko im August 2004 wettbewerbsorientierte Verhandlungen über internationale Zusammenschaltungsentgelte. Ausländische Anbieter können jetzt frei entscheiden, welchem mexikanischen Anbieter der Fernmeldeverkehr übergeben wird.<sup>624</sup>

#### **4. Weitere Anwendungspraxis**

Berechtigterweise wurde darauf hingewiesen, dass die Regeln des Referenzpapiers ihren Zweck nicht nur erfüllen, wenn sie Gegenstand hervorgehobener Handelsstreitigkeiten sind – dies kann im Gegenteil ein Zeichen dafür sein, dass sie nicht ausreichend funktionieren.<sup>625</sup> So kann wichtiger als die Streitentscheidung selbst die „Vorwirkung“ sein, die es Regierungen erlaubt, ohne großen Aufwand an Zeit und diplomatischem Kapital ernsthafte Verhandlungen verlangen zu können.<sup>626</sup> Tatsächlich hat das Referenzpapier in weiteren Streitfällen eine Rolle gespielt, die nicht zu einem Streitbeilegungsverfahren oder zumindest nicht zu einer Entscheidung geführt haben. Besondere Bedeutung kommt dabei den jährlichen Berichten des US-Handelsbeauftragten (USTR) zu Handelshemmnissen im Telekommunikationssektor im Verfahren nach Sec. 1377 US Omnibus Trade and Competitive Act von 1988 („1377 Re-

---

<sup>624</sup> Es besteht aber ein Verbot des Anbietens unter Kosten; vgl. *Wellenius/Galarza/Guerhazi*, *Telecommunications and the WTO* (2005), S. 12 f.

<sup>625</sup> *Roseman*, *Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services*, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [91].

<sup>626</sup> *Cowhey/Klimenko*, *Implementing Telecommunications Liberalization in Developing Countries*, in *Stern* (2001), S. 349 [359].

view“) zu.<sup>627</sup> Die USA haben den Weg über den USTR und die Drohung mit einem WTO-Verfahren wiederholt genutzt, um einen schwerfälligen und unbefriedigenden innerstaatlichen Regulierungsprozess in die gewünschte Richtung zu lenken, so gegenüber Südafrika<sup>628</sup> und Japan.<sup>629</sup>

Wenn damit die „Durchsetzungsfunktion“ des Referenzpapiers angesprochen ist, so ist gleichzeitig unbestritten, dass es auch in seiner „Best Practice“-Funktion auf innerstaatliche Reformprozesse gewirkt und diese geprägt hat.<sup>630</sup>

## II. Anwendungsbereich des Referenzpapiers

### 1. Basistelekommunikationsdienstleistungen

Das Referenzpapier wird eingangs als „Regulierungsrahmen für Basistelekommunikationsdienstleistungen“ beschrieben.<sup>631</sup> Für den Anwendungsbereich von Interesse ist deshalb zunächst, was unter Basistelekommunikationsdienstleistungen zu verstehen ist, wobei sich diese Frage heute insbesondere im Zusammenhang mit dem Datentransport und Internetzugangsdiensten stellt.<sup>632</sup> Die Unterscheidung zwischen Basis- und Mehrwertdiensten stammt aus dem Regulierungssystem der USA.<sup>633</sup> Basisdienste beinhalten danach vereinfacht gesagt die bloße (unveränderte) Übertragung von Informationen. Dies gilt grundsätzlich – soweit nicht anders

---

<sup>627</sup> Zum Bericht 2007 vgl. *Spies*, MMR 2007, Heft 1, XII und Heft 6, X.

<sup>628</sup> Gestützt allerdings noch auf die Regeln des GATS und der TK-Anlage, *Cohen*, Domestic Policy and South Africa's Commitments under the WTO's Basic Telecommunications Agreement, 4 JIEL (2001), 725 [741 ff.].

<sup>629</sup> Wegen hoher Zusammenschaltungsentgelte des japanischen Marktbeherrschers NTT, vgl. *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 295 f.; *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1021]; kritisch: *Rohlfs/Sidak*, Exporting Telecommunications Regulation: The United States-Japan Negotiations on Interconnection Pricing, *Harvard International Law Journal* 43 (2002), 317.

<sup>630</sup> Zu Auswirkungen der Regeln auf innerstaatliche Liberalisierungsprozesse und den wirtschaftlichen Folgen in Afrika: *Aloo*, Liberalisation of Telecommunications Services in Kenya, *Recht in Afrika* 2006, S. 147; *Keck/Djiofack-Zebaze*, Telecommunications Services in Africa (2006); zur Entwicklung in Ghana: *Bodammer/Forbes Pirie/Addy-Nayo*, Telecoms Regulation in Developing Countries, *JWT* 39(3) (2005), S. 527; *Cohen*, Domestic Policy and South Africa's Commitments under the WTO's Basic Telecommunications Agreement, 4 JIEL (2001), 725. Zu Asien: *Fink/Mattoo/Rathindran*, Liberalizing Basic Telecommunications – The Asian Experience (2001). Speziell zu China: *Laperrouza*, China's Telecommunication Policy-Making in the Context of Trade and Economic Reforms (2006); *Macintosh*, Regulating the new economy, in: *Cass/Williams/Barker* (2005), S. 263; *Roseman*, WTO and telecommunications services in China, *info* 7(2) (2005), S. 25; *Voon/Mitchell*, China's Telecommunications Service Market, *JIEL* 13(2) (2010), S. 321.

<sup>631</sup> „The following are definitions and principles on the regulatory framework for the basic telecommunications services.“

<sup>632</sup> Die Frage, ob es sich um Basis- oder Mehrwertdienste handelt wurde im ‘Work Programme on E-Commerce’ diskutiert, ohne dass jedoch Einigkeit erzielt wurde. Insbesondere die USA betonen die Vorteile der Nichtregulierung des Internet und vermuten hinter den Forderungen nach Einbeziehung den Wunsch, den „Internet Backbone“ stärker zu regulieren. Vgl. *Wunsch-Vincent*, WTO, E-Commerce, and Information Technologies (2005), S. 105 ff.; *Macintosh*, Regulating the new economy, in: *Cass/Williams/Barker* (2003), S. 263 [276].

<sup>633</sup> Sie wurde entwickelt, um die Zuständigkeit der FCC abzugrenzen. Vgl. *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [994].

bestimmt – unabhängig von der Technologie und der Art der Übertragung.<sup>634</sup> Die Abgrenzung im Einzelnen kann jedoch schwierig sein. Das GATS-Recht bietet kaum weitere Anhaltspunkte. In der Entscheidung zu Verhandlungen über Basistelekommunikation wird auf „Telekommunikationstransport–Netzwerke und –Dienstleistungen“ abgestellt.<sup>635</sup>

Da das Referenzpapier nur als zusätzliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten Geltung erlangt, ist letztlich von der jeweiligen nationalen Verpflichtungsliste auszugehen. Hier findet sich keine kohärente Anwendung der Unterscheidung zwischen Basis- und Mehrwertdiensten.<sup>636</sup> Vielmehr werden im Einzelnen unterschiedliche Subsektoren gebildet und ist auch der Bezugspunkt des Referenzpapiers unterschiedlich. So steht in der Verpflichtungsliste der EU die zusätzliche Verpflichtung auf das Referenzpapier am Anfang der Verpflichtungen im Telekommunikationssektor bei der Überschrift „All sub-sectors“. In den zusätzlichen Verpflichtungen wird dann allerdings bereits eingangs („Scope“) auf „basic telecommunications“ abgestellt. Diese werden aber nicht definiert.<sup>637</sup> Ihr Inhalt kann höchstens negativ durch die Beschreibung der „value-added services“ gefolgert werden.<sup>638</sup>

In der Sache herrscht weitgehend Einigkeit, dass die Unterscheidung zwischen Basis- und Mehrwertdiensten heute keinen vernünftigen Zweck mehr verfolgt.<sup>639</sup> Auch ist die praktische Bedeutung in Bezug auf die Verpflichtungen gering, da die Märkte für höherwertige Dienste zumeist wettbewerbsintensiv sind. Fraglich ist allerdings, wieso Anbieter solcher Dienste gegenüber den Basisdiensteanbietern nicht von den Rechten des Referenzpapiers profitieren sollen,<sup>640</sup> was z.B. im Hinblick auf das unter dem Schlagwort „Netzneutralität“ diskutierte Problem der differenzierten Behandlung übermittelter Datenpakete durch die Infrastrukturanbieter relevant sein könnte.<sup>641</sup> Dementsprechend wurde für eine weite Auslegung plädiert, die nicht von der gegenseitigen Ausschließlichkeit der Basis- und Mehrwertdienste ausgeht, und auch

---

<sup>634</sup> Z.B. Kabel oder Mobilfunk. Vgl. „Notes for Scheduling Basic Telecom Services Commitments“, Negotiating Group on Basic Telecommunications, Note by the Chairman, Revision, S/GBT/W/2/Rev.1 (16. Januar 1997).

<sup>635</sup> WTO Council on Trade in Services, *Decision on Negotiations on Basic Telecommunications Services*, WTO/S/19, S. 1.

<sup>636</sup> *Burri Nenova*, *The Law of the WTO and the Communications Law of the EC*, JWT 41(4), S. 833 [868 f.]; *Moos*, *Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS* (2003), S. 160.

<sup>637</sup> *Elkettani*, *WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste*, in: Säcker (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum TKG*, S. 197 [207] sieht hierin die Definition der Basistelekommunikationsdienste.

<sup>638</sup> Hierzu zählt das Schedule: Electronic Mail, Voice Mail, On-line Information and Data Base Retrieval, EDI, Code and Protocol Conversion.

<sup>639</sup> *Burri Nenova*, *The Law of the WTO and the Communications Law of the EC*, JWT 41(4), S. 833 [869]; *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [995]. In einigen plurilateralen Abkommen wurde sie bereits aufgegeben, *Tuthill/Sherman*, *Telecommunications: can trade agreements keep up with technology?* in: *Marchetti/Roy* (2008), S. 151 [171].

<sup>640</sup> *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1001].

<sup>641</sup> Dazu: *Spies/Ufer*, *Netzneutralität*, MMR 2010, S. 13.

Dienste erfasst, die „gleichzeitig Elemente eines Mehrwertdienstes“ aufweisen.<sup>642</sup> Andere gehen ohne weiteres davon aus, dass auch Mehrwertdienste erfasst sind.<sup>643</sup> Die Unterscheidung wird sich erledigen, wenn es zu einer Neuklassifikation kommt, wie sie von der EU vorgeschlagen wurde.<sup>644</sup>

## 2. Erbringungsmodalitäten i.S.v. Art. I:2 GATS

Eine weitere Vorfrage, die in der „Telmex“-Entscheidung eine Rolle gespielt hat, ist, auf welche Modalitäten der Dienstleistungserbringung das Referenzpapier Anwendung findet. Auf den ersten Blick scheint es auf die Dienstleistungserbringung mittels kommerzieller Präsenz in einem anderen Mitgliedstaat, d.h. die Modalität 3, zu zielen. Tatsächlich hatten die Erschaffer des Referenzpapiers diesen Fall vermutlich auch vor Augen,<sup>645</sup> war es doch ein zentrales Verhandlungsziel der USA, Verpflichtungen im Hinblick auf ausländische Investitionen in örtliche Telekommunikationsanbieter zu erhalten.<sup>646</sup> Ein solches Verständnis würde auch in die zielmarktorientierte Grundkonzeption des GATS passen.

Es ist allerdings fraglich, ob sich den Regeln bei unvoreingenommener Lektüre tatsächlich eine Beschränkung auf die Absicherung von Dienstleistungserbringung in der Modalität 3, d.h. auf die Regulierung „im Markt“ entnehmen lässt – mit der Folge, dass es in Konstellationen wie dem Telmex-Fall überhaupt keine Anwendung fände.<sup>647</sup> Verschiedene Vorschriften des Referenzpapiers deuten zwar auf ein Verständnis als Regelungsrahmen für die innerstaatliche Leistungserbringung. Dies ist jedoch nicht zwingend. So wurde argumentiert, dass „vergleichbar“ im Sinne der Zusammenschaltungsregel in Ziff. 2.2 des Referenzpapiers nur Verbindungen im jeweiligen Staat sein könnten.<sup>648</sup> Dieses Argument verkennt, dass auch der vorherrschende Ex-Monopolist grenzüberschreitende Dienste in Konkurrenz zu anderen anbieten kann. Überhaupt können aufgrund des „Menücharakters“ des Referenzpapiers aus der Tatsache, dass einige Vorschriften nur zur Modalität 3 passen, schwerlich Schlussfolgerungen auf andere Vorschriften gezogen werden.<sup>649</sup> Auch die Art und Weise der Einbeziehung in die Verpflichtungslisten deutet nicht auf eine Einschränkung hinsichtlich der Modalitäten. Die zusätzliche Verpflichtung auf das Referenzpapier steht z.B. in der Liste der EU vor der Unter-

---

<sup>642</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [208 f.].

<sup>643</sup> *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [145].

<sup>644</sup> *Peng*, Trade in Telecommunications Services, JWT 41(2) (2007), S. 293 [302].

<sup>645</sup> So *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [285].

<sup>646</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [998].

<sup>647</sup> So *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [285 ff.], da die amerikanischen Anbieter dort keine Niederlassung in Mexiko unterhielten.

<sup>648</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [286].

<sup>649</sup> *Sherman*, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [22].

teilung nach Erbringungsmodalitäten. Schließlich würde ein Wettbewerbsschutz nur für einen Teil der Erbringungsmodalitäten selbst wieder Verzerrungen hervorrufen. Denn Probleme, denen die Vorschriften begegnen sollen, sind auch in den anderen Modalitäten vorstellbar.<sup>650</sup> Schließlich sind gerade internationale Dienstleistungen aus politökonomischen Gründen – da überhöhte Entgelte Ausländer und ausländische Firmen schädigen – besonders anfällig für eine nachlässige Durchsetzung von Wettbewerbsregeln.<sup>651</sup>

Zuzugeben ist den Kritikern, dass bei einer solchen breiten Anwendung auf alle Formen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung aus der Normstruktur von Wettbewerbsregeln, die ihrerseits nicht auf den Zugang abstellen, gewisse Probleme folgen. Denn den betroffenen Unternehmen werden Verhaltensstandards vorgegeben, die unabhängig von der Beeinträchtigung von Marktöffnungsverpflichtungen Geltung beanspruchen. So verbietet Ziff. 1.1 RP wettbewerbswidrige Praktiken. Bei einer Anwendung im Rahmen der Modalitäten 1 und 2 könnte z.B. in der Kartellierung von Exportmärkten eine solche Praktik gesehen werden.<sup>652</sup> Eine ähnlich problematische Konstellation wäre die Quersubventionierung des dominanten Anbieters in einen anderen geographischen Markt. Diese würde den Marktzugang in dem auf das Referenzpapier verpflichteten Land überhaupt nicht beeinträchtigen.<sup>653</sup> Wegen dieser Folgefragen Modalitäten von vornherein vom Anwendungsbereich auszuschließen, überzeugt aber nicht.

### III. Das Objekt der Disziplinen: der „major supplier“<sup>654</sup>

Adressat der zentralen Regeln des Referenzpapiers und damit Objekt der Regulierung ist allein der „major supplier“, d.h. der „Hauptanbieter“,<sup>655</sup> worin bereits die begrenzte Reichweite

---

<sup>650</sup> Eine wettbewerbswidrige Praxis unter Modalität 2 könnte z.B. darin bestehen, dass der dominante mexikanische Anbieter Telmex verhindert, dass Mobilfunkkunden während ihres Urlaubs in den USA dort mit einem anderen Anbieter telefonieren. Vorstellbar sind auch wettbewerbswidrige Behinderungen von „Call back“ und „Calling Card“-Diensten, die unter Modalität 1 oder 2 fallen, vgl. *Smit*, Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor (2000), S. 46; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 227.

<sup>651</sup> *Cowhey*, Accounting rates, cross-border services and the next WTO round, in: Geradin/Luff (2004), S. 51 [52 ff.].

<sup>652</sup> Vgl. *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [286] mit dem zutreffenden Hinweis, dass dies der Praxis der meisten Staaten widersprechen würde.

<sup>653</sup> Art. XVIII GATS und Art. I:2 GATS verlangen aber auch nur eine „Beeinflussung“ des Handels mit Dienstleistungen. Eine solche Beeinflussung kann auch in einer handelsverzerrenden Exportförderung liegen. Fraglich ist aber, wieso ein Eingreifen des Herkunftsstaats verlangt werden sollte, besteht doch die Möglichkeit des Eingreifens der Wettbewerbsbehörden im Zielmarkt.

<sup>654</sup> Die folgende Behandlung der Inhalte bezieht sich auf das Referenzpapier selbst, auch wenn dies als solches keine Rechtsverbindlichkeit hat. Rechtsverbindlich sind allein die konkreten zusätzlichen Verpflichtungen in den Verpflichtungslisten der Mitgliedstaaten, die teilweise vom Referenzpapier abweichen, dies überwiegend jedoch wörtlich übernehmen.

<sup>655</sup> Die hier verwendete deutsche Übersetzung orientiert sich an den Zusätzlichen Verpflichtungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten, die das Referenzpapier fast unverändert übernehmen. Sie findet sich in: ABl. L 347 vom 18.12.1997, S. 45 ff. und BGBl. 1997 II, S. 1992 ff. Da authentische Wortlaute jedoch allein Englisch, Französisch und Spanisch sind, wird der englische Text jeweils in der Fußnote wiedergegeben.

und besondere Funktion der Wettbewerbsregeln deutlich wird. Diese dienen in ihrer Stoßrichtung in erster Linie dem „Aufbrechen“ der vorherrschenden Stellung des hergebrachten innerstaatlichen Monopolanbieters.<sup>656</sup> Dabei soll nach dem Willen der Verhandlungsführer der Begriff des „major supplier“ nicht wörtlich verstanden werden, sondern vielmehr die in das Referenzpapier aufgenommene Definition maßgeblich sein.<sup>657</sup> Der „major supplier“ wird dort definiert als „ein Anbieter, der die Bedingungen für eine Beteiligung an dem entsprechenden Markt für Basistelekommunikationsdienstleistungen (hinsichtlich des Preises und der Erbringung) wesentlich beeinflussen kann, und zwar durch: a) Kontrolle wesentlicher Einrichtungen oder b) Nutzung seiner Marktstellung.“<sup>658</sup>

### 1. Erste Einordnung des Begriffs

In der vorgenannten Definition mit ihren alternativen Anknüpfungspunkten spiegelt sich ein Kompromiss zwischen unterschiedlichen Begrifflichkeiten und Konzepten im Wettbewerbschutz wider.<sup>659</sup> So hatten die USA ursprünglich den Begriff des „dominant operator“ vorgeschlagen, den sie als Anbieter mit Marktmacht definierten.<sup>660</sup> Die EU schlug den in ihren Richtlinien enthaltenen Begriff des „Anbieters mit beträchtlicher Marktmacht“ („supplier with significant market power“) vor, was von anderen Mitgliedern als zu weitgehend angesehen wurde,<sup>661</sup> insbesondere weil „beträchtliche Marktmacht“ nach Art. 4 Abs. 3 der parallel geschaffenen RL 97/33/EG bei einem Marktanteil von über 25 Prozent vermutet wurde, was eine deutliche Verschärfung gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bedeutete.<sup>662</sup> Die Verhandlungsführer kamen schließlich überein, sich zur Eingrenzung der relevanten Anbieter auf die Kontrolle wesentlicher Einrichtungen zu konzentrieren. Da man aber sah, dass einige

---

<sup>656</sup> Da die Regeln aber keine Beschränkung auf den „Heimatmarkt“ des Anbieters enthalten, können sie – gerade in Entwicklungsländern – auch ein Mittel zur Kontrolle marktmächtiger ausländischer Anbieter sein; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 266.

<sup>657</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 F.C.L.J. (1998), S. 61.

<sup>658</sup> „A major supplier is a supplier which has the ability to materially affect the terms of participation (having regard to price and supply) in the relevant market for basic telecommunications services as a result of: (a) control over essential facilities; or (b) use of its position in the market.“

<sup>659</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 253.

<sup>660</sup> Marktmacht war dabei definiert als: „the ability to charge prices above a competitive level. In basic telecommunications services, market power is particularly relevant with respect to control over bottleneck facilities for interconnection to public telecommunications transport networks.“ Vgl. *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [74].

<sup>661</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [74].

<sup>662</sup> Diese abweichende Schwelle wurde im reformierten Telekommunikationsrecht der EU aufgegeben. Beträchtliche Marktmacht liegt danach vor, wenn das Unternehmen „... entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d.h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“ (Art. 14 Abs. 2 RL 2002/21/EG). Damit fand ein Anheben der Schwelle, eine Annäherung an allgemeines Wettbewerbsrecht statt, wobei allerdings daneben Verpflichtungen für Unternehmen (ohne beträchtliche Marktmacht) möglich sind, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren (Art. 5 Abs. 1 RL 2002/19).

Anbieter auch ohne Kontrolle über solche Einrichtungen wettbewerbswidrig und zugangshindernd handeln können, sollte zusätzlich auf Marktmacht abgestellt werden.<sup>663</sup>

Hinsichtlich des gefundenen Begriffs des „major supplier“ und seiner Definition ist zunächst als wesentliche Neuerung gegenüber Art. VIII GATS festzuhalten, dass eine staatliche Verantwortung für die Existenz nicht erforderlich ist. Entscheidend ist nach beiden Varianten letztlich die wirtschaftliche Macht. Hinsichtlich der Reichweite der geforderten Machtposition gibt es unterschiedliche Lesarten. Teilweise wird festgestellt, dass „major“ vom Wortlaut her weiter gefasst ist als „dominant“.<sup>664</sup> Bei Berücksichtigung der Definition ergibt sich hieraus jedoch keine Ausweitung. Die Marktmacht wird damit umschrieben, dass der Anbieter die Möglichkeit hat, die Bedingungen für eine Marktteilnahme wesentlich zu beeinflussen. Gedacht war z.B. daran, dass er die Möglichkeit hat, die Preise zu erhöhen oder den Umfang der erbrachten Leistungen zu beschränken.<sup>665</sup> Wesentlich ist damit nur eine gesteigerte, über das allgemeine Maß hinausgehende Marktbeeinflussung.<sup>666</sup> Es ist eine Art „disziplinierender“ Einfluss auf andere Marktteilnehmer erforderlich,<sup>667</sup> auch wenn es zu weit gehen dürfte, die Möglichkeit der Kontrolle über den Marktzugang anderer Anbieter vorauszusetzen.<sup>668</sup> In der Verwendung des Begriffs des „major suppliers“ ist also kein Absenken der Eingriffsschwelle zu sehen.

Auf der anderen Seite ist es ebenso wenig überzeugend, in dem Abstellen auf die Möglichkeit, die Bedingungen für alle Marktteilnehmer zu beeinflussen, eine deutlich über die marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) hinausgehende Anforderung zu sehen.<sup>669</sup> Zwar wird dort typischerweise nur darauf abgestellt, dass das marktstarke Unternehmen selbst sich gegenüber Wettbewerbern und Abnehmern in einem nennenswerten Umfang unabhängig verhalten kann. Im Ergebnis dürfte sich aber, wenn man die vollständige Formel des EuGH in der Entscheidung „Hoffmann-LaRoche“ betrachtet, keine Abweichung ergeben. Dort heißt es: „Mit der beherrschenden Stellung im Sinne des Art. 86 EWG-Vertrag [Art. 102 AEUV] ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die die-

---

<sup>663</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [74].

<sup>664</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 231; *Goyder*, EC Competition Law (2003), S. 515.

<sup>665</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 F.C.L.J. (1998), S. 61; *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 147.

<sup>666</sup> *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 264.

<sup>667</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [24].

<sup>668</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1001]: „power to exclude or control the participation of market actors“; *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [24]; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, E 27, Rn. 264: „Möglichkeit der absoluten Kontrolle der Marktzugangsmöglichkeiten“.

<sup>669</sup> *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, E 27, Rn. 264; ähnl. *Klett/Moos*, WTO-rechtliche Vorgaben für die Zusammenschaltungsregulierung, MMR 2004, 735 [738]; *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 253 f.

ses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber *unabhängig zu verhalten*. Eine solche Stellung schließt im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die *Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder merklich zu beeinflussen*, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass es ihr zu Schaden gereichte.<sup>670</sup>

## 2. Prüfungsaufbau laut „Telmex“-Panel

Das Panel hat das Vorliegen eines „major suppliers“ in „Mexico – Telecommunications“ in drei Schritten geprüft:<sup>671</sup> Es hat zunächst den relevanten Markt bestimmt, anschließend gefragt, ob der Anbieter die Bedingungen der Marktteilnahme wesentlich beeinflussen kann und schließlich, ob diese Möglichkeit auf der Kontrolle „wesentlicher Einrichtungen“ oder auf der Stellung im Markt beruht.

Wichtig ist, dass im Ausgangspunkt der relevante Markt zu bestimmen ist. Die Marktabgrenzung kann vorentscheidend sein, da je nach Weite oder Enge der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes eine beherrschende Stellung bestehen kann oder auch nicht. Die Streitbeilegungsorgane werden hier auf Instrumente des Wettbewerbsrechts zurückgreifen müssen und die Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite untersuchen.<sup>672</sup> Dies hat im WTO-Recht einen gewissen Vorläufer bei der Bestimmung gleichartiger Waren und Dienstleistungen („likeness“).<sup>673</sup> Gleiches gilt für die Bestimmung des geographisch relevanten Marktes, der nach den ökonomischen Gegebenheiten zu ermitteln und nicht durch die Staatsgrenzen vorbestimmt ist.<sup>674</sup>

In der Telmex-Entscheidung hat das Panel einen Markt für die Terminierung von Telefonaten aus den USA in Mexiko als den relevanten Markt angesehen.<sup>675</sup> Es akzeptierte dabei („for the

---

<sup>670</sup> EuGH v. 13.02.1978, Rs. 85/76, „Hoffmann-LaRoche“ Slg. 1979, 461, LS 4 [Hervorhebungen durch Verfasser].

<sup>671</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.148.

<sup>672</sup> Gao, *Telecommunications Services: Reference Paper*, in: Wolfrum et al (2008), Rn. 23.

<sup>673</sup> Elkettani, *WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste*, in: Säcker (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum TKG*, S. 197 [215 f.]. Der dort geäußerte Vorschlag, eine indikative Liste relevanter Märkte zu erstellen, ist wegen der in einem schwer abänderbaren internationalen Abkommen erforderlichen Flexibilität nicht überzeugend.

<sup>674</sup> Letzteres nimmt hingegen Baumann, *Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007)*, S. 13 mit der Begründung an, dass es der WTO um die Öffnung der nationalen Märkte und den Wettbewerb auf ihnen gehe.

<sup>675</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.151.

purposes of this case“), dass die Substituierbarkeit aus Nachfragersicht zentral für die Markt-  
abgrenzung ist. Im konkreten Fall sah es keine Hinweise dafür, dass eine Substituierbarkeit  
zwischen aus- und eingehenden Anrufen besteht.<sup>676</sup> Damit setzte sich das Panel in einen ge-  
wissen Widerspruch zur Bestimmung der relevanten Dienstleistung, die es gerade nicht in der  
Terminierung des Anrufs in Mexiko, sondern in der Verpflichtung gegenüber dem Kunden  
sah, die „gesamte Verbindung“ herzustellen. Dies hätte es nahegelegt, die Substituierbarkeit  
aus Kundensicht näher zu untersuchen. Grundsätzlich ist es nämlich durchaus vorstellbar,  
dass aus- und eingehende Anrufe in ausreichender Weise substituierbar sind. Voraussetzung  
ist das Vorliegen sogenannter „closed user groups“.<sup>677</sup> Der relevante Markt würde dann aus  
den „Punkt-zu-Punkt“-Verbindungen (in beide Richtungen) bestehen.<sup>678</sup> Damit würde interes-  
santerweise die Import-/Export-Unterscheidung an dieser Stelle überhaupt keine Rolle mehr  
spielen.<sup>679</sup> Im konkreten Fall würde sich jedoch am Ergebnis kaum etwas ändern, da Telmex  
die Preise für eingehende wie ausgehende Telefonate kontrollierte. Eine „uniform settlement  
rate“ galt auch für letztere.<sup>680</sup> Auch entspricht die Marktdefinition des Panel durchaus den  
wettbewerbs- und regulierungsrechtlichen Standards.<sup>681</sup>

In der weiteren Prüfung hat sich das Panel die Argumentation wegen der besonderen Umstän-  
de des Falles leicht machen können. Es fragte in einem zweiten Schritt, ob Telmex die Bedin-  
gungen der Marktteilnahme wesentlich beeinflussen kann. Die positive Beantwortung dieser  
Frage stützte es darauf, dass Telmex gesetzlich ermächtigt und verpflichtet war, Terminie-  
rungsentgelte für den gesamten Markt zu verhandeln und damit die Bedingungen der Markt-  
teilnahme beeinflussen konnte.<sup>682</sup> Der Bericht enthält dementsprechend keine allgemeinen  
Ausführungen zu der Frage, wie weit die Möglichkeit der Beeinflussung der Marktbedingun-  
gen reichen muss.<sup>683</sup>

Aber selbst in diesem scheinbar eindeutigen Fall sah sich die Annahme von Marktmacht Kri-  
tik ausgesetzt. So wurde dem Panel vorgeworfen, nicht näher auf verschiedene Aspekte ein-

---

<sup>676</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.152.

<sup>677</sup> Gemeint ist ein Personenkreis, für den der Preis eines selbst geführten Gesprächs genauso wichtig ist wie der eines empfangenen, der also die Gesamtkosten im Blick hat, z.B. eine Familie mit Mitgliedern auf beiden Seiten der Grenze, vgl. *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [288]; *Sidak/Singer*, Überregulation without Economics, 57 Fed. Comm. L. J. (2004), S. 1 [29].

<sup>678</sup> *Sidak/Singer*, Überregulation without Economics, 57 Fed. Comm. L. J. (2004), S. 1 [29].

<sup>679</sup> So *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [FN 24] selbst.

<sup>680</sup> ILD Rules 2:XII, XIV und 13 abgedruckt in: *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Annex C.

<sup>681</sup> *Sherman*, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [23].

<sup>682</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.155.

<sup>683</sup> Die USA hatten geltend gemacht, dass dies dem Konzept des „market power“ entspricht. *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.153

gegangen zu sein, die der Marktmacht von Telmex entgegenstehen könnten.<sup>684</sup> Auch wenn diese Kritik im konkreten Fall nicht überzeugt,<sup>685</sup> weist sie auf die Schwierigkeiten der Bestimmung von Marktmacht. Diese wird deshalb im Referenzpapier mit der – nach dem Panel erst in einem dritten Schritt zu prüfenden – Kontrolle wesentlicher Einrichtungen und der Stellung im Markt konkretisiert. Dabei ist insbesondere das Wechselspiel mit dem zentralen Definitionselement der „wesentlichen Einrichtung“ zu beachten. In diesen Fällen ist eine weitgehende Beherrschung des vorgelagerten Marktes erforderlich. Auch in der zweiten Variante, die auf die „Marktstellung“ (lit b.) abstellt, müssen vergleichbare Beeinflussungsmöglichkeiten gegeben sein.<sup>686</sup>

### **3. Kontrolle wesentlicher Einrichtungen**

Die Definition nennt die Kontrolle wesentlicher Einrichtungen („essential facilities“) als möglichen Grund für die Marktmacht des „major supplier“. Sie greift damit die in der US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelte und später im europäischen Kartellrecht rezipierte „essential facilities“-Doktrin auf.<sup>687</sup>

#### **a.) Die Problematik der „essential facility“-Doktrin**

Die „essential facility“-Doktrin bezeichnet Fallkonstellationen, die sich dadurch auszeichnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auf einem Primärmarkt Waren oder Dienstleistungen produziert oder bereitstellt, die für ein Tätigwerden auf einem sekundären, regelmäßig „nachgelagerten“ Markt zwingend erforderlich sind. „Einrichtung“ im Sinne der Theorie kann dabei eine Infrastruktureinrichtung, ein Netzwerk, aber auch eine Dienstleistung, ein Vorprodukt oder sogar ein Immaterialgüterrecht sein. Mit der Verweigerung der entsprechenden „essentiellen“ Ressource kann der Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt erheblich behindert oder ausgeschlossen werden. Die ordnungspolitische Rechtfertigung der Doktrin und ihre Reichweite sind allerdings im Einzelnen umstritten und die von dem Schlagwort suggerierten ein-

---

<sup>684</sup> *Sidak/Singer*, Überregulation without Economics, 57 Fed. Comm. L. J. (2004), S. 1 kritisieren, dass das Panel nicht näher auf tatsächliche Marktanteile und Marktentwicklung sowie die Preiselastizität der Nachfrage eingegangen ist. Als die Position von Telmex beschränkende Elemente nennen sie VoIP (packet-switched telecommunications services), die Möglichkeit des illegalen bypass und die entgegenstehende Marktmacht der US-Anbieter.

<sup>685</sup> *Fox*, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [287] nennt sie zu Recht „sophistisch“.

<sup>686</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [217].

<sup>687</sup> Ausgangspunkt war die Entscheidung *US v. Terminal Railroad Association*, 224 US 383 (1912), in deren Folge zunächst die amerikanische Literatur die Doktrin entwickelte. Die erste ausführliche gerichtliche Auseinandersetzung mit der Theorie und eine Klarstellung der Voraussetzungen enthält eine Entscheidung des 7th Circuit zum Telefonortsnetz, die als Leitentscheidung zur „essential facilities doctrine“ angesehen wird, *MCI v. AT & T*, 708 F. 2d 1081 [1132-33] (1983). Von der Europäischen Kommission erstmals ausdrücklich aufgegriffen wurde die Doktrin in den sogenannten „Hafen-Entscheidungen“, KOMM. 11.06.1992, Az. IV/34 174 (nicht

deutigen Lösungen häufig nicht möglich.<sup>688</sup> Die Gefahr liegt dabei in einer zu statischen Betrachtungsweise, die mit der Förderung des Intra-Systemwettbewerbs die Anreize zu einem dynamischen Inter-Systemwettbewerb (Infrastruktur- und Innovationswettbewerb) schwächt.<sup>689</sup> Insbesondere Vertreter der Chicago School betonen die Anreizwirkung der Aussicht auf ein zumindest temporäres Monopol und sehen in der Zugangsverpflichtung eine Strafe für den erfolgreichen Wettbewerber.<sup>690</sup> In dem konkreten Verständnis der hinter dem „catchphrase“ stehenden Sachverhaltskonstellationen unterscheiden sich die Wettbewerbsordnungen dementsprechend erheblich.<sup>691</sup>

Die Hervorhebung der Kontrolle wesentlicher Einrichtungen als eigenständiges Kriterium und darüber hinaus die Verwendung als wichtiger „Schlüsselbegriff“<sup>692</sup> ist deshalb beachtenswert.<sup>693</sup> Es wurde auch bereits früh festgestellt, dass die Verwendung des Begriffs im Referenzpapier weiter geht als das Wettbewerbsrecht mancher Länder.<sup>694</sup> Dies gilt erst recht nach der erheblichen Einschränkung oder Quasi-Aufgabe der Theorie in ihrem Mutterland mit der Entscheidung des Supreme Court in Sachen „Trinko“.<sup>695</sup> Darüber hinaus wurde in Frage gestellt, ob die Auslegung sich an dem engen Verständnis der „Wesentlichkeit“ im Wettbewerbsrecht orientiert oder nicht eine zugangsfreundlichere, tiefere Hürde – etwa im Sinne einer Einrichtung, die technisch und ökonomisch erforderlich ist, damit ein ausländischer Newcomer auf den Markt treten kann – zu erwarten ist.<sup>696</sup>

Zu beachten ist aber zunächst die sektorspezifische Besonderheit, dass die vorherrschende Stellung und die vertikale Integration nicht Ergebnis wettbewerblicher Prozesse, sondern ehemaliger staatlicher Intervention sind. Wenn aber eine Einrichtung nicht das Ergebnis eige-

---

im ABl. veröffentlicht), 5 CMLRev (1992) 255, „*Sealink I*“; KOMM. 21.12.1993, ABl. 1994 Nr. L 15, S. 8 ff. „*Sealink II*“; KOMM. 21.12.1993, ABl. 1994 Nr. L 55, S. 52 ff. „*Hafen von Rodby*“.

<sup>688</sup> Vgl. ausführlich *Scheuffele*, Die Essential-Facilities-Doktrin (2002). Grundlegend die Kritik von *Areeda*, An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust L.J. (1989), S. 841.

<sup>689</sup> *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB (2007), § 19, Rn. 185. Siehe auch GA Jacobs, Schlussanträge vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/97, „*Bronner*“, Rn. 57; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2004), § 18, Rn. 32.

<sup>690</sup> Vgl. Justice Scalia in: *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398 [407 f.]. *Drexler*, Intellectual Property and Antitrust Law, IIC 2004, S. 788 [797] weist zu Recht darauf hin, dass diese Argumentation gerade bei dem dort streitgegenständlichen Ortsnetz wenig überzeugend ist.

<sup>691</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [210].

<sup>692</sup> So *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [210].

<sup>693</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [24].

<sup>694</sup> OECD, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications (1999), S. 9.

<sup>695</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398. Dazu *Geradin*, Limiting the Scope of Art. 82 EC, C.M.L.Rev. 41 (2004), S. 1519.

<sup>696</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1002].

ner überragender Leistung im Wettbewerb ist, sind Zugangspflichten eher gerechtfertigt.<sup>697</sup> Im Bereich der Telekommunikation konnten die Verhandler auch von einem gemeinsamen Verständnis der insoweit „wesentlichen“ Einrichtungen ausgehen. Denn dieser Ansatz wurde bereits zuvor in sektorspezifischen nationalen Regelungen verwendet. So bildeten die „wesentlichen Einrichtungen“ auch in der „access note“ der Kommission eine Fallgruppe des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen.<sup>698</sup> Das Konzept der wesentlichen Einrichtung bietet insoweit ein „Instrumentarium zur Lokalisierung und Disziplinierung verbleibender netzspezifischer Marktmacht“.<sup>699</sup> Es dient der Unterscheidung zwischen Bereichen, in denen ein funktionsfähiger Wettbewerb gewährleistet ist und den „monopolistic bottlenecks“, in denen dies auf Grund netzspezifischer Marktmacht nicht der Fall ist. Allerdings unterscheidet sich die Verwendung im Referenzpapier von diesem Ansatz und der Bedeutung der Theorie im Wettbewerbsrecht in einem wichtigen Punkt. Die Kontrolle wesentlicher Einrichtungen dient hier zunächst nur als Kriterium für die Bestimmung des „major supplier“ und eröffnet nicht ohne weiteres ein Zugangsrecht.<sup>700</sup> Hintergrund dieser Art der Verselbständigung des Konzepts zu einem Tatbestandsmerkmal war die Vorstellung, dass man damit umfangreiche Marktanalysen zur Bestimmung der dominanten Stellung eines Anbieters vermeiden kann.<sup>701</sup>

### **b.) Die Definition des Referenzpapiers**

Das Referenzpapier gibt eine eigene Definition. Hiernach sind wesentliche Einrichtungen solche „Einrichtungen eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes und –dienstes, a) die ausschließlich oder überwiegend von einem einzigen Anbieter oder einer begrenzten Anzahl von Anbietern von Dienstleistungen bereitgestellt werden und b) deren Ersetzung zur Erbringung einer Dienstleistung weder wirtschaftlich noch technisch durchführbar ist.“<sup>702</sup>

---

<sup>697</sup> *Eilmansberger*, Abschlusszwang und Essential Facility Doktrin nach Art. 82 EG, EWS 2003, S. 14; *Thyri*, Immaterialgüterrechte und Zugang zur wesentlichen Einrichtung, WuW 2005, 388.

<sup>698</sup> *Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationssektor*, Abl. C 265/2 vom 22.08.1998, Rn. 87 ff.; dazu: *Bartosch*, Essential Facilities in: Koenig/Bartosch/Braun (2002), S. 129.

<sup>699</sup> *Knieps*, Ist das Briefbeförderungssystem eine Bottleneck-Ressource? in: Herdegen/Immenga/Knieps (2002), S. 71 [74].

<sup>700</sup> „Zugang“ kann nur über die Regeln zur Zusammenschaltung verlangt werden oder aus der Wettbewerbswidrigkeit einer Zugangsvereitelung folgen.

<sup>701</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [24]; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, E 27, Rn. 265.

<sup>702</sup> „Essential facilities mean facilities of a public telecommunications transport network or service that (a) are exclusively or predominantly provided by a single or limited number of suppliers; and (b) cannot feasibly be economically or technically substituted in order to provide a service.“

Diese Definition geht auf einen Vorschlag von Kanada zurück.<sup>703</sup> Sie orientiert sich an dem Konzept der Entscheidung „MCI Comm. Corp. v. AT&T“.<sup>704</sup> Die Definition stellt in ihren beiden Buchstaben einerseits auf die bestehende und andererseits auf die potentielle Angebotsituation ab. Die Verhandler gingen davon aus, dass beide Elemente nötig sind, um zu verhindern, dass auch Einrichtungen erfasst werden, die leicht zu duplizieren und damit keine wirklichen „Engpässe“ sind.<sup>705</sup> Zu beachten ist, dass der „major supplier“ (zumindest bei der Kontrolle über wesentliche Einrichtungen) nicht selbst auf dem relevanten Markt tätig sein muss.<sup>706</sup> Es genügt die Möglichkeit der wesentlichen Beeinflussung aus einem vorgelagertem, nachgelagertem oder benachbartem Markt. Als ungewöhnlich und unklar wurde bemängelt, dass auch bei einer Bereitstellung durch eine „begrenzte Anzahl“ von Anbietern eine wesentliche Einrichtung vorliegen kann.<sup>707</sup> Hiermit sollte aber nur sichergestellt werden, dass anders als im ursprünglichen kanadischen Vorschlag auch frühere Monopole erfasst werden, die jetzt einem gewissen Wettbewerb ausgesetzt sind.<sup>708</sup>

Die Definition dürfte zunächst unproblematisch das flächendeckende Kabeltelefonnetz der ehemaligen Monopolanbieter, insbesondere die „letzte Meile“ bis zum Endkunden umfassen.<sup>709</sup> Die Formulierung „Einrichtungen eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes und –dienstes“ ist jedoch sehr weit und kann z.B. auch unterstützende Dienstleistungen wie Einrichtungen für Vertrieb oder Inkasso einschließen.<sup>710</sup> Problematisch kann vor allem werden, ob auch die Schaffung neuer Infrastruktur in der „Nach-Monopolzeit“ eine wesentliche Einrichtung begründen kann, zu welcher der Betreiber als „major supplier“ dann Zugang gewähren muss.<sup>711</sup> Werden dem Betreiber durch Zugangsansprüche auch für neue Einrichtungen ausreichende „Pioniergewinne“ nicht möglich, so droht die Investition ganz zu unterbleiben. Zwar folgt der Zugangsanspruch hier nicht aus dem Vorliegen der wesentlichen Einrichtung. Er kann sich aber aus den Zusammenschaltungsregeln oder der Wettbewerbsklausel ergeben. Vor diesem Hintergrund erhält der Maßstab für die „Ersetzbarkeit“ entscheidende Bedeu-

---

<sup>703</sup> In diesem wurden wesentliche Einrichtungen definiert als Einrichtungen, die „are available only on a monopoly basis (de facto or de jure); cannot be economically or technically substituted; and are required by a competitor for the supply of a service.“ Vgl. *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [74].

<sup>704</sup> *McLarty*, Liberalized Telecommunications Trade in the WTO, 51 F.C.L.J. (1998), S. 1; *MCI Communications v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir. 1983).

<sup>705</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [74].

<sup>706</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [25].

<sup>707</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1002]; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, E 27, Rn. 265.

<sup>708</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [74].

<sup>709</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [24].

<sup>710</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [212].

tung.<sup>712</sup> Die Duplizierbarkeit ist nach der Formulierung des Referenzpapiers wie nach dem üblichen wettbewerbsrechtlichen Verständnis strikt zu prüfen und nur im Fall der objektiven Unmöglichkeit für jedes Drittunternehmen zu verneinen.<sup>713</sup> Für die Auslegung sollen die in der Rechtsprechung der USA oder der EU entwickelten Kriterien herangezogen werden.<sup>714</sup> Dabei ist eine Abgrenzung des „Infrastrukturmarktes“ unter Berücksichtigung möglicher neuer Substitute (z.B. Funknetze) erforderlich.<sup>715</sup> Ist ein Wettbewerb auf diesem Infrastrukturmarkt nicht möglich, so liegt eine wesentliche Einrichtung vor. Die „absolute“ technische Unmöglichkeit dürfte dabei die Ausnahme sein – wichtiger ist die ökonomische Unmöglichkeit bei den Netzelementen, die Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweisen.

Das Vorliegen der Kontrolle über eine solche Einrichtung dient jedoch zunächst nur der Bestimmung des „major suppliers“.<sup>716</sup> Es ist dabei auch nicht das allein ausschlaggebende Kriterium. Denn nach dem Wortlaut und auch nach der Prüfungsreihenfolge des Panel ist das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung jedenfalls analytisch zu trennen von der herausgehobenen Marktstellung.<sup>717</sup>

#### 4. Nutzung der Marktstellung

Die in der zweiten Variante erforderliche Stellung im Markt ist nicht näher umschrieben. Entscheidend ist, dass sie geeignet ist, die Bedingungen für eine Teilnahme an dem entsprechenden Markt wesentlich zu beeinflussen. Mit der „Marktstellung“ wird auf die Marktstruktur abgestellt. Fraglich ist also, bei welcher Marktstruktur die entsprechende Machtposition besteht. Vorstellbar wäre eine Orientierung an den Marktanteilen. Die „Stellung im Markt“ erlaubt aber auch andere Aspekte einzubeziehen, insbesondere den potentiellen Wettbewerb durch Markteintritte bisher nicht auf dem Markt tätiger Unternehmen bzw. eventuelle Marktzugangsbarrieren. So sollten auch nach dem Willen der Verhandler Marktanteile nicht das allein entscheidende Ergebnis sein.<sup>718</sup> Aus der Systematik der Vorschrift kann gefolgert wer-

---

<sup>711</sup> Vgl. z.B. *Voon/Mitchell*, International Trade Law Implications of Australia's National Broadband Network (2011), S. 24 ff. zur Einordnung der australischen Pläne zum Aufbau eines neuen, schnellen Breitband-Netzes mittels einer Gesellschaft unter staatlicher Beteiligung.

<sup>712</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 3.

<sup>713</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [213 f.]. Vgl. auch GA Jacobs, Schlussanträge vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/97, „Bronner“, Rn. 57.

<sup>714</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 3; *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 135.

<sup>715</sup> *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 138.

<sup>716</sup> Zum Begriff der Kontrolle vgl. *Gao*, Telecommunications Services: Reference Paper, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 21.

<sup>717</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4), S. 833 [850].

<sup>718</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [74]. Zu den Kriterien der Kommission für die Ermittlung beträchtlicher Marktmacht vgl. die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermitt-

den, dass die Marktstellung eine ähnliche Machtposition wie bei der Kontrolle über wesentliche Einrichtungen vermitteln muss.<sup>719</sup>

Das Panel des „Telmex“-Verfahrens hat keine allgemeinen Aussagen zu den Anforderungen an die Stellung im Markt gemacht. Es hat in der Möglichkeit, den Wettbewerbern einheitliche Terminierungsentgelte aufzuzwingen, eine Nutzung der besonderen Stellung im Markt gesehen. Diese besondere Stellung ergab sich aber aus den ILD-Regeln.<sup>720</sup> Es handelte sich also um eine besondere Marktstellung aus rechtlichen Gründen. Diese Argumentation ist nicht völlig fernliegend. So gilt Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) nach der Rechtsprechung des EuGH auch dann, wenn die beherrschende Stellung „nicht auf die Tätigkeit des Unternehmens selbst, sondern darauf zurückzuführen ist, dass auf diesem Markt aus rechtlichen Gründen kein oder lediglich ein äußerst beschränkter Wettbewerb möglich ist.“<sup>721</sup>

### 5. Kollektiver „major supplier“?

Die Wettbewerbsregeln beziehen gemäß Ziff. 1.1 RP – anders als die bisher behandelte Definition – auch den Fall mit ein, dass mehrere Anbieter zusammen als „Hauptanbieter“ anzusehen sind.<sup>722</sup> Hierdurch soll verbundenes oder kollusives Verhalten wie beispielsweise die gemeinschaftliche Verweigerung der Zusammenschaltung verhindert werden.<sup>723</sup> Die Zusammenschaltungsverpflichtung selbst, Ziff. 2 RP, nennt hingegen nur den „major supplier“ als Verpflichteten. Dies mag seine Begründung darin finden, dass sie der Rechtsfolge nach nur auf ein Unternehmen angewendet werden kann.<sup>724</sup> Mehrere Anbieter, die als solche nicht zur Zusammenschaltung verpflichtet sind, können aber gegen Ziff. 1.1 RP verstoßen, wenn sie zusammenwirkend einen Zugang Dritter vereiteln.

Fraglich ist, wie das Zusammenwirken beschaffen sein muss, insbesondere ob eine „implicit collusion“, wie sie das Konzept kollektiver Marktmacht im engen Oligopol annimmt,<sup>725</sup> ausreicht. Die Vorschrift verlangt nach ihrem Wortlaut lediglich, dass die Anbieter zusammen ein „major supplier“ sind, also die Voraussetzungen der Definition erfüllen. Sie scheint sich damit durchaus am Konzept der kollektiven Marktbeherrschung („joint dominance“) im Ge-

---

lung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Abl. C 165/6 vom 11.07.2002, Ziff. 72 ff.

<sup>719</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [217].

<sup>720</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.158.

<sup>721</sup> EuGH, Urteil v. 3.10.1985, Rs. 311/84, „*Télémarketing*“, Slg. 1985, S. 3261, Rn. 18.

<sup>722</sup> „...suppliers who, alone or together, are a major supplier...“.

<sup>723</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [75].

<sup>724</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [222].

<sup>725</sup> Dazu *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., § 19 GWB, Rn. 78 ff.

meinschaftsrecht zu orientieren.<sup>726</sup> Kollektive Marktbeherrschung besteht, wenn eine kleine Anzahl von Marktteilnehmern vorhanden ist, zwischen denen im Innenverhältnis ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und die im Außenverhältnis keine wirksamen Gegenmaßnahmen von Oligopolaußenseitern oder Nachfragern fürchten müssen.<sup>727</sup> Kennzeichnend ist, dass das jeweilige Verhalten der Oligopolteilnehmer wegen der Transparenz des Marktes vorhersehbar ist und andere Teilnehmer Sanktionsmechanismen haben, wodurch erheblicher Druck zur Anpassung des Marktverhaltens entsteht.<sup>728</sup> Im traditionellen Festnetzbereich erscheint dieses Konzept aus europäischer Perspektive wegen der fortbestehenden Kräfteasymmetrie bisher eher nicht relevant.<sup>729</sup> In anderen Märkten sind solche Strukturen aber durchaus vorhanden, insbesondere wenn ein Duopol der vorherrschenden Telefongesellschaft und der ebenfalls Telekommunikationsdienstleistungen anbietenden Kabelgesellschaft besteht.

In „Telmex“ hat das Panel angenommen, dass die Telefonanbieter „auch zusammen“ ein „major supplier“ seien.<sup>730</sup> Dieser Schluß scheint angesichts der relativ großen Anzahl dort vorhandener Anbieter mit relativ geringen Marktanteilen zweifelhaft.<sup>731</sup> Denn eigentlich liegt eine Lesart der Vorschrift nahe, wonach „gerade zusammen“ die Marktbedingungen beeinflusst werden können.<sup>732</sup> Im konkreten Fall hingegen gab Telmex allein die Richtung vor. Wenn auch beliebig viele kleine Anbieter bei entsprechender – in diesem Fall gesetzlich angeordneter – Verhaltenskoordination ein „Hauptanbieter“ sein können, stellt sich die Frage, wie das Verhältnis der kollektiven Marktmacht zur Kartellabsprache ist. Wenn ein marktbeherrschendes Kartell seine Kollektivmacht missbraucht, ist im europäischen Recht neben Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EG) auch Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) anwendbar, wie z.B. bei Verdrängungsmaßnahmen gegen Kartellaußenseiter.<sup>733</sup> Dabei ist eine Kartellvereinbarung als solche zwar nicht ausreichend zur Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, seine Durchführung kann aber dazu führen, dass die betreffenden Unternehmen auf dem

---

<sup>726</sup> Vgl. die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Abl. C 165/6 vom 11.07.2002, Ziff. 86 ff.

<sup>727</sup> Vgl. die Definition im deutschen Recht in § 19 Abs. 2 S. 2 GWB.

<sup>728</sup> Vgl. EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, Rs. T-342/99, „*Airtours plc.*“, Rn. 59 ff.; EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P, „*Bertelsmann*“, Rn. 119 ff. Im allgemeinen Antitrust-Recht der USA wird das „geteilte“ Monopol hingegen bei Fehlen einer hinreichend expliziten Vereinbarungen weder von § 1 noch von § 2 Sherman Act erfasst; *Areeeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Volume 3A, Para 810.

<sup>729</sup> Vorstellbar ist eine entsprechende Marktstruktur hier aber im Bereich des Mobilfunks.

<sup>730</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.228.

<sup>731</sup> *Marsden*, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [5].

<sup>732</sup> *Lee*, Lessons Learnt from Trade Disputes (2005), S. 31.

<sup>733</sup> *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., Art. 82 EG, Rn. 107.

Markt als kollektive Einheit auftreten.<sup>734</sup> Zu beachten ist jedoch, dass so wie die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, auch einer kollektiven, allein noch keinen Vorwurf gegenüber den betreffenden Unternehmen enthält,<sup>735</sup> auch die Kartellabsprache als solches nicht zugleich der Missbrauch i.S.d. Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) ist.<sup>736</sup> Es ist ein konkretes missbräuchliches Verhalten erforderlich. Dies gilt auch für das Referenzpapier, weshalb zweifelhaft scheint, ob eine Absprache als solche erfasst ist.<sup>737</sup>

#### IV. Die Wettbewerbsregeln

Die USA hatten in den Verhandlungen zunächst ein ausdifferenziertes Regelwerk mit einer Liste wettbewerbsschützender Verpflichtungen vorgeschlagen.<sup>738</sup> Die Diskussionen drehten sich dann vor allem um die Frage, wie detailliert die Regeln sein sollen. Entsprechend dem grundsätzlichen Ansatz, sich auf grobe Prinzipien zu beschränken, einigte man sich schließlich auf eine wettbewerbsschützende Generalklausel (hierzu unter 1.) und eine illustrative Liste konkreter Tatbestände (hierzu unter 2.).<sup>739</sup> Mit diesen verlangt das Referenzpapier vom Mitgliedstaat einen bestimmten Wettbewerbsschutz – es gewährt oder regelt nicht Schutzmechanismen gegen Wettbewerbsstörungen, die aus einem nicht liberalisierten Markt in den Wettbewerbsmarkt getragen werden (hierzu unter 3.). Erfasst werden nach der Auslegung des „Telmex“-Panel aber auch staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen (hierzu unter 4.).

##### 1. Die Generalklausel

Gemäß Ziff. 1.1 RP sollen „geeignete Maßnahmen unterhalten werden, um zu verhindern, dass Anbieter, die allein oder gemeinsam ein Hauptanbieter sind, wettbewerbswidrige Praktiken aufnehmen oder weiter verfolgen.“<sup>740</sup>

Der Begriff der „Maßnahmen“ wird hier – wie generell im GATS – weit verstanden und erfasst den Erlass entsprechender Gesetze wie auch deren Durchsetzung in konkreten Einzelfällen.<sup>741</sup> Der Verweis auf die „Eignung“ der Maßnahmen wird überwiegend nicht im Sinne ei-

---

<sup>734</sup> EuGH, Urteil vom 16. 03 2000, Rs. C-395/96 P, „*Compagnie Maritime Belge Transports*“, Slg. 2000 I 1365, Rn. 43 f.

<sup>735</sup> EuGH, *ibidem*, Rn. 37 ff.

<sup>736</sup> EuG, Urteil v. 10.03.1992, Rs. T-68/89 u.a., „*Italienische Glashersteller*“, Slg. 1992 II 1403, Rn. 360.

<sup>737</sup> Siehe nachfolgend S. 131.

<sup>738</sup> WTO, Negotiating Group on Basic Telecommunications, *Communication from the United States*, Draft Offer on Basic Telecommunications, S/NGBT/W/12/Add. 3 vom 31. Juli 1995.

<sup>739</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 F.C.L.J. (1998), S. 61 [69].

<sup>740</sup> „Appropriate measures shall be maintained for the purpose of preventing suppliers who, alone or together, are a major supplier from engaging in or continuing anti-competitive practices.“

<sup>741</sup> *Ehlermann/Ehring*, WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body Experience, 26 Fordham Int'l L. J. (2003), S. 1505.

ner Verpflichtung auf einen bestimmten Regulierungserfolg verstanden.<sup>742</sup> Die Maßnahmen müssen nicht das Auftreten von wettbewerbsschädlichen Handlungen in jedem Fall verhindern.<sup>743</sup> Die Regierungen müssen allerdings entsprechende Gesetze erlassen, eine mit ausreichend Personal und Befugnissen ausgestattete Behörde einsetzen, eine Beschwerdemöglichkeit schaffen und die Gesetze nach Treu und Glauben anwenden.<sup>744</sup>

Entgegen der deutschen Übersetzung der EU-Verpflichtungen sind entsprechende Maßnahmen nicht nur „beizubehalten“. Der englische Wortlaut ist weiter, da „maintain“ auch „unterhalten“ oder „aufrechterhalten“ bedeutet. So geht die Literatur meist ohne weiteres davon aus, dass auch der Erlass entsprechender Regeln gefordert ist.<sup>745</sup> Auch in der Telmex-Entscheidung betraf der Vorwurf nicht die Abschaffung wettbewerbsschützender Maßnahmen, sondern deren Fehlen (bzw. das Vorhandensein gegenläufiger Anordnungen), ohne dass das Panel dies problematisiert hätte.

Die entscheidende Frage für Bedeutung und Reichweite der Generalklausel ist, was unter einem „wettbewerbswidrigen Verhalten“ zu verstehen ist. Das Merkmal der Wettbewerbswidrigkeit verlangt, eine Trennlinie hinsichtlich der Legitimität von wettbewerblichem Verhalten, d.h. zwischen „guten“ und „schlechten“ Wettbewerbshandlungen, zwischen Leistungswettbewerb („competition on the merits“) und Behinderungswettbewerb („exclusionary conduct“) zu finden.<sup>746</sup>

In der Literatur wurde vermutet, dass die Konkretisierung und Anwendung anhand der aus den nationalen Wettbewerbsrechten bekannten Kategorien erfolgen würde.<sup>747</sup> Als Beispiele für wettbewerbswidrige Praktiken wurden überhöhte Preise, Preisdiskriminierungen, Kampfpreisstrategien, Abschlussverweigerung oder vertikale Beschränkungen genannt.<sup>748</sup> Dabei

---

<sup>742</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 F.C.L.J. (1998), S. 61; *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 256. Sehr weitgehend *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 152: Keine Pflicht zum Tätigwerden, zum Durchsetzen der Regeln. Dagegen: *Gao*, Telecommunications Services: Reference Paper, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 30. Weitergehend im Sinne einer Erfolgspflicht: *Alvarez-Jimenez*, Emerging WTO Competition Jurisprudence, 24 NW. J. INT'L L. & BUS. (2004), S. 441.

<sup>743</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.266.

<sup>744</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79 [90].

<sup>745</sup> *Peng*, Trade in Telecommunications Services, JWT 41(2) (2007), S. 293 [296]; *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 152; vor dem Hintergrund des deutschen Wortlauts auch: *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [221].

<sup>746</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79 [88]. Siehe auch: *Fox*, What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect, 70 Antitrust L.J. (2002), S. 371.

<sup>747</sup> *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, E 27, Rn. 269.

<sup>748</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 4; *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 153.

handelt es sich um typische Fälle missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens, wie sie beispielsweise das EU-Recht kennt.<sup>749</sup> Andererseits wurde aber zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich hier um selbständige WTO-Verpflichtungen handelt und die WTO-Streitbeilegungsorgane Auslegungsfragen entsprechend den Zwecken des Referenzpapiers eigenständig entscheiden können und müssen. Das Kriterium der Wettbewerbswidrigkeit ist dabei zunächst nicht mehr als ein genereller Hinweis darauf, dass die Standards dem Wettbewerbsrecht zu entnehmen sind.<sup>750</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Referenzpapier nicht ausdrücklich auf das Konzept des Missbrauchs („abuse“) abstellt, das immerhin bereits in Art. VIII:2 GATS vorkommt. Es wird mit „wettbewerbswidrige Praktiken“ eine eigene Terminologie verwendet, die so weder in der EU („missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ in Art. 102 AEUV) noch in den USA („Monopolisierung“ in Sec. 2 Sherman Act) vorkommt.

#### **a.) Unilaterale Handlungen und Absprachen**

Fraglich ist angesichts der eigenständigen Begrifflichkeit bereits, ob das „wettbewerbswidrige Verhalten“ sich nur auf unilaterale (Missbrauchs-)Handlungen bezieht oder auch kooperatives Vorgehen, d.h. wettbewerbswidrige Absprachen erfasst, ob also die Generalklausel ein Kartellverbot enthält.

Das Panel hat in der „Telmex“-Entscheidung letzteres angenommen und wurde dafür heftig kritisiert.<sup>751</sup> Tatsächlich ist die Begründung des Panel in vielen Punkten angreifbar.<sup>752</sup> Auch in der Sache erscheint fraglich, ob Ziff. 1.1 RP Kartelle als solches verbietet. Andererseits wäre eine Behandlung des Falles allein in den Kategorien des Missbrauchs ohne Berücksichtigung der horizontalen Koordination auch wenig überzeugend gewesen. Denn das Ergebnis der Einstufung der streitgegenständlichen Praktik als wettbewerbswidrig wird allgemein geteilt.

Die USA stellten sich in ihrer Beschwerde auf den Standpunkt, dass „anti-competitive practices“ zumindest die im nationalen Wettbewerbsrecht regelmäßig verbotenen Praktiken des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, der Monopolisierung und der Kartellierung um-

---

<sup>749</sup> *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., Art. 82 EG, Rn. 132 ff.

<sup>750</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79 [88 f.].

<sup>751</sup> Vgl. *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [291.]; *Marsden*, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [8], die Art. 3.2 DSU verletzt sehen, da die WTO-Mitglieder sich gerade nicht auf Verpflichtungen in Bezug auf Kartelle geeinigt hätten. Andere finden die Argumentation überzeugend, da eine Nichtberücksichtigung von Hardcore-Kartellen als „anti-competitive practice“ die Bedeutung des Referenzpapiers erheblich beschränkt hätte; so *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1005]; anders noch: *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [378].

<sup>752</sup> Kritisch zum methodischen Vorgehen des Panel u.a. *Lee*, Lessons Learnt from Trade Disputes (2005), S. 33 f. und *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4), S. 833 [856].

fasse.<sup>753</sup> Das Panel näherte sich dem Begriff ausgehend vom Wortlaut, zog Wörterbuchdefinitionen heran und kam zu dem Zwischenergebnis, dass der Begriff der „wettbewerbswidrigen Praktik“ als solches sehr weit ist und auf Handlungen deutet, die den Konkurrenzkampf oder den Wettbewerb im Markt verringern.<sup>754</sup> Sodann betrachtete es den Kontext im Referenzpapier selbst. Es stellte – zutreffend – fest, dass die Beispielsfälle in Ziff. 1.2 RP Verhaltensweisen betreffen, die ein „major supplier“ allein vornehmen kann und regelmäßig allein vornehmen wird. Auch die Verwendung des Begriffs „major supplier“ läge es nahe, dass der Fokus der Vorschrift auf der Monopolisierung und dem Missbrauch einer beherrschenden Stellung liege. Dann jedoch schloss das Panel aus dem Verweis auf Anbieter, die „allein oder zusammen“ ein „major supplier“ sind (Ziff. 1.1 RP), dass auch eine „horizontale Koordinierung“ der Anbieter relevant sein könne. Anschließend stellte es unter Verweis auf eine Note des Sekretariats fest, dass im Recht der Mitgliedsstaaten der Begriff der wettbewerbsfeindlichen Praktiken häufig vorkommt und deren Wettbewerbsrecht auch Kartelle und horizontale Absprachen umfasst. Es verwies außerdem auf verschiedene internationale Instrumente (Art. 46 der Havana Charter von 1948; das United Nations Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices von 1980; eine OECD Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hardcore Cartels von 1998 und Berichte der Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy), welche die Schädlichkeit von Kartellen herausstellen. Auch Sinn und Zweck des Referenzpapiers würden eine Einbeziehung horizontaler Absprachen unterstützen. Die Mitglieder hätten erkannt, dass eine Verhinderung von Monopolverhalten und des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung insbesondere durch ehemalige Monopolanbieter erforderlich sei, um das Unterlaufen der Marktzugangs- und Inländerbehandlungsvorschriften zu verhindern. Im Ergebnis nahm das Panel für die gesetzliche Regelung der einheitlichen Terminierungsentgelte „effects tantamount to a price-fixing cartel“ und für die Regeln zur Verteilung des Aufkommens „effects tantamount to those of a market sharing agreement“ an.<sup>755</sup>

Angesichts dieser Begründung kann dem Panel vorgeworfen werden, zu sehr vom Ergebnis her gedacht und dem Gesamtzusammenhang des Referenzpapiers zu wenig Beachtung geschenkt zu haben. Die Argumentation ist in vielen Punkten angreifbar. Bereits das Ausgehen von Wörterbuchdefinitionen mutet angesichts der Bedeutung und Umstrittenheit der Frage,

---

<sup>753</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.222.

<sup>754</sup> Zum Folgenden: *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.230 ff.

<sup>755</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.262 und 7.264.

was eigentlich als Wettbewerb geschützt ist, naiv an.<sup>756</sup> Die Systematik des Referenzpapiers spricht – wie das Panel selbst einräumt – eher für eine Ausrichtung auf missbräuchliches Verhalten dominanter Anbieter. Die aufgeführten Beispielfälle zeigen, dass die Hauptsorge Behinderungspraktiken eines beherrschenden Unternehmens waren.<sup>757</sup> Dies deckt sich mit dem vom Panel herausgestellten Sinn und Zweck, der es nahegelegt hätte, sich an Art. 102 AEUV oder Sec. 2 Sherman Act zu orientieren.<sup>758</sup> Die desweiteren herangezogenen „Auslegungshilfen“ überzeugen nicht. Aus der Note des Sekretariats, einer wenige Seiten umfassenden Tabelle, ist zwar ersichtlich, dass ein Kartellverbot zum gemeinsamen Standard des Wettbewerbsrechts gehört, zu der genauen Terminologie der „wettbewerbswidrigen Praktik“ lässt sich ihr allerdings nichts entnehmen. Ähnliches gilt für die anderen Dokumente. Noch problematischer als die inhaltlichen Ableitungen sind die Grundlage für die Heranziehung dieser Instrumente und ihr rechtlicher Stellenwert, die der Panel-Report völlig im Dunkeln lässt.<sup>759</sup>

Losgelöst von der Überzeugungskraft des Panel-Reports ist die Reichweite der Ziff. 1.1 RP aber auch nicht einfach zu bestimmen, eine Nichtberücksichtigung von Kartellabsprachen ebenfalls nicht eindeutig zu begründen. Denn von den Verhandlungsführern wurden bewusst offene Formulierungen gewählt, um eine große Bandbreite von Verhaltensweisen der ehemaligen Monopolisten erfassen zu können, die Wettbewerber und den Marktzugang behindern.<sup>760</sup> Genauso wie angesichts der Vorgeschichte nicht unterstellt werden kann, dass Kartellverhalten allein deshalb nicht ausdrücklich aufgenommen wurde, da die Wettbewerbschädlichkeit offensichtlich ist,<sup>761</sup> kann auch der gegenteilige Schluss – die bewusste und gewollte Nichteinbeziehung – nicht ohne weiteres gezogen werden.<sup>762</sup> Ein wichtiger Aspekt, an dem sich eine Ausdehnung der Ziff. 1.1 RP zur wettbewerbsrechtlichen Generalklausel stößt, ist allerdings die Tatsache, dass Adressat der Regel allein der „major supplier“ ist. Es wäre fragwürdig und ungewöhnlich, ein Kartellverbot auf marktbeherrschende Anbieter zu beschränken.<sup>763</sup> Dieses Argument könnte man höchstens durch eine weite Interpretation der Ziff. 1.1 RP entkräften. Bei unbefangener Betrachtung kann dieser auch so verstanden werden,

---

<sup>756</sup> Marsden, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [7]; Burri Nenova, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4) (2007), S. 833 [856].

<sup>757</sup> Fox, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [282]; Bronckers, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: Bronckers/Quick (2000), S. 371 [376 ff.]. Allerdings geht es zu weit, aus der Beispielsliste zu folgern, dass dort nicht genannte Verhaltensweisen als nicht regelmäßig schädlich angesehen werden; so aber Neven/Mavroidis, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [292].

<sup>758</sup> Neven/Mavroidis, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [292 f.].

<sup>759</sup> Marsden, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [8].

<sup>760</sup> So Sherman, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [26 f.], die für die USA an den Verhandlungen teilgenommen hat.

<sup>761</sup> So aber Wisner/Gallus, The Emergence of WTO Competition Law, Int. T.L.R. 10(5) (2005), S. 91 [95].

<sup>762</sup> Bronckers/Larouche, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [FN 60c].

<sup>763</sup> Neven/Mavroidis, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [FN 30].

dass er Vereinbarungen zwischen nicht-dominanten Unternehmen erfasst, wenn diese dadurch die Möglichkeit erlangen, die Bedingungen für die Marktteilnahme zu beeinflussen.<sup>764</sup> Durch das Kartell als wettbewerbswidrige Verhaltensweise würden die Kartellteilnehmer zusammen zum beherrschenden Anbieter („major supplier“). Der Wortlaut scheint allerdings eher davon auszugehen, dass ein marktbeherrschender Anbieter (oder ein entsprechendes Oligopol) besteht, welcher dann eine wettbewerbswidrige Praktik vornimmt.<sup>765</sup>

### **b.) Erfasste unilaterale Handlungen**

Auch die weitere Frage, welche einseitigen Handlungen eines beherrschenden Anbieters „wettbewerbswidrig“ sind, ist nicht in jedem Fall einfach zu beantworten. So wurden im Bereich des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung bzw. der Monopolisierung die größten Unterschiede zwischen den Wettbewerbsordnungen der EU und der USA ausgemacht.<sup>766</sup> Nach dem US-Verständnis ist das Verlangen von überhöhten oder „unangemessenen“ Monopol-Preisen als solches zunächst nicht verboten, da ansonsten das wettbewerbliche Anreizsystem gestört würde. Behindernde oder ausschließende Praktiken gegenüber Wettbewerbern („exclusionary practices“) werden nur als schädlich angesehen, wenn sie zu einem Wohlfahrtsverlust, zur „Ausbeutung“ führen. Der Ausschluss des Rivalen muss wettbewerbswidrige Effekte in Form höherer Preise oder reduzierten Outputs zur Folge haben.<sup>767</sup> Kampfpreisstrategien („predatory pricing“) sind nur verboten, wenn davon auszugehen ist, dass der entsprechend vorgehende Anbieter seine Verluste auf längere Sicht durch die Verdrängung von Wettbewerbern (mehr als) ausgleichen kann („recoupment“).<sup>768</sup> Die Preis-Kosten-Schere („price-squeeze“) stellt keine eigenständige Fallgruppe dar.<sup>769</sup> In der EU ist der Ausbeutungsmissbrauch, das Erzwingen unangemessener Preise (Art. 102 II lit. a AEUV) zwar als solches verboten, ohne dass dies allerdings in der Praxis eine größere Rolle spielen würde. Der Behinderungsmissbrauch ist allerdings in vielen Fällen als solches tatbestandsmäßig, oh-

---

<sup>764</sup> Auf diese Mehrdeutigkeit der Formulierung wies bereits *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [FN 19] hin, der diese Lesart aber für theoretisch hielt, da im Bereich der Telekommunikationsdienste eine Vereinbarung zwischen kleineren Anbietern (ohne den Altanbieter) auf absehbare Zeit nicht geeignet sei, einen entsprechenden Einfluss auszuüben.

<sup>765</sup> Es ist auch fraglich, ob das „Telmex“-Panel so weit gehen würde, da es das Vorliegen eines „major suppliers“ vorab prüft.

<sup>766</sup> *Kolasky*, What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives, *The Antitrust Bulletin* 2004, S. 29 [40].

<sup>767</sup> *Kolasky*, What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives, *The Antitrust Bulletin* 2004, S. 29 [45]; Kritisch: *Fox*, What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect, 70 *Antitrust L. J.* (2002), S. 371.

<sup>768</sup> *Kolasky*, What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives, *The Antitrust Bulletin* 2004, S. 29 [46 ff.].

<sup>769</sup> Gemeint ist eine Preisgestaltung, bei der das Verhältnis der Preise auf Vorleistungs- und Endkundenebene so bestimmt wird, dass ein auf die Vorleistung angewiesener Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt nicht kon-

ne dass Wohlfahrtsverluste festzustellen wären. Geschützt wird auch die wettbewerbliche Struktur des Marktes, der Wettbewerb als Institution.<sup>770</sup>

Bei einer Einordnung des Telmex-Falles als Problem des Missbrauchs einer (kollektiven) beherrschenden Stellung wäre die Begründung dementsprechend schwerer gefallen. Zwar wurde geltend gemacht, der Fall hätte im Einklang mit dem Zweck des Referenzpapiers unter dem Blickwinkel der Zugangsverweigerung oder Diskriminierung als Missbrauch einer dominanten Stellung behandelt werden können.<sup>771</sup> Bei einer Prüfung an Hand der Maßstäbe des amerikanischen oder europäischen Rechts wäre dies ohne Berücksichtigung des horizontalen Elements jedoch nicht eindeutig. „Überhöhte“ Preise werden hier entweder überhaupt nicht als Problem gesehen oder spielen wegen der praktischen Schwierigkeiten in der Durchsetzung kaum eine Rolle.<sup>772</sup> Wären Telmex allein überhöhte Preise vorzuwerfen gewesen, so wäre das Verhalten u.U. nicht als wettbewerbswidrig zu klassifizieren gewesen.<sup>773</sup> Es könnte ein Fall der „Zugangs- oder Geschäftsverweigerung“ in Bezug auf essentielle Infrastruktur angenommen werden. Die Berechtigung und Reichweite dieser Fallgruppe ist im allgemeinen Kartellrecht jedoch – wie oben dargestellt – sehr umstritten. Anders wäre dies bei Vorliegen einer Diskriminierung, wobei die Vergleichsgruppenbildung hier aber auch nicht offensichtlich ist. Der horizontale Aspekt muss also Berücksichtigung finden dürfen.<sup>774</sup> Hier wirkt sich aus, dass das Referenzpapier, anders als die nationalen Rechtsordnungen, nicht verschiedene Instrumente für kooperative und unilaterale Beschränkungen vorhält. Die „wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen“ können deshalb nicht ohne weiteres mit den Fällen des Missbrauchs gleichgesetzt werden, wie sie im nationalen Recht bekannt sind.

Angesichts der Schwierigkeiten des Missbrauchstatbestands liegt also der Verdacht nahe, dass Hintergrund der Argumentation des Panel der Versuch war, sich auf die „sichere Seite“ zu retten. Im Gegensatz zum unilateralen Ausbeutungsmissbrauch wird die Ausbeutung durch ein Kartell – zumindest im Kernbereich der sogenannten „Hardcore“-Kartelle – ohne weiteres

---

kurrieren kann; hierzu: Supreme Court, *Pacific Bell Telephone Co., AT & T California v. Linkline Communications*, 555 U.S. \_\_\_\_ (2009).

<sup>770</sup> Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., Art. 82 EG, Rn. 115 ff.

<sup>771</sup> Marsden, *Trade and Competition*, *Competition Law Insight* 16(3) (2004), S. 3 [8]; Lee, *Lessons Learnt from Trade Disputes* (2005), S. 39.

<sup>772</sup> Siehe oben und Neven/Mavroidis, *El mess in TELMEX*, *WTR* 5(2) (2006), S. 271 [293].

<sup>773</sup> Fox, *The WTO's First Antitrust Case*, *JIEL* 9(2) (2006), S. 271 [283]. Da das Panel nicht auf die Höhe der Entgelte (sondern auf das Zusammenwirken) abstellt, können der Entscheidung keine Hinweise auf die Maßstäbe für typischere Fälle des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung entnommen werden; Bronckers/Larouche, *Telecommunications Services*, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1005 f.].

<sup>774</sup> Zu beachten ist, dass die Regeln zugleich jeden Preiswettbewerb ausschlossen und damit den freien Dienstleistungsverkehr behinderten – dies macht sie eindeutig wettbewerbswidrig; Fox, *The WTO's First Antitrust Case*, *JIEL* 9(2) (2006), S. 271 [283].

(„per se“) als wettbewerbsschädlich angesehen.<sup>775</sup> Das Panel hat es damit vermieden, negative Effekte auf den Wettbewerb näher untersuchen zu müssen.<sup>776</sup> Dem Panel ist allerdings zuzugestehen, dass die hinter dieser unterschiedlichen Bewertung stehende ratio hier passt, da man sich bei einem Vorgehen gegen ein Preiskartell, wie im vorliegenden Fall, in der Regel keine Gedanken um die Anreizstruktur für Wettbewerb und Investitionen machen muss.<sup>777</sup>

Auf angebliche positive Wettbewerbswirkungen ist das Panel nur sehr knapp eingegangen. Mexiko hatte vorgebracht, dass die Regeln den Wettbewerb fördern würden, indem sie neue Anbieter vor ruinöser Preisunterbietung („predatory pricing“) des vorherrschenden Ex-Monopolisten und vor der Marktmacht der ausländischen Anbieter schützen und den Wettbewerb im Heimatmarkt und um ausgehende Anrufe stärken würden.<sup>778</sup> Das Panel sah jedoch keine Hinweise, dass „predatory pricing“ nicht mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht oder anderen Mitteln bekämpft werden kann.<sup>779</sup> Es hat dies interessanterweise im Rahmen des Vorliegens einer „wettbewerbswidrigen Praktik“, d.h. quasi als Rechtfertigung für das Kartell geprüft.<sup>780</sup> Auf das Argument der Förderung des Wettbewerbs im mexikanischen Markt ist das Panel an dieser Stelle überhaupt nicht eingegangen.

### c.) Bisherige Erkenntnisse zu Wettbewerbsstandards

Die „Telmex“-Entscheidung deutet auf ein Problem der Aufnahme wettbewerbsschützender Vorschriften. Da originäre Schutzgüter die Markteffizienz oder (Konsumenten-) Wohlfahrt sind, werden in der „normalen“ Anwendung häufig umfassende Ermittlungen und Abwägungen der positiven und negativen Effekte erforderlich. Praktiken, die „per se“ in jedem Fall wettbewerbswidrig sind, sind die Ausnahme. Angesichts der faktisch fehlenden Möglichkeiten einer umfassenden Marktanalyse liegt es nahe, dass die Streitbeilegung sich auf Praktiken beschränkt, die „in abstracto“ wettbewerbswidrig sind.<sup>781</sup> Eine Übernahme der im nationalen Wettbewerbsrecht z.T. recht ausdifferenziert herausgeformten Tatbestände und Fallgruppen kann dabei nicht erwartet werden. Vielmehr müssen die WTO-Organen eigene inhaltliche Standards entwickeln, die im Einklang mit den Grundvorstellungen über legitimes Verhalten

<sup>775</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [293].

<sup>776</sup> *Marsden*, Trade and Competition, Competition Law Insight 16(3) (2004), S. 3 [8]; angedeutet auch von *Lee*, Lessons Learnt from Trade Disputes (2005), S. 42.

<sup>777</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [293].

<sup>778</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.258 f.

<sup>779</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.261. Tatsächlich sehen die nach der Entscheidung reformierten Regeln ein Verbot des Anbietens unter Kosten vor, siehe *Wellenius/Galarza/Guermazi*, Telecommunications and the WTO (2005), S. 12 f.

<sup>780</sup> *South Centre*, GATS Dispute Settlement Cases (2005), S. 2 sieht darin eine Form des „necessity tests“.

<sup>781</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [200, 219].

im Wettbewerb stehen und zu der jeweiligen Industrie und zu den Streitbeilegungsmechanismen passen.<sup>782</sup> Woran sie sich dabei orientieren können, ist nach der Entscheidung offen, da die dort vorgenommene wahllose Inbezugnahme verschiedener Quellen nicht überzeugt.

Interessant ist die „Telmex“-Entscheidung auch hinsichtlich der grundsätzlichen Frage, ob der Begriff des „wettbewerbswidrigen Verhaltens“ allein im Sinne der Kategorien des Wettbewerbsrechts verstanden wird oder aus dem spezifischen Kontext ein zusätzliches Erfordernis der Zugangsvereitelung, der Beeinträchtigung des Handels abgeleitet wird. Die Auslegung des Panels deutet auf ersteres Verständnis. So stellt es zwar auf den Zweck der Regeln ab, den es darin sieht, eine „Unterminierung“ der Marktzugangs- und Inländerbehandlungsverpflichtungen zu verhindern, leitet hieraus jedoch keine Eingrenzung des Tatbestandes ab.<sup>783</sup> Wettbewerbswidrig ist seiner Argumentation nach das Kartell als solches. Damit wären aber auch Praktiken erfasst, die sich überhaupt nicht auf den Zugang ausländischer Wettbewerber auswirken, sondern „nur“ inländische oder ausländische Konsumenten schädigen. Vorstellbar wäre z.B. eine diskriminierende Geschäftspolitik gegen nicht-ansässige ausländische Staatsbürger. Praktische Konsequenzen dürfte diese Frage jedoch nicht haben. Zunächst setzt bereits die Anwendbarkeit des GATS voraus, dass der Handel mit Dienstleistungen berührt ist, Art. I:1 GATS. Selbst wenn dies bei einer reinen Verbraucherschädigung vorstellbar ist, dürfte in diesen Fällen im WTO-System regelmäßig der Kläger fehlen. Festzuhalten ist jedoch, dass das Referenzpapier vor dem Hintergrund eines effektiven Marktzugangs Standards setzt, in denen dieser Marktzugang nicht mehr vorkommt.

## 2. Die konkreten Schutzklauseln

In Ziff. 1.2 RP wird klargestellt, dass als wettbewerbswidrige Praktiken insbesondere anzusehen ist: „a) die Aufnahme einer wettbewerbswidrigen Quersubventionierung; b) die Nutzung von Informationen von anderen Wettbewerbern mit wettbewerbswidrigen Ergebnissen und c) die nicht rechtzeitige Bereitstellung technischer Informationen über wesentliche Einrichtun-

---

<sup>782</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79 [89].

<sup>783</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.237. Anders sieht dies eine Lesart, die auf den „unterstützenden Charakter“ des Referenzpapiers abstellen und die Wettbewerbswidrigkeit „allein in ihren Auswirkungen für die Umsetzung der spezifischen Verpflichtungen beurteilt“ sehen möchte, für den konkreten Fall aber zum gleichen Ergebnis kommt, vgl. *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [219 f.]. Auch *Fox*, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [282 f.] betont, dass die Handlungen wettbewerbswidrig sind und (!) den grenzüberschreitenden Handel und Wettbewerb erfassen.

gen und Informationen von kommerzieller Bedeutung, die für die Erbringung von Dienstleistungen erforderlich sind, an andere Anbieter von Dienstleistungen.“<sup>784</sup>

Nach der eindeutigen Formulierung des Einleitungssatzes („shall include in particular“) handelt es sich um eine illustrative, nicht abschließende Liste.<sup>785</sup> Es werden als besonders problematisch angesehene Verhaltensweisen des „major supplier“ hervorgehoben. Dabei beschreibt die Ziff. 1.2 c) RP ein Verhalten, das als solches für schädlich und verboten gehalten wird. Bei den Verhaltensweisen, die in Ziff. 1.2 a) und b) RP beschrieben werden, ist hingegen wieder eine zusätzliche Wertung als „wettbewerbswidrig“ erforderlich. Dies kann auch hier als Hinweis verstanden werden, dass die Standards aus Konzepten des Wettbewerbsrechts abgeleitet werden sollen.<sup>786</sup>

### a.) Wettbewerbswidrige Quersubventionierungen

Die in der Praxis wohl wichtigste Fallgruppe betrifft „wettbewerbswidrige Quersubventionierungen“, Ziff. 1.2 (a) RP. Unter einer Quersubventionierung kann ganz allgemein umschrieben der Sachverhalt verstanden werden, dass Gewinne aus einer Dienstleistung oder einem Geschäftsbereich zur Finanzierung, d.h. zum Ausgleich von Verlusten in einem anderen Bereich verwendet werden.<sup>787</sup> Dies ist zunächst ein normales Geschäftsverhalten – fraglich ist, wann hieraus ein wettbewerbsrechtliches Problem wird.

Einen Hinweis gibt der ursprüngliche Entwurf der USA, in dem es hieß, dass es einem beherrschenden Anbieter nicht erlaubt sei, seine nicht-regulierten Dienste durch ein Verschieben ihrer Kosten auf Dienste, bei denen er Marktmacht besitze, quer zu subventionieren.<sup>788</sup> Umgekehrt formuliert ist es problematisch, wenn der „major supplier“ Gewinne aus dem Bereich mit einer fortbestehenden Vormachtstellung in anderen, stärker wettbewerbslichen Bereichen verwendet.<sup>789</sup> Fraglich ist aber, wie das Verhalten auf dem Zielmarkt der Subvention genau beschaffen sein muss: Genügt jede Mittelverwendung, auch wenn sie nur als Investition in die Teilnahme am Wettbewerb dient, oder muss die Quersubventionierung zu „Kampfpreisen“

---

<sup>784</sup> „The anti-competitive practices referred to above shall include in particular: (a) engaging in anti-competitive cross-subsidization; (b) using information obtained from competitors with anti-competitive results; and (c) not making available to other services suppliers on a timely basis technical information about essential facilities and commercially relevant information which are necessary for them to provide services.“

<sup>785</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.232.

<sup>786</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 *New Eng. L. Rev.* (1999), S. 79.

<sup>787</sup> Grundsätzlich zum Phänomen der Quersubventionierung: *Falhauber*, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, *American Economic Review* 65(5) (1975), S. 966 sowie *Falhauber*, Cross-Subsidy Analysis, *JCLE* 1(3) (2005), S. 441.

<sup>788</sup> WTO, Negotiating Group on Basic Telecommunications, Communication from the United States, *Draft Offer on Basic Telecommunications*, S/NGBT/W/12/Add. 3 vom 31. Juli 1995.

<sup>789</sup> *Kennedy*, *The Limits of Multilateralism* (2001), S. 321.

und einer Verschlechterung der Wettbewerbsposition der anderen auf dem Zielmarkt aktiven Unternehmen führen?<sup>790</sup> In der Perspektive des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist die Quersubventionierung nur in bestimmten, eng umschriebenen Konstellationen problematisch. Die europäische Rechtsprechung sieht die „Quersubventionierung“ als solche nicht als eigenständigen Missbrauchstatbestand. Vielmehr muss eine weitere wettbewerbsschädigende Praxis hinzutreten, die entweder auf der Finanzierungsseite (überhöhte oder diskriminierende Preise) oder – und das ist der wichtigere Fall – im Zielmarkt (Kampfp Preisunterbietung) liegen kann.<sup>791</sup> Eine missbräuchliche Kampfp Preisunterbietung im Zielmarkt liegt nach der „AKZO-Rechtsprechung“ stets vor, wenn die hier verlangten Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen. In diesem Fall kann eine Verdrängungsabsicht mangels anderer wirtschaftlicher Motive unterstellt werden. Liegen die Kosten darüber, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, so sind sie missbräuchlich, wenn sie im Rahmen eines Planes zur Ausschaltung eines Konkurrenten festgesetzt wurden, was durch weitere Indizien zu belegen ist.<sup>792</sup>

Nach der im amerikanischen Recht entwickelten und üblicherweise verwendeten „Areeda-Turner-Formel“ liegt „predatory pricing“ nur vor, wenn der Preis unter den (kurzfristigen) Grenzkosten bzw. alternativ unter den (kurzfristigen) durchschnittlichen variablen Kosten liegt (und das Unternehmen die Vermutung für wettbewerbswidrige Ziele nicht widerlegen kann). In der neueren amerikanischen Praxis wird zudem gefragt, ob die in Kauf genommenen Verluste zu einem späteren Zeitpunkt wieder hereingewirtschaftet werden können (sog. „recoupment“),<sup>793</sup> was in Europa keine Voraussetzung des Missbrauchs ist.<sup>794</sup>

Eine Quersubventionierung ist also nur dann problematisch, wenn die Erlöse einer Dienstleistung oder eines Geschäftsbereichs die „stand alone“-Kosten übersteigen und dieser Überschuss in einem Bereich bzw. für eine Dienstleistung verwendet wird, wo die Erlöse nicht einmal die Grenzkosten bzw. durchschnittlichen variablen Kosten decken.<sup>795</sup> Die nicht uner-

---

<sup>790</sup> Möschel in: Immenga/Mestmäcker (2007), Art. 82 EG, Rn. 176.

<sup>791</sup> Ausführlich: Platt, Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union (2005), S. 180 ff.

<sup>792</sup> EuGH, Rs. C-62/86, „AKZO“, Slg. 1991, I-3359 ff.

<sup>793</sup> Kolasky, What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives, The Antitrust Bulletin 2004, S. 29 [46 ff.]; ausführlich: Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law (2006), Vol. 3, Part Two, Para. 723 ff.

<sup>794</sup> EuGH, Urteil vom 2. April 2009, Rs. C-202/07 P, „France Télécom SA“, Rn. 110.

<sup>795</sup> Möschel in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl, Art. 82 EG, Rn. 176. Für netzgebundene Wirtschaftszweige wie die Telekommunikation, die sich durch hohe Fixkosten für die Aufrechterhaltung der Infrastruktur und geringe variable Kosten für die einzelne Leistung auszeichnen, ist über eine gewisse Modifikation der Standards nachzudenken. Die kurzfristigen Grenz- oder variablen Kosten geben dort keinen realistischen Maßstab. So sind nach der Kommission anstatt der variablen Kosten die gesamten bei der Erbringung des Dienstes über einen längeren im Einzelfall zu bestimmenden Zeitraum zusätzlich anfallenden Kosten zu berücksichtigen; Europäische Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, Abl. C 265/2 vom 22.08.1998, Ziff. 110 ff. US-Gerichte haben im Telekommunikationssektor

heblichen praktischen Probleme des bildkräftigen und häufig behaupteten Tatbestands der Quersubventionierung liegen in der danach erforderlichen Kostenzurechnung. Die variablen und fixen Kosten einzelner Angebote sind alles andere als offensichtlich.

Ein weiterer Aspekt, der die Hervorhebung der Quersubventionierung im Referenzpapier einerseits erklärt, die Debatte andererseits aber erschwert, ist die besondere Rolle, die die unternehmensinterne Umverteilung finanzieller Mittel in Netzwirtschaften wie dem Telekommunikationssektor klassischerweise gespielt hat. Die Quersubventionierung war dort das hergebrachte Finanzierungsmodell für Universaldienste. Überschüsse aus gewinnbringenden Sektoren (insb. Fernverbindungen), die durch ein Monopol geschützt waren, wurden zur Finanzierung von Verlusten in anderen Bereichen (Anschlussgebühren, Ortsgespräche) verwendet.<sup>796</sup> Auch wenn Quersubventionen inzwischen überwiegend als ineffizientes und intransparentes Instrument zur Finanzierung des Universaldienstes angesehen werden, wurde die Aufnahme des Tatbestandes in das Referenzpapier teilweise als Gefahr gesehen.<sup>797</sup> So hat Indien, das eine Politik der Entwicklung des ländlichen Raumes durch Quersubventionierung anstrebt, diesen Teil des Referenzpapiers nicht in seine Verpflichtungen aufgenommen.<sup>798</sup>

Die Bedeutung der Ziff. 1.2 a) RP in solchen Konstellationen dürfte aber begrenzt bleiben. Drohende Verwerfungen auf dem Herkunftsmarkt der finanziellen Mittel werden von anderen Vorschriften erfasst: Monopole und exklusive Rechte auf dem Herkunftsmarkt sind ein Problem des Marktzugangs. Entgelte unterfallen den Regeln zur Zusammenschaltung, wobei sich überhöhte Entgelte nicht mehr ohne weiteres mit der Erforderlichkeit der Quersubventionierung anderer, verlustbringender Dienste oder des Infrastrukturaufbaus rechtfertigen lassen.<sup>799</sup> Werden die Mittel tatsächlich in einem nicht lukrativen Zielmarkt eingesetzt, so drohen keine Wettbewerbsverzerrungen. Problematischer wird die Situation, wenn in räumlichen oder sachlichen Segmenten Wettbewerb besteht oder der Netzausbau für das Unternehmen auch Vorteile mit sich bringt (bessere Abdeckung, Reputationsvorteile). In diesen Fällen wird es eher nicht zur „Kampfpreisunterbietung“ kommen. Ein Problem kann aber in der „Überkompensation“ und in Rückwirkungen auf wettbewerbliche Märkte liegen. Es stellt sich dann die Frage des Verhältnisses des Verbots der Quersubventionierung zur Universaldienstvorschrift in Ziff. 3 RP.

---

auf die längerfristigen Grenzkosten (long-run incremental costs) als Untergrenze abgestellt; vgl. *Areeda/Hovenkamp*, *Anitrust Law* (2006), Vol. 3, Part Two, Para. 741e2.

<sup>796</sup> „Quersubventionierungen“ gab es in verschiedenen Dimensionen: von Fern- zu Ortsgesprächen, von Geschäfts- zu Privatkunden, von Wenig- zu Vielnutzern (über die Grundgebühr), von städtischen zu ländlichen Nutzern.

<sup>797</sup> So *Gould*, *Telmex Panel Strips WTO of Another Fig Leaf* (2004), S. 1.

<sup>798</sup> Vgl. *Guermazi*, *Exploring the Reference Paper* (2004), S. 5.

Konkrete Maßnahmen zur Durchführung des Quersubventionierungsverbots sind im Referenzpapier nicht vorgeschrieben. Zu recht wurde darauf hingewiesen, dass das Phänomen erfahrungsgemäß – gerade angesichts der Größe der Telekommunikationsanbieter und ihres Angebotsportfolios sowie der Schwierigkeiten der Zurechnung der hohen fixen Kosten – mit allgemeinen (Wettbewerbs-)Regeln nicht befriedigend erfasst werden kann, sondern einen konkreten Regelungsrahmen voraussetzt.<sup>800</sup> Diesen gibt das Referenzpapier jedoch nicht vor. Im ursprünglichen US-Entwurf war noch eine Verpflichtung zur strukturellen Trennung oder zur getrennten Buchführung für Anbieter über einer bestimmten Umsatzschwelle vorgesehen.<sup>801</sup> Dies wurde nicht übernommen. Die Verhandler sind aber davon ausgegangen, dass die Mitglieder konkrete Maßnahmen treffen, was hinsichtlich der Quersubventionierung eine Verpflichtung zur strukturell-organisatorischen Trennung oder zur getrennten Buchführung bedeuten kann.<sup>802</sup>

### **b.) Missbrauch von Informationen**

Ein recht spezielles Problem spricht Ziff. 1.2 (b) RP an, der den Missbrauch von Informationen verbietet. Es handelt sich um ein Folgeproblem, das sich wegen der Abhängigkeit neuer Anbieter von Teilleistungen des regelmäßig zugleich als Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt tätigen Marktbeherrschers stellt. Zur Verwendung der Vorprodukte bzw. Netze muss der neue Anbieter dem Marktbeherrscher häufig unternehmensinterne Daten zur Verfügung stellen, die so genau sind, dass daraus die Geschäftsstrategie oder Informationen über Kunden abgeleitet werden können.<sup>803</sup> Diese Informationen könnte der Marktbeherrscher nutzen, um den eigenen Vertrieb zu Lasten der Wettbewerber zu optimieren. Um dies wirksam zu verhindern, können auch hier strukturelle Maßnahmen wie die organisatorische oder juristische Trennung der verschiedenen Abteilungen erforderlich sein.<sup>804</sup>

### **c.) Zugang zu „wesentlichen“ Informationen**

In Ziff. 1.2 (c) RP schließlich ist ein besonderer Aspekt der Problematik „wesentlicher Einrichtungen“ angesprochen. „Wesentlich“ können nicht nur physische Einrichtungen sein, sondern auch Informationen, die sich auf solche Einrichtungen beziehen oder sonst für Marktteil-

---

<sup>799</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 4 f.

<sup>800</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [27].

<sup>801</sup> WTO, Negotiating Group on Basic Telecommunications, Communication from the United States, *Draft Offer on Basic Telecommunications*, S/NGBT/W/12/Add. 3 vom 31. Juli 1995.

<sup>802</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [71].

<sup>803</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1004].

<sup>804</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1004]. Teilweise wird aus der Vorschrift selbst – da es sich um eine regulatorische und nicht um eine wettbewerbsrechtliche ex post Kontroll-Vorschrift handelt – eine unternehmensorganisatorische Handlungspflicht zur Schaffung

nehmer unerlässlich sind. Ziff. 1.2 (c) RP sieht es als wettbewerbswidrig an, wenn anderen Diensteanbietern technische Informationen über wesentliche Einrichtungen oder sonst kommerziell relevante Informationen, die zur Erbringung der Dienste erforderlich sind, nicht zeitnah bereitgestellt werden. Soweit es um technische Informationen zum Netzzugang geht, ergänzt die Vorschrift die Regeln über die Zusammenschaltung in Ziff. 2 RP. Der Informationsanspruch geht aber potentiell sehr weit. Denn die Dienste, zu deren Erbringung die Informationen erforderlich sind, sind nicht weiter eingegrenzt. Dem Wortlaut nach kann es sich auch um eine ganz neue Dienstleistung handeln, die weder der Hauptanbieter noch ein Dritter bisher anbietet.<sup>805</sup> Zudem stellt sich auch hier die Frage, wie weit die „Erforderlichkeit“ zu verstehen ist.<sup>806</sup>

### 3. Von den Wettbewerbsregeln nicht erfasste Probleme

Das Referenzpapier fordert von den Staaten, die Verpflichtungen eingegangen sind, einen begleitenden Wettbewerbsschutz. Es stellt – seiner Struktur entsprechend – keine Instrumente gegen Wettbewerbsstörungen bereit, die aus nicht liberalisierten Märkten in den geöffneten Wettbewerbsmarkt getragen werden. Ein plakatives Beispiel für eine solche Störung ist der sogenannte „one way bypass“.<sup>807</sup>

Als „one-way bypass“ wird die einseitige Umgehung des traditionellen Accounting Rate Systems bezeichnet. „Accounting Rates“ sind ein zentrales Element der klassischen internationalen Zusammenarbeit zwischen staatlichen Telefonmonopolisten.<sup>808</sup> In diesem hergebrachten System „übergibt“ das Unternehmen des Ausgangsstaats das Telefongespräch an der Grenze an das Unternehmen des Empfangsstaates („half circuit“). Für die Verbindung wird eine Gebühr ausgehandelt, die sogenannte Accounting Rate, die dann zwischen beiden Unternehmen regelmäßig hälftig geteilt wird („Settlement Rate“). Die Gebühren werden periodisch verrechnet und das Unternehmen, das mehr Gesprächsminuten empfangen und weitergeleitet hat, enthält eine Ausgleichszahlung. Dieses System wirft schon als solches Probleme auf, die sich daraus ergeben, dass die ausgehandelten Accounting und Settlement Rates in keinem Zusammenhang zu den Kosten des terminierenden oder dem Endkundenpreis des anbietenden Unternehmens stehen. Ist nur ein Markt liberalisiert, so kann es wegen der dort anzutreffenden

---

einer „Firewall“ angenommen, siehe *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [224].

<sup>805</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1004].

<sup>806</sup> *Gao*, Telecommunications Services: Reference Paper, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 36.

<sup>807</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L.J. (1998), S. 61 [81]; *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 261 f.

<sup>808</sup> Ausführlich: *Baumann*, Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 105 ff.; *Cowhey*, Accounting rates, cross-border services and the next WTO round, in: Geradin/Luff (2004), S. 51 [56 ff.].

niedrigeren Endkundenpreisen zu erheblichen Unterschieden in den Gesprächsvolumina kommen. Die überhöhten „Accounting Rates“ führen dann zu „Subventions-“ Zahlungen aus den liberalisierten in die Monopol-Märkte.<sup>809</sup> Diese Asymmetrien werden durch den sogenannten Bypass über einen „Full Circuit“ in das Empfängerland verstärkt. Denn Anbieter aus nicht offenen Märkten können im Wettbewerbsmarkt Leitungen oder Kapazitäten mieten und selbst komplette „end-to-end“-Verbindungen anbieten, ohne Accounting Rates zu zahlen. Dies ist jedoch in umgekehrter Richtung nicht möglich.<sup>810</sup>

Die USA, deren Heimatmarkt frühzeitig liberalisiert war, sahen sich solchen Problemen besonders ausgesetzt und reagierten mit unilateralen Regeln. Die Federal Communications Commission (FCC) prüfte bereits im Rahmen der Zulassung ausländischer Anbieter auf den amerikanischen Markt unter dem Gesichtspunkt des „public interest“, ob – für amerikanische Unternehmen – gleich effektive Wettbewerbsmöglichkeiten („Equivalent Competitive Opportunities“, sog. ECO-Test) im Heimatstaat des Anbieters bestanden.<sup>811</sup> Nur wenn dies festgestellt wurde, wurde eine Lizenz erteilt.<sup>812</sup> Dieser Test diente zum einen dem Schutz der eigenen Unternehmen, wirkte zum anderen aber auch als handelspolitisches Druckmittel zur Öffnung der Telekommunikationsmärkte.

In den Verhandlungen zu Basistelekommunikationsdienstleistungen wurde zwar gesehen, dass Praktiken wie der „bypass“ ein ernstes Problem und der Schutz des Wettbewerbs vor solchen Störungen ein legitimes Ziel sein können. Es konnte jedoch keine Einigung über die angezeigten Mittel und Disziplinen, insbesondere über die Frage, ob die Gefahr des „bypass“ zur Verweigerung der Lizenz berechtigen soll, erzielt werden. Das Problem der „asymmetrischen“ Regulierung wurde nur insoweit verringert, als dass die Verpflichtung möglichst vieler Mitglieder auf eine Marktöffnung und die Standards des Referenzpapiers angestrebt wurde. Sinn und Zweck des Referenzpapiers war es schließlich gerade, gleiche Wettbewerbschancen

---

<sup>809</sup> *Koopmann*, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 359 [376 f.].

<sup>810</sup> Zu „one-way-bypass“ und möglichen Gegenmitteln: *Hoekman/Low/Mavroidis*, Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations, S. 132. Ein weiteres Beispiel für Störungen, die aus ungleicher Liberalisierung resultieren, sind Wettbewerbsverzerrungen, die auftreten, wenn Anbieter aus geschützten Märkten Tochterunternehmen in Wettbewerbsmärkten gründen und diese mit ihren Monopolgewinnen quersubventionieren. Diese Unternehmen sind im Zielmarkt aber regelmäßig nicht marktbeherrschend, so dass wettbewerbliche Probleme nur in Ausnahmefällen auftreten dürften, z.B. wenn Wettbewerber mit Verdrängungspreisen vom Markt geworfen werden (siehe oben).

<sup>811</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1026].

<sup>812</sup> *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 284 ff.

zu schaffen.<sup>813</sup> Im Übrigen blieb es den Mitgliedern überlassen, die Probleme in GATS-konformer Weise anzugehen.<sup>814</sup>

Probleme kann die „Selbsthilfe“, z.B. über Bedingungen der Lizenzvergabe, insbesondere im Hinblick auf die Diskriminierungsverbote der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung aufwerfen. Zwar verletzt eine nationale Wettbewerbspolitik, die auf den Prinzipien der Nichtdiskriminierung fußt, diese Prinzipien nicht – selbst wenn sie einen unterschiedlichen Einfluss auf bestimmte ausländische und inländische Anbieter hat.<sup>815</sup> Fraglich ist aber, ob auch „ex ante“-Wettbewerbsprüfungen möglich sind oder es sich dabei eigentlich um einen unzulässigen Reziprozitätstest handelt.<sup>816</sup> Im Zentrum der Diskussion stehen weiterhin entsprechende Praktiken der USA.<sup>817</sup> Im „Foreign Participation Order“ von 1997 wurde zwar das grundsätzliche Recht zum Markteintritt und die Nichtanwendung des ECO-Tests für Firmen aus WTO-Staaten vorgesehen.<sup>818</sup> Es bleibt aber bei besonderen „competitive safeguards“, die eine Ausübung ausländischer Marktmacht auf dem U.S.-Markt verhindern sollen und die durch die Lizenzvergabe oder gesondert vollstreckt werden können.<sup>819</sup> In diesen Regeln wurde eine Verletzung des Meistbegünstigungsprinzips gesehen.<sup>820</sup> Die strengere Behandlung von Ausländern im Rahmen des „Public Interest“-Tests kann auch gegen das Prinzip der Inländerbehandlung verstoßen.<sup>821</sup> Da die Ungleichbehandlung nicht direkt an die Nationalität anknüpft, setzt dies eine de facto-Diskriminierung voraus. Fraglich ist jeweils, ob die Marktmacht des ausländischen Anbieters bzw. seine Fähigkeit zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Rahmen der „likeness“ zu berücksichtigen ist. Von zentraler Bedeutung sind demnach die Kriterien für die Bestimmung der Gleichheit der Anbieter. Auch bestehen Ermessensspiel-

---

<sup>813</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1026].

<sup>814</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L.J. (1998), S. 61 [81].

<sup>815</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 30.

<sup>816</sup> *Cameron*, Telecommunications and audio-visual services in the context of the WTO, in: Geradin/Luff (2004), S. 21 [25].

<sup>817</sup> Zu einem öffentlich beachteten Fall kam es, als die Deutsche Telekom die Zustimmung zum Erwerb von VoiceStream und Powertel beantragte, die im Ergebnis von der FCC gewährt wurde, wobei die Beschränkungsmöglichkeiten restriktiv angewendet wurden. Dazu *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 338 ff.; *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 239 ff.

<sup>818</sup> *Rules and Policies on Foreign Participation in the U.S. Telecommunications Market*, FCC 97-398 vom 25. November 1997, 12 FCC Rec. 23891; dazu *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 91 ff.

<sup>819</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1027]; *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 306 ff.

<sup>820</sup> *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 297 ff. sieht keinen Verstoß. Ausführlich und differenziert: *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 177 ff., der in der Möglichkeit der besonderen Wettbewerbsgefährdung ein zulässiges Differenzierungskriterium sieht.

<sup>821</sup> So *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 301 ff.; nur bei entsprechender konkreter Regulierungsmaßnahme: *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 239.

räume in den Rechtsgrundlagen, die eine diskriminierungsfreie Anwendung zulassen, so dass es auf den Einzelfall ankommt.

Das Referenzpapier enthält für diese Probleme zwar keine Regeln. Vereinzelt wurde aber die Gefahr gesehen, dass Ziff. 1 RP als Grundlage oder Rechtfertigung für unilaterale Maßnahmen gegen markteintrittswillige ausländische Anbieter herangezogen wird.<sup>822</sup> Dies bestätigte sich tatsächlich in der Argumentation der FCC, die sich zur Rechtfertigung ihrer Regeln auf Ziff. 1 RP berief, worin das Recht zum Erlass von Regeln gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen gewährt sei. Denn unter den als „major supplier“ angesprochenen Adressaten seien nicht nur heimische beherrschende Anbieter im Zielmarkt zu verstehen.<sup>823</sup> Eine solche Auslegung ergibt jedoch wenig Sinn, da es sich bei der Regelung in Ziff. 1 RP um eine Verpflichtung, nicht um einen Rechtfertigungsgrund handelt.<sup>824</sup> Schutzinstrumente vor Wettbewerbsverzerrungen aus dem Herkunftsstaat hält das Referenzpapier nicht bereit und fügt sich damit in die allgemeinen Regeln des GATS.<sup>825</sup>

#### **4. Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen**

Eine interessante Frage ist angesichts der im Eingangsteil der Arbeit dargestellten adressatenbezogenen Unterscheidung zwischen Handels- und Wettbewerbsrecht, wie das Referenzpapier sich zu staatlich veranlassten Wettbewerbsbeschränkungen verhält. Die Problematik wird an Hand der Argumentation der Beteiligten im „Telmex“-Verfahren deutlich. Die USA argumentierten dort, dass auch staatlicherseits vorgegebene Beschränkungen erfasst werden müssen, da die Verpflichtungen sonst einfach unterlaufen werden könnten und drohten bedeutungslos zu werden. Die EU hingegen machte geltend, dass, wenn Mexiko sich entscheide, den Wettbewerb zwischen Telefonanbietern in bestimmter Hinsicht nicht zuzulassen, insoweit kein Raum für wettbewerbswidrige Praktiken sei. Es sei nicht möglich, den Wettbewerb zu beschränken, wo Wettbewerb nicht erlaubt sei. Das Panel setzte sich mit dieser Frage auseinander und stellte zunächst fest, dass die in Ziff. 1.2 RP genannten Quersubventionierungen in den klassischen Monopolregimen typischerweise vom Staat vorgegeben sind. Maßgeblich stellte es dann darauf ab, dass eine Einschränkung der Souveränität i.S.d. Regulierungsmacht vom Referenzpapier gerade gewollt sei, wohingegen der Gesetzgeber im nationalen Recht frei

---

<sup>822</sup> *Fredebeul-Krein/Freytag*, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [628].

<sup>823</sup> *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 325; Rules and Policies on Foreign Participation in the U.S. Telecommunications Market, FCC 97-398 vom 25. November 1997, 12 FCC Rec. 23891, Ziff. 237; 358; so auch *Fredebeul-Krein/Freytag*, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [635 f.].

<sup>824</sup> *Fox*, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [282].

<sup>825</sup> Siehe oben, S. 30.

sei, den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln einzuschränken. Es handle sich vorliegend um eine Verpflichtung gegenüber allen Mitgliedern, die gemäß Art. 27 WVK nicht einseitig ausgehöhlt werden dürfe. Deshalb könnten auch Praktiken, die das mexikanische Recht von den Unternehmen verlangt, wettbewerbswidrige Praktiken im Sinne der Ziff. 1 RP sein.<sup>826</sup>

Es ist fraglich, ob dieses Ergebnis mit der wettbewerbsrechtlichen „state action defense“ vereinbar ist, d.h. ob deren Ausnahmen greifen.<sup>827</sup> Dies wäre nach den oben dargestellten Maßstäben nicht der Fall, wenn es sich hier um eine unilaterale, direkte staatliche Beschränkung handeln würde. Deren Erfassung würde über das Wettbewerbsrecht der EU und der USA hinausgehen.<sup>828</sup> Denn solange der Staat die volle Kontrolle über die Regulierung behält, wird dort seine Entscheidung, den Wettbewerb zu beschränken, respektiert.<sup>829</sup> Dabei stellt sich das Problem der staatlichen Veranlassung vor allem deshalb, weil das Panel den Verstoß gegen die Wettbewerbsklausel in der Verhandlung der „uniform settlement rate“ durch Telmex als solches sah.<sup>830</sup> Dieses Preiskartell folgt aber bereits unmittelbar aus dem Gesetz, insoweit bestand kein Spielraum für eine eigene ökonomische Entscheidung der Teilnehmer. Hätte das Panel – richtigerweise – auf überhöhte oder diskriminierende Preise abgestellt, d.h. einen Missbrauch, dann hätte ein typischer Fall der hybriden Beschränkung vorgelegen. Zwar war mit der COFETEL noch eine staatliche Behörde eingeschaltet, der die „settlement rate“ zur Billigung vorzulegen war.<sup>831</sup> Hieraus kann aber wohl nicht geschlossen werden, dass es sich um einen Fall der öffentlichen Regulierung, d.h. ausreichender staatlicher Kontrolle handelt.<sup>832</sup> Denn anscheinend gab es keine inhaltlichen Vorgaben. Auch ist fraglich, ob in der Praxis wirklich eine Prüfung stattfand. Zugegebenermaßen hätte dies näher untersucht werden sollen.

Es kann die „state action defense“ aber auch grundsätzlich in Frage gestellt werden, wenn man das Referenzpapier als handelsrechtliche Verpflichtung sieht, die gerade die Regulierungsmacht der Staaten beschränken soll.<sup>833</sup> Es besteht auch ein sachlicher Unterschied zum

---

<sup>826</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.240 ff.

<sup>827</sup> *Fox*, *The WTO's First Antitrust Case*, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [283 ff.].

<sup>828</sup> *So Lee*, *Lessons Learnt from Trade Disputes* (2005), S. 37.

<sup>829</sup> Siehe oben. *Lee*, *Lessons Learnt from Trade Disputes* (2005), S. 37.

<sup>830</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.262.

<sup>831</sup> ILD Rule 13 abgedruckt in: *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Annex C. Auch die „financial compensation agreements“ waren mitzuteilen, vgl. ILD Rule 17, *ibid*.

<sup>832</sup> Angedeutet von *Lee*, *Lessons Learnt from Trade Disputes* (2005), S. 36 ff.

<sup>833</sup> *Neven/Mavroidis*, *El mess in TELMEX*, WTR 5(2) (2006), S. 271 [294]; *Lee*, *Lessons Learnt from Trade Disputes* (2005), S. 38.

nationalen oder regionalen Wettbewerbsrecht insoweit, als dass hier die Gefahr widersprüchlicher Anforderungen an die Unternehmen nicht gegeben ist, da von den WTO-Regeln nur der Staat, nicht die Telekommunikationsunternehmen selbst, betroffen sind. Eine Gefahr dieser weiten Auslegung ist jedoch, dass potentiell alle staatliche Regulierung erfasst wird, die in das Marktgeschehen eingreift, z.B. auch die Preissetzung durch staatliche Behörden.<sup>834</sup> Ob eine staatliche Regulierung, die bestimmte Preise vorgibt, dem Referenzpapier widerspricht, ist nach der Entscheidung eine offene Frage.<sup>835</sup> Sie ist von einiger Relevanz für Staaten wie China, die in erheblichem Maße „lenkend“ in den Wettbewerbsprozess eingreifen.<sup>836</sup> Es entsteht auch eine gewisse Inkohärenz, da gemäß Art. XVII GATS eigentlich nur solche Maßnahmen in der Spalte der zusätzlichen Verpflichtungen aufzuführen sind, die nicht Art. XVI GATS (Marktzugang) oder Art. XVII GATS (Inländerbehandlung) unterfallen. Diese Vorgabe erfüllt das Referenzpapier möglicherweise nicht mehr, wenn auch staatlich veranlasste wettbewerbswidrige Maßnahmen wie „Output“-Restriktionen oder Diskriminierungen erfasst werden.

## V. Zusammenschaltung als zentrale Wettbewerbsvoraussetzung

Neben den Wettbewerbsregeln steht die Zusammenschaltungsverpflichtung im Zentrum des Referenzpapiers. Das Recht auf Zusammenschaltung wird als wichtigstes Element des Wettbewerbsschutzes in Netzökonomien angesehen.<sup>837</sup> Das Netz oder große Teile des Netzes sind monopolistische Engpasseinrichtungen, deren Duplizierung ökonomisch unmöglich ist. Wegen der damit einhergehenden erheblichen Asymmetrien in der Verhandlungsmacht wird der Markt keine akzeptable Lösung für den Zugang zu diesen Einrichtungen finde. Als zentrale Voraussetzung des Marktzugangs im Telekommunikationsbereich hat die Zusammenschaltung in Ziff. 2 RP eine gesonderte Regelung erfahren, die wegen ihrer Bedeutung als „Herzstück“ des Referenzpapiers bezeichnet wurde.<sup>838</sup> Die Regelung baut auf Ziffer 5 der Anlage zur Telekommunikation auf, geht in entscheidenden Punkten aber weiter. In der Folge sollen der Anwendungsbereich der Verpflichtungen (hierzu unter 1.) und die von diesen verlangten Standards (hierzu unter 2.) untersucht und eingeordnet (hierzu unter 3.) werden.

---

<sup>834</sup> So die Argumentation von Mexiko, *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 4.292.

<sup>835</sup> *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1006].

<sup>836</sup> *Voon/Mitchell*, *China's Telecommunications Service Market*, JIEL 13(2) (2010), S. 321 [340].

<sup>837</sup> *Roseman*, *Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services*, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [89].

<sup>838</sup> *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services and the World Trade Organization*, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [28].

## 1. Anwendungsbereich der Verpflichtung

Nach Ziff. 2.1 des Referenzpapiers gilt dieser Abschnitt für das Zusammenschalten mit Anbietern, die öffentliche Telekommunikationsnetze oder –dienste bereitstellen, um den Nutzern eines Anbieters die Kommunikation mit Nutzern eines anderen Anbieters und den Zugang zu Dienstleistungen eines anderen Anbieters zu ermöglichen.<sup>839</sup>

### a.) Der Begriff der Zusammenschaltung

Die „Zusammenschaltung“ setzt begrifflich das Verbinden von Netzen voraus, wobei dies aber weit verstanden werden kann. Im „Telmex“-Fall stellte das Panel fest, dass die gewöhnliche Bedeutung von „linking“ sehr breit ist, und jede Art von Verbindung zwischen Netzen erfasst. Auch bestehe keine besondere Bedeutung im Sinne von Art. 31 Abs. 4 WVK, die eine Einschränkung rechtfertigen würde.<sup>840</sup>

Unklar ist aber, ob die Vorschrift auch den Netzzugang erfasst. In den europäischen Richtlinien wird zwischen Zugang und Zusammenschaltung unterschieden, wobei die Zusammenschaltung den Unterfall der Zugangsgewährung zwischen zwei Betreibern öffentlicher Netze meint.<sup>841</sup> Gegen eine solche Differenzierung im Referenzpapier lässt sich einwenden, dass dessen Definition im Zusammenhang mit Ziff. 5 der TK-Anlage zu lesen ist, welche die Begriffe Zugang und Zusammenschaltung austauschbar verwendet.<sup>842</sup> Das „Telmex“-Panel orientierte sich für die Auslegung des Begriffs aber unter anderem an der Zusammenschaltungs-Definition der EU.<sup>843</sup> Auch in der Literatur wird angenommen, dass die Definition der Zusammenschaltung in Ziff. 2.1 RP jener im Recht der EU oder USA entspricht und vom Kundenzugang zu unterscheiden ist.<sup>844</sup>

---

<sup>839</sup> „This section applies to linking with suppliers providing public telecommunications transport networks or services in order to allow the users of one supplier to communicate with users of another supplier and to access services provided by another supplier, where specific commitments are undertaken.“

<sup>840</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.102 und 7.117.

<sup>841</sup> Vgl. Art. 2 lit. a) und b) RL 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie).

<sup>842</sup> *Baumann*, Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 90 f.

<sup>843</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.111; *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1006].

<sup>844</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1006]; *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum TKG*, S. 197 [226]. Dies würde dazu führen, dass die TK-Anlage, die maßgeblich auf den Zugang abstellt, einen weiteren Anwendungsbereich hat. Danach hat ein Anbieter von Basistelekommunikationsdienstleistungen ein Recht auf Zugang zum Netz zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen, vgl. Ziff. 5 lit. a) TK-Anlage, die allerdings keine Vorgaben hinsichtlich Kostenorientierung und Enbündelung enthält. Vgl. *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1013], die insoweit einen Anwendungsbereich der TK-Anlage neben dem Referenzpapier sehen. Ebenso: *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum TKG*, S. 197 [203].

Mit der Reichweite der „Zusammenschaltung“ im Sinne des Referenzpapiers verbunden ist die Frage, ob eine Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) verlangt wird. Die Erfahrung der EU spricht dafür, dies nicht als Zusammenschaltung zu verstehen, da der Teilnehmeranschluss als solches kein Netzwerk ist.<sup>845</sup> Auch lässt sich argumentieren, dass die Zusammenschaltung von der Anmietung zu trennen ist. Zusammenschaltung setzt die Weiterleitung des Verkehrs für das andere Netz voraus, was impliziert, dass der weiterleitende Anbieter die Kontrolle über diese Weiterleitung auf seinem Netz hat. Diese geht im Fall der Anmietung der Teilnehmerleitung jedoch auf den verbundenen alternativen Anbieter über, so dass nicht mehr von einer Verbindung verschiedener Netze gesprochen werden kann.<sup>846</sup> Hierzu passt, dass das EU-Recht bei Abschluss des Protokolls keine Verpflichtung auf einen entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss vorsah.<sup>847</sup> Anders war es allerdings in den USA unter dem TCA 1996.<sup>848</sup> So wurde denn auch aus amerikanischer Sicht geltend gemacht, das Referenzpapier verlange die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung („unbundled local loop“).<sup>849</sup> Im Ergebnis ist es erstaunlich, dass in einem so zentralen Punkt wie der Entbündelung des Teilnehmeranschlusses keine eindeutige Aussage im Referenzpapier zu finden ist. Ob eine generelle Verpflichtung angezeigt oder wünschenswert ist, erscheint angesichts der unterschiedlichen Marktgegebenheiten und der Umsetzungsschwierigkeiten gerade für Entwicklungsländer zweifelhaft.<sup>850</sup>

### **b.) Die Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze und -dienste**

Der Kreis der Verpflichtungsadressaten ist in Ziff. 2.1 RP bewusst weit gefasst. Danach findet der Abschnitt Anwendung auf die Zusammenschaltung mit Anbietern, die öffentliche Telekommunikationsnetze oder –dienste bereitstellen.<sup>851</sup> Vorausgesetzt wird allerdings das Vor-

---

<sup>845</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1008]; a.A.: *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [226]: Vom Wortlaut als solches (Verbinden von Netzen) erfasst.

<sup>846</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [226]; von der Nichterfassung gehen auch *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [152] aus.

<sup>847</sup> *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 202.

<sup>848</sup> *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 94 [FN 434].

<sup>849</sup> *Rohlf/Sidak*, Exporting Telecommunications Regulation: The United States-Japan Negotiations on Interconnection Pricing, *Harvard International Law Journal* 43 (2002), 317. Davon scheint auch *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [96 ff.] auszugehen. Eine gesonderte ausdrückliche Verpflichtung des Hauptanbieters auf „Resale“ und die Entbündelung von Netzwerkelementen ist im Abkommen zwischen den USA und Kolumbien enthalten; *United States – Colombia Trade Promotion Agreement*, unterzeichnet am 22. November 2006, Chapter Fourteen, Art. 14.4.

<sup>850</sup> *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [152 f.].

<sup>851</sup> „This section applies to linking with suppliers providing public telecommunications transport networks or services in order to allow the users of one supplier to communicate with users of another supplier and to access services provided by another supplier, where specific commitments are undertaken.“

liegen spezifischer Verpflichtungen. Bestehen solche – z.B für grenüberschreitende Gespräche – nicht, so besteht auch keine Zusammenschaltungsverpflichtung.<sup>852</sup>

Öffentliche Telekommunikationsnetze und –dienste sind in der Anlage zur Telekommunikation definiert.<sup>853</sup> Danach wird unter „öffentlichen Telekommunikationsnetzen“ die öffentliche Telekommunikationsinfrastruktur verstanden, welche die Telekommunikation zwischen und unter zwei oder mehr definierten Netzabschlüssen ermöglicht.<sup>854</sup> Telekommunikation meint dabei die Übertragung und den Empfang von Signalen auf elektromagnetischem Weg.<sup>855</sup> Dieser funktionalen Definition nach kommt es auf die Art der Übertragung nicht an.<sup>856</sup> Danach können auch Breitbandnetze,<sup>857</sup> sogar neue Hochgeschwindigkeitsdatennetze<sup>858</sup> und Fernsehkabelnetze erfasst sein.<sup>859</sup>

Was unter dem Bezug zur „Öffentlichkeit“ zu verstehen ist, wird bei der Definition des „öffentlichen Telekommunikationsdienstes“ deutlicher. Gemeint ist ein Telekommunikationsdienst jedweder Art, der nach dem ausdrücklichen oder tatsächlichen Willen des Mitglieds der Öffentlichkeit allgemein angeboten werden muss.<sup>860</sup> Die Dienstleistung muss zum öffentlichen Gebrauch („for public use“) sein.<sup>861</sup> Was dies genau bedeutet, bleibt allerdings unklar. Die Verpflichtung scheint über den Bereich der Universaldienste hinauszugehen.<sup>862</sup> Dafür sprechen die in Ziff. 3 (b) TK-Anlage genannten Beispiele, die nur teilweise typischer Inhalt von Universaldienstverpflichtungen sind.<sup>863</sup> Dafür spricht auch, dass es genügt, dass eine tatsächliche Verpflichtung zur öffentlichen Bereitstellung besteht. Die Zusammenschaltungs-

---

<sup>852</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [75].

<sup>853</sup> Diese Definition zieht auch das Panel heran in: *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.54.

<sup>854</sup> Ziff. 3 (c) TK-Anlage: „‘Public telecommunications transport network’ means the public telecommunications infrastructure which permits telecommunications between and among defined network termination points.“

<sup>855</sup> Ziff. 3 (a) TK-Anlage: „‘Telecommunications’ means the transmission and reception of signals by any electromagnetic means.“

<sup>856</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [209]. Dieser Ansatz entspricht dem neuen EU-Rechtsrahmen; vgl. *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4) (2007), S. 833 [864].

<sup>857</sup> *Luff*, International regulation of audio-visual services, in: Geradin/Luff (2004), S. 243 [255 f.].

<sup>858</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [225].

<sup>859</sup> *Luff*, Current international trade rules, in: Geradin/Luff (2004), S. 34 [44]. Anders (ohne Begründung) *Krancke*, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen (2003), S. 181. Das Verhältnis von Dienstleistung und Netz ist in der Klassifikation aber nicht ganz eindeutig.

<sup>860</sup> Ziff. 3 (b) TK-Anlage: „‘Public telecommunications transport service’ means any telecommunications transport service required, explicitly or in effect, by a Member to be offered to the public generally. Such services may include, *inter alia*, telegraph, telephone, telex, and data transmission typically involving the real-time transmission of customer-supplied information between two or more points without any end-to-end change in the form of the customer’s information.“

<sup>861</sup> So das Panel in *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.54.

<sup>862</sup> *Mathew*, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 89, 136 hingegen setzt „public“ mit „public service“ oder „universal service“ gleich.

und Zugangsverpflichtung bezieht sich also auf alle Netze und Dienste, die zumindest faktisch der Öffentlichkeit zugänglich sein müssen.<sup>864</sup> Fraglich ist, ob der Anwendungsbereich so weit geht, dass alle Netze und Dienste erfasst sind, die – unabhängig von einer Verpflichtung – faktisch der Öffentlichkeit zugänglich sind. So wird in der Literatur mitunter allein auf die tatsächliche Zugänglichkeit, das Angebot an die Allgemeinheit abgestellt.<sup>865</sup> Auch die EU nennt in einer Fußnote zu Ziff. 2.2 als Gegenstück Dienste und Netze, die nicht der Öffentlichkeit zugänglich sind und als Beispiel geschlossene Benutzergruppen.<sup>866</sup>

Zu beachten ist in jedem Fall, dass die Pflicht zur Zusammenschaltung nur Hauptanbieter trifft (Ziff. 2.2 RP). Dies setzt eine Bestimmung des relevanten Infrastrukturmarktes voraus, wobei dieser nicht mit dem Netz im technischen Sinn identisch sein muss. Vorstellbar ist, dass die gleiche Dienstleistung über verschiedene Netze (klassisches Telefonnetz, neues Glasfibernetz, Fernsehkabelnetz) angeboten werden kann. Dies kann – zumindest theoretisch – zur Folge haben, dass der Inhaber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes nicht Hauptanbieter ist.

### c.) Das Sonderproblem der internationalen Zusammenschaltung

Die Ermöglichung der „Zusammenschaltung“, der Kommunikation verschiedener Systeme auf internationaler Ebene ist die klassische Motivation für einen wichtigen Teilbereich des Völkerrechts. Bei „globalen“ Tätigkeiten ist wegen der grenzüberschreitenden externen Effekte und zur Senkung internationaler Transaktionskosten eine Einigung auf einen gemeinsamen Rahmen, auf gewisse Standards und „Schnittstellen“ erforderlich.<sup>867</sup> Dies geschah klassischerweise durch die freiwillige Kooperation zwischen Staaten.<sup>868</sup> Im Telekommunikationssektor wurde hierfür das System der „Accounting Rates“ geschaffen. Diese Kooperation funktionierte, da die Einhaltung der Regeln im Interesse aller auf einander angewiesenen Beteiligten war. Mit dem Ende der nationalen Monopole und der Tätigkeit wirtschaftlicher Akteure im jeweils anderen Staat veränderte sich das Bild.

---

<sup>863</sup> Telegrafie, Telefonie und Telex sowie Datenübertragung.

<sup>864</sup> Zur Frage, ob es für die „Öffentlichkeit“ genügt, dass das Netz bzw. der Dienst anderen Anbietern als Vorleistung zur Verfügung gestellt werden muss, vgl. *Voon/Mitchell*, International Trade Law Implications of Australia's National Broadband Network (2011), S. 25.

<sup>865</sup> So *Baumann*, Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 63, der als Gegenstück das Intranet eines Unternehmens nennt. Ebenso: *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [227]. *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 159 setzt die öffentlichen Telekommunikationsdienste mit Basistelekommunikationsdienstleistungen gleich.

<sup>866</sup> Fußnote 6: „Suppliers of services or networks not generally available to the public, such as closed user groups, ...”

<sup>867</sup> *Hoekman/Saggi*, International Cooperation on Domestic Policies, in: Evenett/Hoekman (2005), S. 439 [445].

<sup>868</sup> Z.B. in den Bereichen Post (1863), Schiffahrtssignale (1864), Eisenbahnstandards (1883).

## aa.) Accounting Rates und das Referenzpapier

Die Frage der Accounting Rates hat in den Anfangstagen der Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsdienste eine große Rolle gespielt. Die entscheidende Frage war, ob es sich bei den von Telekommunikationsunternehmen ausgehandelten Entgelten um „measures of a Member“ handelt. Dies hätte zur Folge, dass das Prinzip der Meistbegünstigung Anwendung fände. Die Verhandlungsführer konnten hierüber keine Einigung erzielen. Einige Mitglieder haben deshalb ausdrücklich Ausnahmen von der Meistbegünstigung festgeschrieben. Im Übrigen wurde ein „gentlemen’s agreement“ dahingehend geschlossen, diskriminierende Entgelte zumindest für einige Jahre nicht zur Streitbeilegung zu bringen.<sup>869</sup>

Dass die internationale Zusammenschaltung vom Abkommen über Basistelekommunikationsdienstleistungen und dem Referenzpapier dennoch nicht unberührt bleibt, zeigte der „Telmex“-Fall. Das Panel stellte dort fest, dass das „Stillhalteabkommen“ nur hinsichtlich des Prinzips der Meistbegünstigung gilt und keine Grundlage für eine generelle Ausnahme von der Überprüfung im Streitbeilegungsverfahren bildet. Dies ist überzeugend. Wenn privatisierte Telefonunternehmen (ohne die staatliche Beteiligung, die Art. VIII GATS verlangt) die internationalen Entgelte aushandeln, greift das Prinzip der Meistbegünstigung nicht. Stattdessen das Referenzpapier anzuwenden, erscheint nur konsequent. Faktisch verringert sich die Bedeutung der Accounting Rates ohnehin. Unilaterale Maßnahmen der USA, technologische Veränderungen aber auch der Regimewechsel durch das Basistelekommunikationsabkommen haben zur Erosion des Systems geführt.<sup>870</sup> Neuere Empfehlungen der ITU verlangen selbst eine kostenorientierte Ausgestaltung der Accounting Rates und stehen damit im Einklang mit den Entgeltprinzipien des Referenzpapiers.<sup>871</sup>

---

<sup>869</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [67]. So heißt es im Report of the Group on Basic Telecommunications, S/GBT/4 vom 15. Februar 1997 in Ziff. 7:

“The Group noted, that five countries had taken Article II exemptions in respect of the application of differential accounting rates to services and service suppliers of other Members. In the light of the fact that the accounting rate system established under the the International Telecommunications Regulations is the usual method of terminating international traffic and by its nature involves differential rates, and in order to avoid the submission of further such exemptions, it is the understanding of the Group that:

- the application of such accounting rates would not give rise to action by Members under dispute settlement under the WTO; and

- that this understanding will be reviewed not later than the commencement of the further Round of negotiations on Services Commitments due to begin not later than 1 January 2000.”

Zum rechtlichen Gehalt dieses Dokuments ausführlich: *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.122 ff.

<sup>870</sup> *Cowhey*, Accounting rates, cross-border services and the next WTO round, in: Geradin/Luff (2004), S. 51 [61 ff.]. Unter entwickelten Ländern sind Accounting Rates höchstens noch ein Mechanismus unter anderen, vgl. *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1031].

<sup>871</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [229].

## bb.) Dogmatische Schwierigkeiten der Erfassung als „Handel“

Der „Telmex“-Fall zeigte zugleich die dogmatischen Probleme der Erfassung dieser Konstellation in den Kategorien des Dienstleistungshandels. Denn die Anwendbarkeit der Zusammenschaltungsregeln setzt – wie die Anwendung des GATS generell – zunächst voraus, dass in den Fällen der in verschiedenen Staaten belegenen Netze „Handel“ mit Dienstleistungen stattfindet. Insoweit liegt es zunächst nahe, auf den Export der Terminierungsleistung – in der „Telmex“-Konstellation durch die mexikanischen Anbieter – abzustellen. Das GATS enthält jedoch keine Regeln in Bezug auf die Ermöglichung des Exports und im konkreten Fall hatte Mexiko keine entsprechenden Verpflichtungen übernommen.<sup>872</sup>

Es bleibt, in der Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung gegenüber den Kunden einen Fall der Modalität 1 zu sehen. Dies ist aber problematisch, wenn – wie regelmäßig – Kunde und Anbieter im gleichen Staat ansässig sind, der Kunde also vom heimischen Anbieter die Verbindung in einen anderen Staat verlangt. Im „Telmex“-Verfahren stellte sich die Frage, ob ein Fall der grenzüberschreitenden Erbringung im Sinne von Art. I:2 lit. a) GATS („from the territory of one member into the territory of any other member“) vorliegt, wenn der Anbieter im gleichen Staat ansässig ist wie seine Kunden, denen er die Kommunikation in einen anderen Staat anbietet, wozu er wiederum Terminierungsleistungen von Anbietern in dem anderen Staat einkaufen muss. Das Panel bejahte diese Frage und stellte damit klar, dass die Zusammenschaltungsregeln auch auf die internationale Zusammenschaltung Anwendung finden.<sup>873</sup>

Diesem Ergebnis wurde aus dogmatischer Sicht entgegengehalten, dass Voraussetzung für eine Erbringung in der Modalität 1 sei, dass sich Anbieter und Konsument in zwei verschiedenen Staaten aufhalten. Nur dann sei der für die Eröffnung des Anwendungsbereichs stets erforderliche „Handel“ mit Dienstleistungen anzunehmen.<sup>874</sup> Diese Bedenken überzeugen aber im Ergebnis nicht. Bereits ihrem Wortlaut nach setzt die Modalität 1 nicht zwingend voraus, dass Anbieter und Konsument in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind. Die Erbringung der Dienstleistung aus dem Hoheitsgebiet eines Staates in jenes eines anderen Staates kann auch so verstanden werden, dass es allein auf die Grenzüberschreitung der Dienst-

---

<sup>872</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [280]. Dies ist auch ein wichtiger Unterschied zur Dienstleistungsfreiheit im EU-Recht, von der auch Beschränkungen des „Exportstaates“ erfasst werden.

<sup>873</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.25 ff.

<sup>874</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [282 f.]; kritisch zur Interpretation durch das Panel auch: *Chung*, Interpretation of „Interconnection“, JWT 41(4) (2007), S. 783.

leistung ankommt.<sup>875</sup> Interessant ist insoweit ein Blick zum Europarecht. Um Liberalisierungslücken zu vermeiden, wird der für die Dienstleistungsfreiheit erforderliche grenzüberschreitende Bezug dort weit verstanden. Er soll auch vorliegen, wenn zwar Erbringer und Empfänger im selben Mitgliedstaat ansässig sind, die „Substanz der Leistung“ aber aus einem anderen Mitgliedstaat stammt, z.B. beim Abschluss einer Feuerversicherung für ein Gebäude in einem anderen Mitgliedstaat.<sup>876</sup> Es ist auch fraglich, ob in der konkreten Situation des „Telmex“-Falles auf die Grenzüberschreitung der Bezahlung abgestellt werden sollte. Denn auch der Angerufene (in Mexiko) könnte als Nutzer, d.h. als Konsument der Dienstleistung angesehen werden, der grundsätzlich zur Zahlung bereit wäre, ist doch die Bezahlung durch den Anrufer, das sogenannte „calling party principle“ bloße Konvention.<sup>877</sup> Für einen solchen weiten Konsumentenbegriff lässt sich auch die Definition des „service consumer“ in Art. XXVIII lit. i) GATS als eine Person, die eine Dienstleistung in Anspruch nimmt oder nutzt, anführen.<sup>878</sup> Es ist auch nirgends Voraussetzung, dass der Konsument eine andere Nationalität hat als der Anbieter.<sup>879</sup> Dies wird deutlich, wenn das Panel an anderer Stelle feststellt, dass die Modalität 3 nur verlangt, dass die Dienstleistungserbringung mittels einer kommerziellen Präsenz in einem anderen Mitglied erfolgt. Da weitere Einschränkungen nicht vorgesehen seien, sei die Dienstleistungserbringung aus dem Niederlassungsstaat in jeden anderen Staat – unter Einschluss des Heimatstaats – erfasst.<sup>880</sup> In dieser Konstellation werden die Grenzen des Denkens in Import-/Exportkategorien besonders deutlich. Denn die einzelne Dienstleistung würde in den Heimatstaat „exportiert“, während die Geschäftstätigkeit im Niederlassungsstaat als solche einen „Import“ in dessen Markt bedeutet.

Hintergrund der weiten Auslegung durch das Panel war wohl die Sorge, dass ohne sie ein Großteil des grenzüberschreitenden Telefonverkehrs nicht unter das GATS fallen würde.<sup>881</sup> Denn Folge der engen Literaturansicht wäre, dass ein Import fast ausschließlich noch über die Modalität 3, evtl. in Verbindung mit Modalität 4, möglich wäre.<sup>882</sup> Dies wäre in der Tat ein erstaunliches und wenig befriedigendes Ergebnis. Es widerspräche auch der Verhandlungsgeschichte, in der das grenzüberschreitende Anbieten von Diensten ohne eigene Niederlassung

---

<sup>875</sup> Ähnlich: *Sherman*, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [21].

<sup>876</sup> *Tiedje/Troberg* in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Art. 49 EG, Rn. 16.

<sup>877</sup> Dies räumen *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [282 f.] selbst ein.

<sup>878</sup> *Sherman*, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [21].

<sup>879</sup> Offen gelassen von *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [FN 9].

<sup>880</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.375.

<sup>881</sup> Hinweis bei: *Wellenius/Galarza/Guermazi*, Telecommunications and the WTO (2005), S. 8.

<sup>882</sup> Von Modalität 1 könnten noch Callback oder Calling-Card-Dienste erfasst sein: Der mexikanische Kunde ruft auf seine Kosten einen amerikanischen Anbieter in den USA an, dort wird der Anruf „umgedreht“ und eine Verbindung auf eigenen und mexikanischen Leitungen hergestellt.

im Zielmarkt eine wichtige Rolle gespielt hat.<sup>883</sup> Schließlich stellt sich das Problem bei anderen Infrastrukturdienstleistungen, bei denen die eigentliche Dienstleistung gerade in der Überwindung einer Strecke zwischen zwei Punkten besteht, d.h. bei denen die Übermittlung in einen anderen Mitgliedstaat nicht Mittel sondern selbst Inhalt der Dienstleistung ist, in gleicher Weise.<sup>884</sup> So wäre z.B. bei originären Postdienstleistungen eine Erbringung in der Modalität 1 (d.h. ohne Grenzübertritt des Dienstleisters) überhaupt nicht vorstellbar.<sup>885</sup> Die Schwierigkeit der dogmatischen Erfassung deuten aber wiederum auf die Grenzen des Denkens in handelsrechtlichen Kategorien, wenn es letztlich um Standards zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen in Dienstleistungsmärkten geht.

## 2. Anforderungen an die Zusammenschaltung

Gemäß Ziff. 2.2 RP wird „das Zusammenschalten mit einem Hauptanbieter an jedem technisch durchführbaren Punkt im Netz sichergestellt.“<sup>886</sup> Nach der Formulierung dieses einleitenden Satzes als absolute Verpflichtung schuldet der Staat nicht allein ein Tätigwerden, sondern den Zusammenschaltungserfolg.<sup>887</sup>

### a.) Zusammenschaltungspunkte

Die Zusammenschaltung muss an jedem technisch durchführbaren Punkt erfolgen. Die Zusammenschaltungspunkte sind damit allein aufgrund technischer Notwendigkeiten beschränkbar, nicht jedoch mit telekommunikationspolitischen Argumenten wie der Favorisierung des Infrastrukturwettbewerbs.<sup>888</sup> Das Referenzpapier will Infrastruktur- und Dienstleistungswettbewerb gleichermaßen gewährleisten. Zwischen infrastrukturbasiertem und infrastrukturlosem Wettbewerb wird deshalb nicht grundsätzlich unterschieden.<sup>889</sup>

---

<sup>883</sup> *Sherman*, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [22].

<sup>884</sup> *Wellenius/Galarza/Guermazi*, Telecommunications and the WTO (2005), S. 16; *Evans*, Strengthening Commitments in Energy Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 167 [172] nennt die Zusammenschaltung von Öl- oder Gaspipelines oder Energienetzen als Fall der Modalität 1.

<sup>885</sup> Dort wurde als „Hilfskonstrukt“ vorgeschlagen, den inländischen Teil der Dienstleistung als in die beförderte Postsendung eingegangen anzusehen. Diese Dienstleistungskomponente überschreite dann mit der Sendung die Grenze. Die Modalität 1 würde damit die freie Wahl des Kooperationspartners und der Kooperationsform im Zielmarkt schützen. Vgl. *Smit*, Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor (2000), S. 46 f., 78; ähnlich: *Campbell/Dieke/Zauner*, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis (2010), S. 81 ff. Diese Argumentation orientiert sich an dem anerkannten Fall der Modalität 1, dass eine Dienstleistung in ein Produkt eingeht, welches dann die Grenze überschreitet, z.B. Schiffsreparatur.

<sup>886</sup> „Interconnection with a major supplier will be ensured at any technically feasible point in the network.“

<sup>887</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 287; *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [77].

<sup>888</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [231].

<sup>889</sup> Dies zeigt sich auch in der Verpflichtungsliste der EU, die „domestic and international services provided using any network technology, on a facilities based or resale basis, for public and non-public use, in the following market segments (...)“ erfasst; vgl. *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [231 f.].

Darüber hinaus ist die Zusammenschaltung auf Ersuchen zusätzlich an anderen Punkten als den Netzabschlusspunkten, die dem überwiegenden Teil der Nutzer angeboten werden, zu Entgelten, welche die Bereitstellungskosten für die notwendigen zusätzlichen Einrichtungen widerspiegeln, vorzunehmen (Ziff. 2.2 (c) RP).<sup>890</sup>

### **b.) Nichtdiskriminierung**

Die Zusammenschaltung muss zu nichtdiskriminierenden Bedingungen (einschließlich technischer Normen und Spezifikationen) und Entgelten sowie in einer Qualität erfolgen, die nicht schlechter ist als für eigene vergleichbare Dienstleistungen (Ziff. 2.2 (a) RP).<sup>891</sup> Die Nichtdiskriminierung im Vergleich von Innen- und Außenverhältnis des Unternehmens ist ein über die allgemeine Missbrauchskontrolle hinausgehender typischer regulatorischer Ansatz.<sup>892</sup> Er ist hier vom Wortlaut sehr weit gefasst.<sup>893</sup>

### **c.) Kostenorientierung und Entbündelung**

Von besonderer Bedeutung ist Ziff. 2.2 (b) RP, die verlangt, dass die Zusammenschaltung rechtzeitig zu Bedingungen und kostenorientierten Entgelten erfolgen muss, die transparent, angemessen, die wirtschaftliche Realisierbarkeit beachtend und ausreichend entbündelt sind, so dass der Anbieter nicht für Netzelemente oder –einrichtungen zu zahlen braucht, die er für die zu erbringende Dienstleistung nicht benötigt (Ziff. 2.2 (b) RP).<sup>894</sup> Wie der Mitgliedstaat dieses Erfordernis durchsetzt, bleibt offen. Eine Pflicht zur ex-ante-Regulierung der Entgelte (vgl. §§ 27 ff. TKG) enthält die Vorschrift nicht.

#### **aa.) Das Erfordernis der Kostenorientierung und der anwendbare Kostenstandard**

An den für die Zusammenschaltung verlangten Entgelten entscheidet sich letztlich, ob auf fremde Netze angewiesene Marktneulinge eine Chance haben. Überhöhte Entgelte können eine wirksame Marktzutrittsbarriere darstellen. Auf der anderen Seite hat die Entgeltregulierung erhebliche Bedeutung für die Investitionsbereitschaft der Netzinhaber. Können Wettbewerber kostengünstig und risikolos von den eigenen Investitionen profitieren, so senkt dies

---

<sup>890</sup> „... (c) upon request, at points in addition to the network termination points offered to the majority of users, subject to charges that reflect the cost of construction of necessary additional facilities.”

<sup>891</sup> „Such interconnection is provided (a) under non-discriminatory terms, conditions (including technical standards and specifications) and rates and of a quality no less favourable than that provided for its own like services or for like services of non-affiliated service suppliers or for its subsidiaries or other affiliates; ...”

<sup>892</sup> Vgl. bereits FN 15 der Anlage zur Telekommunikation.

<sup>893</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [232 f.] insb. zu der Frage ob dies in Bezug auf die Entgelte eine Zusammenschaltung zu internen Verrechnungspreisen (Transfer-Pricing) verlangt.

<sup>894</sup> „... (b) in a timely fashion, on terms, conditions (including technical standards and specifications) and cost-oriented rates that are transparent, reasonable, having regard to economic feasibility, and sufficiently unbundled

die Anreize. Das Finden angemessener Entgelte kann deshalb eine schwierige Gratwanderung sein. Im Referenzpapier wurde (in der englischen Fassung) der Terminus „kostenorientiert“ an Stelle von „kostenbasiert“ verwendet, um den Schwierigkeiten vieler Länder mit der genauen Kostenbestimmung Rechnung zu tragen.<sup>895</sup> „Cost-oriented“ erschien flexibler als „cost-based“.<sup>896</sup> In der „Telmex“-Entscheidung verwendete allerdings der authentische spanische Text von Mexikos Referenzpapier die Formulierung „basadas en costos“. Das Panel sah zwar, dass dies im Englischen eher der Formulierung „based on costs“ entspricht. Da insoweit aber kein Streit zwischen den Parteien bestand, hielt es „basadas en costos“ und „cost-oriented“ für austauschbar.<sup>897</sup>

Da Telekommunikationsunternehmen eine Vielzahl verschiedener Dienste anbieten, die über einen hohen Sockel gemeinsamer Kosten verfügen, ist die Kostenermittlung und -zuordnung schwierig. Es gibt eine große Bandbreite theoretisch möglicher Formeln.<sup>898</sup> Das „Telmex“-Panel folgerte zunächst aus der allgemeinen Bedeutung von „kostenorientiert“, dass die Entgelte nicht exakt den Kosten entsprechen müssen, ein Bezug zu den Kosten jedoch erforderlich ist. Die inhärente Flexibilität des Begriffs lege nahe, dass verschiedene Methoden zur Berechnung „kostenorientierter“ Entgelte möglich seien.<sup>899</sup> Aus der Begriffsverwendung in nationaler und internationaler Telekommunikationsregulierung, insbesondere einer ITU Empfehlung zur Berechnung von Accounting Rates, schloss es dann, dass es sich hier zugleich um einen „technical term“ im Sinne von Art. 31 Abs. 4 WVK handele. Daraus folge eine weitere Konkretisierung auf die tatsächlich, d.h. bei der Erbringung der Dienstleistung angefallenen Kosten.<sup>900</sup> Dies werde durch die zunehmend und weitverbreitet – auch in Mexiko – verwendete Grenzkostenmethoden („long-run incremental costs“) gestützt. Diese Methode sei mit der gefundenen Interpretation des Begriffs „kostenorientiert“ vereinbar.<sup>901</sup>

Die kostenorientierten Entgelte werden in Ziff. 2.2 (b) RP dadurch weiter qualifiziert, dass sie „angemessen, die wirtschaftliche Realisierbarkeit beachtend“ sein müssen. Die „wirtschaftli-

---

so that the supplier need not pay for network components or facilities that it does not require for the service to be provided; and ...”

<sup>895</sup> Und weil der Begriff aus dem TCA 1996 bekannt war; *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [FN 89].

<sup>896</sup> *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1007].

<sup>897</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.167.

<sup>898</sup> *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1007].

<sup>899</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.168.

<sup>900</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.174.

<sup>901</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.177.

che Realisierbarkeit“ („economic feasibility“) qualifiziert nach der im „Telmex“-Verfahren geäußerten Ansicht der USA und der EU die Kostenorientierung dahingehend, dass auch Gemeinkosten und ein angemessener „return on investment“ abgedeckt werden, nach Ansicht der USA jedoch nicht die Kosten einer Ausweitung der nationalen Infrastruktur. Mexiko betrieb sich hingegen darauf, dass unter dem Gesichtspunkt der „Angemessenheit“ auch sein Politikziel der Förderung des universellen Zugangs, d.h. des Infrastrukturausbaus, berücksichtigt werden müsse, das zu einem großen Teil von den Einkünften aus Accounting Rates abhängen.<sup>902</sup> Das Panel lehnte eine Abschwächung der Kostenorientierung durch den Verweis auf die Angemessenheit ab. Diese Qualifizierung erlaube es nicht, Kosten zu berücksichtigen, die nicht bei der Erbringung der Zusammenschaltungsleistung angefallen seien, so dass der allgemeine Zustand des Telekommunikationssektors sowie die Reichweite und die Qualität des Netzwerks für die Bestimmung der kostenorientierten Entgelte nicht relevant seien. Der weiteren Qualifizierung durch „wirtschaftliche Realisierbarkeit“ gab das Panel immerhin die Bedeutung, dass der Hauptanbieter einen Anspruch auf Entgelte habe, die eine Zusammenschaltung auf wirtschaftlicher Basis, also eine vernünftige „rate of return“ erlaubten.<sup>903</sup> Diese Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnspanne bei der Kostenorientierung ist allgemeiner Standard.<sup>904</sup>

Im Anschluss an die Entscheidung wurde diskutiert, ob die langfristigen (zukunftsorientierten) Grenzkosten der richtige Maßstab für die Zusammenschaltungsentgelte sind. Tatsächlich spielen diese in vielen Rechtsordnungen eine entscheidende Rolle. Im deutschen Recht wird auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abgestellt. Diese ergeben sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenem Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.<sup>905</sup> In den USA sieht das Gesetz (Telecommunications Act of 1996) vor, dass die Entgelte auf den Kosten für die Bereitstellung der Zusammenschaltung oder des Netzelementes basieren und nichtdiskriminierend sein müssen<sup>906</sup> und einen angemessenen Gewinn enthalten können.<sup>907</sup> Zur Ausfüllung dieser wenig konkreten Vorgaben zieht die FCC die Me-

---

<sup>902</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.161 ff.

<sup>903</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.183 f.

<sup>904</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [234]. Im europäischen Recht Art. 13 Abs. 1 RL 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie).

<sup>905</sup> § 31 II TKG. Nach § 31 III TKG können unter besonderen Umständen auch darüber hinausgehende Aufwendungen berücksichtigt werden.

<sup>906</sup> „based on the cost (...) of providing the interconnection or network element (...), and nondiscriminatory“.

<sup>907</sup> 47 U.S.C § 252 (d) (1).

thode der zukunftsorientierten wirtschaftlichen Kosten („forward-looking economic cost“) heran. Diese setzen sich aus den „total element long-run incremental costs“ (TELRIC), d.h. den langfristigen Grenzkosten der konkret nachgefragten Elemente und einem angemessenen Anteil an zukunftsorientiert ermittelten Gemeinkosten zusammen.<sup>908</sup> Der TELRIC-Standard ist auch zukunftsorientiert und geht nicht von tatsächlichen historischen Kosten sondern von der effizientesten derzeit verfügbaren Technik aus. Er war in den USA von Anfang an sehr umstritten, da die errechneten Entgelte deutlich unter Wettbewerbsniveau liegen sollen.<sup>909</sup>

Hier wird bereits deutlich, wieso das Vorkommen der „Long Run Incremental Costs“ im Panel-Report für Kritik gesorgt hat. Diese allein stellen keine in jedem Fall angemessene Richtgröße dar. Der LRIC-Kostenstandard ist dabei eher bei der Zusammenschaltung mit bestehenden („alten“) Netzen des bisherigen Monopolanbieters angemessen, nicht unbedingt bei der Zusammenschaltung mit Mobilfunkunternehmen, Breitbandnetzen o.ä.<sup>910</sup> Wenn Probleme mit der Finanzierung der Infrastruktur oder Universaldienstpflichten bestehen, kann eine Verpflichtung auf LRIC zu weit gehen.<sup>911</sup> Die Kritik an der Verwendung des Begriffs tut dem Panel jedoch Unrecht. Denn mit der Bezugnahme auf die ITU-Empfehlung hat es eine Berücksichtigung von Gemeinkosten gerade nicht generell ausgeschlossen.<sup>912</sup> Auch hat das Panel bei genauer Lektüre – anders als teilweise gefordert<sup>913</sup> – kein bestimmtes Kostenmodell vorgegeben.

Konkret vorgeworfen wurde dem Panel jedoch, die Argumente Mexikos in Bezug auf Infrastrukturausbau und „universal access“ nicht berücksichtigt zu haben.<sup>914</sup> So wurde argumentiert, die mexikanische Regierung habe sich entschieden, die Kosten hierfür über die internationalen Terminierungsentgelte abzudecken, was keine Vorschrift des Referenzpapiers verbiete. Die überhöhten Gebühren würde Telmex zur Quersubventionierung der lokalen Telefondienste und des Netzzugangs (mit dem Ziel der Ausweitung des Netzes) verwenden, da es in Mexiko noch keinen Universaldienstfonds gebe.<sup>915</sup> Mit den Vorgaben des Panel werde nun ausgeschlossen, dass ausländische Anbieter über Zusammenschaltungsentgelte zur Entwick-

---

<sup>908</sup> 47 C.F.R. § 51.505 (a).

<sup>909</sup> Vgl. z.B. *Jorde/Sidak/Teece*, Innovation, Investment, and Unbundling, Yale J. on Reg. 17(1) (2000), S. 1.

<sup>910</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [235].

<sup>911</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [290]. Ähnlich *Sidak/Singer*, Überregulation without Economics, 57 Fed. Comm. L. J. (2004), S. 1 [17].

<sup>912</sup> *Sherman*, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [24].

<sup>913</sup> *Fredebeul-Krein/Freytag*, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [641].

<sup>914</sup> *Gould*, Telmex Panel Strips WTO of Another Fig Leaf (2004), S. 1.

<sup>915</sup> *Sidak/Singer*, Überregulation without Economics, 57 Fed. Comm. L. J. (2004), S. 1 [19].

lung der Infrastruktur beitragen.<sup>916</sup> Damit sei fraglich, ob die Beschränkung auf Entgelte, die „cost-oriented“ sind, es generell ausschließt, sie auch zur Mitfinanzierung von Universaldienstleistungsverpflichtungen zu nutzen.<sup>917</sup>

Das Berufen Mexikos auf Universaldienstziele blieb jedoch diffus und wurde anscheinend auf Nachfragen des Panels nicht näher ausgeführt.<sup>918</sup> Auch flossen die Mittel aus überhöhten Preisen bei der gewählten Konstruktion allen Anbietern, auch solchen ohne jede „public service“-Verpflichtung zu.<sup>919</sup> Da eine Verwendung der Mittel für den Infrastrukturausbau weder vorgeschrieben noch kontrolliert wurde, war die Erreichung der angeblichen Ziele zudem in keiner Weise sichergestellt.<sup>920</sup> Aus der Verwerfung der Argumente Mexikos kann deshalb nicht auf einen Ausschluss der Universaldienstfinanzierung über Zusammenschaltungsentgelte geschlossen werden. Theoretisch scheint ein Aufschlag auf internationale Verbindungen zur Finanzierung lokaler Dienste durchaus möglich und mit den Vorgaben des Referenzpapiers vereinbar – es bestand hier aber kein entsprechendes Programm.<sup>921</sup>

#### **bb.) Überprüfbarkeit der Kostenorientierung**

Eng verknüpft mit der Frage des richtigen Kostenstandards ist die Frage nach dessen Praktikabilität, d.h. der Möglichkeit einer Berechnung und Überprüfung entsprechender Kosten. Dabei handelt es sich um eine ausgefeilte Wissenschaft, die selbst in den entwickeltsten Regulierungsordnungen nicht problemlos läuft.<sup>922</sup> Zu recht wurden deshalb die Möglichkeiten eines aus Anlass des Verfahrens zusammengewürfelten Panels von Handelsexperten in einem Streitverfahren mit engen Fristen kritisch hinterfragt. Der Umgang des „Telmex“-Panel mit diesem Problem deutet jedoch auf einen möglichen Weg. Das Panel hat (1.) über einen Vergleich („benchmarking“) mit rein nationalen Zusammenschaltungen und innerstaatlichen Entgelten für die gleichen Netzwerkbestandteile festgestellt, dass ein Unterschied von über 75 % besteht. Dieser sei nicht mehr im Rahmen der regulatorischen Flexibilität, den der Begriff „cost-oriented“ vorgibt. Zum Vergleich wurden (2.) weiterhin unterstützend „Graumarktpreise“ und (3.) Großhandelspreise in anderen Mitgliedstaaten herangezogen. Das Bestehen von „financial compensation agreements“ für die Terminierung von eingehenden Anrufen, die

---

<sup>916</sup> *South Centre*, GATS Dispute Settlement Cases (2005), S. 7.

<sup>917</sup> So auch bereits *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 177.

<sup>918</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.188 [FN 958].

<sup>919</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [FN 27].

<sup>920</sup> *Fox*, The WTO's First Antitrust Case, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [289].

<sup>921</sup> *Sherman*, Clarifying the meaning of WTO telecommunications obligations, info 7(6) (2005), S. 16 [25].

<sup>922</sup> Zu den Schwierigkeit der Ermittlung von Preisen z.B. *Möschel*, EBOR 5 (2004), S. 353 [359].

einem anderen Anbieter „zustehen“, wurde als weiteres Indiz gewertet, setzen sie doch das Bestehen eines zu verteilenden Überschusses voraus.<sup>923</sup>

Die Entscheidung macht deutlich, dass am Ende eines Streitbeilegungsverfahrens keine „Regulierungsverfügung“ stehen kann und muss, die Entgelte auf Euro und Cent genau festlegt, sondern allein die Feststellung, dass der Mitgliedstaat nicht genug unternommen hat, um kostenbasierte Entgelte durchzusetzen. Dies lässt sich als eine Art Evidenzkontrolle charakterisieren, die sich deutlich unschärferer Instrumente bedienen kann als eine echte Entgeltregulierung.

### **cc.) Entbündelung**

Die Entgelte müssen nach dem Referenzpapier auch ausreichend „entbündelt“ sein, so dass nicht für Netzelemente oder Einrichtungen bezahlt werden muss, die nicht benötigt werden. Diese Entbündelungsanforderung stammt aus Art. 7 Abs. 4 der damaligen EU-Zusammenschaltungsrichtlinie.<sup>924</sup> Welcher Grad an „Entbündelung“ im Einzelnen angezeigt ist, ist allerdings fraglich, da eine zu starke Entbündelung, die es Wettbewerbern erlaubt, sich aus Netzelementen des Altsassen für jeden Fall ein passendes eigenes Netz zu bauen, Gefahr läuft, alle Anreize für Investitionen zu beseitigen. Welche Probleme die Klassifizierung der isoliert anzubietenden Komponenten mit sich bringt, zeigt insbesondere die Erfahrung einer wiederholt gescheiterten Regelung in den USA.<sup>925</sup>

### **d.) Streitbeilegung**

Die materiellen Zusammenschaltungsregeln werden ergänzt durch Transparenzpflichten (Ziff. 2.3 und 2.4 RP)<sup>926</sup> und besondere Verpflichtungen hinsichtlich der Streitbeilegung (Ziff. 2.5 RP). Letztere sind von besonderem Interesse, da sie den Art. VI:2 a) GATS auf Entscheidungen privater Diensteanbieter ausdehnen. Ein Anbieter, der sich bei der Zusammenschaltung von einem „major supplier“ unangemessen behandelt fühlt, muss Zugang zu einem innerstaatlichen Streitbeilegungsverfahren haben. Hinsichtlich der zuständigen Stelle und des Zeitrah-

---

<sup>923</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.203 ff.

<sup>924</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [75].

<sup>925</sup> Die Entbündelungsentscheidungen der FCC wurden wiederholt gerichtlich bemängelt, vgl. *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1008]; *Baumann*, *Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens* (2007), S. 372 ff. Erst mit der „*Triennial Review Remand Order*“ vom 15. Dezember 2004 [FCC 04-290, 20 FCC Rcd 2533 (Feb. 4, 2005)], die vom Court of Appeals for the District of Columbia Circuit bestätigt wurde [vgl. Entscheidung vom 16. Juni 2006 in der Sache *Covad Communications Company et al. v. FCC*, No. 05-1095], ist vorübergehend Ruhe eingeleitet. Fraglich ist auch, ob eine Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung verlangt wird, dazu bereits oben.

<sup>926</sup> Ursprünglich waren auch zeitliche Vorgaben für die Herstellung der Zusammenschaltung geplant, auf die man sich aber nicht einigen konnte, *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [79].

mens schlagen sich die für eine Einigung erforderlichen Kompromisse deutlich in den Formulierungen nieder.<sup>927</sup> Danach muss entweder jederzeit oder nach einem angemessenen, öffentlich bekanntgemachten Zeitraum der Zugang zu einer unabhängigen innerstaatlichen Stelle bestehen, die eine Regulierungsbehörde im Sinne von Ziff. 5 Referenzpapier sein kann.<sup>928</sup> Das Recht auf Streitschlichtung ist asymmetrisch ausgestaltet, da es nur gegenüber dem Hauptanbieter gilt. Es soll ein Recht auf effektive Streitschlichtung, insbesondere mit der Befugnis des zuständigen Organs eine abschließende und verbindliche Entscheidung zu treffen, begründen.<sup>929</sup> Aus dem recht kargen Wortlaut ergibt sich dies allerdings nicht.

### 3. Einordnung der Zusammenschaltungsverpflichtung

Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung beruht auf Bestimmungen des US Telecommunications Act und Prinzipien des allgemeinen US-Wettbewerbsrechts sowie der EU-Zusammenschaltungsrichtlinie. Dabei baut Ziff. 2 RP auf dem Gedanken der „essential facilities“ auf. Die Regelung stellt aber eine Verpflichtung, „den Wettbewerbern zu helfen“ auf, die weiter geht als das allgemeine Wettbewerbsrecht von EU und USA. Denn sie verlangt nicht, dass eine Zugangsverweigerung zur Schwächung oder zum Ausschluss von Wettbewerb führen würde. Verlangt wird allein, dass die Verweigerung des Zugangs eine Einrichtung (konkret: öffentliches Telekommunikationsnetz oder –dienst) betrifft, die von einem Hauptanbieter kontrolliert wird.<sup>930</sup> Dies war einer der Gründe, weshalb in der „Telmex“-Konstellation der Weg über die WTO-Streitbeilegung deutlich erfolgsversprechender war als jener über das mexikanische Wettbewerbsrecht, wo „harm to competition“ hätte nachgewiesen werden müssen.<sup>931</sup> Hierin zeigt sich ein gewisser „Konstruktionsfehler“ des Referenzpapiers, der darin besteht, dass das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung nur zur Bestimmung des „major supplier“ geprüft wird. Ein solcher Hauptanbieter ist dann umfassend zur Öffnung seines Netzes gezwungen, unabhängig davon, ob die einzelne Komponente eine wesentliche Einrichtung darstellt. Beschränkt wird die Reichweite der Zugangspflicht nur durch den Öffentlichkeitsbezug der Netze oder Dienstleistungen. Dies ist jedoch ein wenig klares Kriterium. Im Ergebnis

---

<sup>927</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [80].

<sup>928</sup> „A service supplier requesting interconnection with a major supplier will have recourse, either:

(a) at any time or

(b) after a reasonable period of time which has been made publicly known

to an independent domestic body, which may be a regulatory body as referred to in paragraph 5 below, to resolve disputes regarding appropriate terms, conditions and rates for interconnection within a reasonable period of time, to the extent that these have not been established previously.”

<sup>929</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [238].

<sup>930</sup> *Goyder*, EC Competition Law (2003), S. 516.

<sup>931</sup> *Goyder*, EC Competition Law (2003), S. 517.

erscheint die Zusammenschaltungs- oder Zugangsverpflichtung damit etwas „holzschnittartig“.

Vielfach kritisiert wurde das Fehlen detaillierterer Verpflichtungen und konkreter Begriffsdefinitionen insbesondere hinsichtlich der Art des geschuldeten Netzzugangs und der Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte.<sup>932</sup> Die zentralen unbestimmten Rechtsbegriffe der Kostenorientierung und der ausreichenden Entbündelung geben den Mitgliedstaaten nicht mehr als ein Grundgerüst vor. Zwar bestand wohl die Hoffnung zumindest mancher Verhandlungsführer, dass die Auslegung sich an US- und EU-Recht orientieren würde,<sup>933</sup> eine rechtliche Grundlage hierfür ist jedoch nicht ersichtlich. Das „Telmex“-Verfahren hat gezeigt, dass von den Streitbeilegungsorganen nicht mehr (aber auch nicht weniger) als eine Evidenzkontrolle zu erwarten ist. Die Möglichkeiten und die Funktion der WTO-Streitbeilegung im „Regulierungssystem“ sind darüber hinaus begrenzt. So wurde in einer Anmerkung zur „Telmex“-Entscheidung bezweifelt, dass die amerikanischen Verbraucher im Ergebnis von den niedrigeren Terminierungsentgelten profitieren, die mit Hilfe des Panel durchgesetzt wurden, da es an wirksamen Wettbewerb zwischen den amerikanischen Langstrecken Anbietern fehle.<sup>934</sup> Dieser Aspekt konnte aber in der Entscheidung keine Rolle spielen. Die Streitbeilegungsorgane der WTO können nicht selbst eine kohärente Regulierungspolitik betreiben, sondern nur dort punktuell einschreiten, wo ausländische Unternehmen nachteilig betroffen sind und es ihnen gelingt die „Heimatregierung“ für ihre Zwecke zu gewinnen.

## VI. Unabhängige Regulierungsbehörde

Ziff. 5 RP verlangt die strukturelle Trennung und die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von jedem Anbieter von Basistelekommunikationsdienstleistungen sowie die Unparteilichkeit der Entscheidungen und Verfahren im Hinblick auf alle Marktteilnehmer.

Diese Vorschrift resultiert aus der Erkenntnis, dass die Unabhängigkeit und Qualifikation und damit auch das Selbstbewusstsein und die Durchsetzungsstärke der Regulierungsinstanz von zentraler Bedeutung für den Erfolg der Regulierungspolitik sind.<sup>935</sup> Mit der Unabhängigkeit von den Anbietern ist aber nur ein Teilaspekt der Unabhängigkeit geregelt.<sup>936</sup> Eine weitergehende Unabhängigkeit auch von staatlichen Stellen wird dem Wortlaut nach nicht verlangt.

---

<sup>932</sup> Moos, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 288 f.; Guermazi, Exploring the Reference Paper (2004), S. 8; Fredebeul-Krein/Freytag, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [629].

<sup>933</sup> Sherman, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [75].

<sup>934</sup> Sidak/Singer, Überregulation without Economics, 57 Fed. Comm. L. J. (2004), S. 1 [ ].

<sup>935</sup> Miroudot/Pinali/Sauter, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 42.

<sup>936</sup> Guermazi, Exploring the Reference Paper (2004), S. 13.

Insbesondere ist keine Unabhängigkeit der Regulierungsinstanz von dem Ministerium, das für die Telekommunikationspolitik verantwortlich ist, vorgeschrieben.<sup>937</sup>

Probleme können sich daraus insbesondere ergeben, wenn die Regierung noch Eigentumsinteressen oder Kontrollrechte an dem ehemaligen Monopolunternehmen inne hat. In der Literatur wurde die Frage aufgeworfen, ob eine klare Trennung zwischen Regulierungsinstanz und Anbieter zumindest in solchen Fällen verlangt, dass eine aus der Regierung herausgelöste Regulierungsinstanz geschaffen wird.<sup>938</sup> Vereinzelt wurde sogar argumentiert, dass allein die staatliche Nichtbeteiligung an Anbietern sicher den Vorgaben des Referenzpapiers entsprechen, da Regulierungsbehörde bei funktionalem Verständnis jedes Staatsorgan sein könne, das zur Umsetzung der Verpflichtungen tätig werde und dieses nicht nur formell sondern faktisch unabhängig sein müsse.<sup>939</sup> Allerdings sah der ursprüngliche US-Entwurf zum Referenzpapier noch ausdrücklich eine Unabhängigkeit von den Netzbetreibern sowie von allen staatlichen Stellen, die direkte oder indirekte Kontrolle über einen Netzbetreiber ausüben, vor.<sup>940</sup> Bei der jetzigen, enger gefassten Regelung wird deshalb ganz überwiegend davon ausgegangen, dass keine Pflicht zur strukturellen Trennung von den Regierungsstellen, die Eigentum und Kontrolle über einen Anbieter ausüben, besteht.<sup>941</sup> Wo der Regulierer, wie in Japan und Südkorea, in einem Ministerium angesiedelt ist, werden die Anteile aber zumindest formal von einem anderen Ministerium gehalten.<sup>942</sup>

Die nur teilweise gewährleistete Unabhängigkeit ist jedoch inhaltlich unbefriedigend. Gerade die fehlende Unabhängigkeit von politischem Einfluss kann, insbesondere aber nicht nur, in Entwicklungsländern ein erhebliches Problem sein.<sup>943</sup> Deutlich zeigt sich dies in China, wo eine deutliche Nähe der staatlichen Regulierungsinstanz zu den mehrheitlich staatlichen Tele-

---

<sup>937</sup> Roseman, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [92].

<sup>938</sup> Sehr weitgehend: Krajewski, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 171: „In such a situation the WTO member may be obliged to establish a regulatory body which operates wholly independent of other government branches.“ Auch Frid, The Telecommunications Pact under the GATS, LIEI 24(2) (1997), S. 67 [82] hält eine solche Interpretation für möglich.

<sup>939</sup> Elkettani, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [241].

<sup>940</sup> WTO, Negotiating Group on Basic Telecommunications, Communication from the United States, *Draft Offer on Basic Telecommunications*, S/NGBT/W/12/Add. 3 vom 31. Juli 1995.

<sup>941</sup> Sherman, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [85]; Moos, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 289; Bronckers/Larouche, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1010]; Fredebeul-Krein/Freytag, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [632]; Koopmann, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 359 [384 f.]; Öhlinger, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 279.

<sup>942</sup> Roseman, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [92].

<sup>943</sup> Guermazi, Exploring the Reference Paper (2004), S. 20; Bodammer/Forbes Pirie/Addy-Nayo, Telecoms Regulation in Developing Countries, JWT 39(3) (2005), S. 527.

fongesellschaften und die Einbindung beider Seiten in eine übergreifende staatliche Politik zu beobachten sind.<sup>944</sup> Auch die potentiell bedeutsame „advocacy function“ der Regulierungsinstanzen, d.h. deren Eintreten für das Wettbewerbsprinzip und entsprechende Gesetzgebungsakte, kann nur zur Geltung kommen, wenn diese im politischen Prozess unabhängig sind.

Die der Regulierungsbehörde einzuräumenden Befugnisse, Verfahrensrechte und Rechtsschutzmöglichkeiten sind im Referenzpapier nicht näher geregelt. Aus den allgemeinen Regeln des GATS ist allerdings die Verpflichtung auf Gewährung von Rechtsschutz gegen Maßnahmen der staatlichen Behörden in Art. VI:2 GATS zu beachten.<sup>945</sup> Werden die Eingriffsmöglichkeiten der Regulierungsbehörde im Interesse des Netzaufbaus durch „Regulierungsferien“ beschränkt und die Entscheidungen über eine Zusammenschaltung allein in die Hand des „major supplier“ gelegt, so kann darin ein Verstoß gegen Ziff. 5 RP gesehen werden.<sup>946</sup>

## VII. Der Weg zur Einbeziehung des Referenzpapieres

Mit dem Referenzpapier wurde nicht nur inhaltlich sondern auch formal Neuland beschritten. Denn der Regulierungsrahmen, wie ihn das Referenzpapier beschreibt, wurde durch die Aufnahme als „zusätzliche Verpflichtung“ i.S.d. Art. XVIII GATS in die jeweiligen Liberalisierungslisten der Mitgliedstaaten verbindlich gemacht.<sup>947</sup> Dies erschien den Verhandlungsführern als einzig gangbarer Weg, da eine Änderung des GATS gemäß Art. X WTO wegen der dort vorgesehenen Mehrheitserfordernisse als wenig aussichtsreich und andere Instrumente (z.B. Fußnoten) als nicht rechtsverbindlich eingestuft wurden.<sup>948</sup>

Das aus der Not geborene Instrument des Referenzpapieres hat jedoch durchaus inhaltliche Vorzüge. Da es die Regeln nicht zwingend vorgibt, sondern Abweichungen ermöglicht, wahrt es die regulatorische Autonomie der Mitgliedstaaten. Der Mechanismus der zusätzlichen Verpflichtungen und des Referenzpapieres wurde deshalb als „neue Antwort auf ein altes Dilemma“ des Handelsrechts gesehen – das Dilemma des richtigen Ausgleichs zwischen der Regelaufbauautonomie und den Erfordernissen eines ungestörten Handels.<sup>949</sup> Die Regeln wurden zwar multilateral ausgehandelt, der Übernahmemechanismus ermöglicht aber eine Anpassung

---

<sup>944</sup> *Voon/Mitchell*, China's Telecommunications Service Market, JIEL 13(2) (2010), S. 321 [337].

<sup>945</sup> *Gao*, Telecommunication Services: Reference Paper, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 73.

<sup>946</sup> *Voon/Mitchell*, International Trade Law Implications of Australia's National Broadband Network (2011), S. 31.

<sup>947</sup> Vgl. zu Art. XVIII GATS: *Bigos*, Contemplating GATS Art. XVIII on Additional Commitments, JWT 42(4) (2008), S. 723.

<sup>948</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [86].

<sup>949</sup> *Guerhazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 16 f.

an nationale Bedürfnisse. So kam es denn auch zu „Einzelanfertigungen“ durch einige Entwicklungsländer.<sup>950</sup> Das Referenzpapier wirkt dabei als „benchmark“, das abweichende Regeln rechtfertigungsbedürftig und zum Gegenstand weitergehender Verhandlungen macht.<sup>951</sup> Es steht somit als Instrument zwischen den länderspezifischen Verpflichtungslisten mit ihrer je eigenen Terminologie und den für alle verbindlichen GATS-Regeln, zwischen der „äußeren“ und der „inneren“ Flexibilität. Als „benchmark“ kann es zugleich die dem GATS sonst fehlende „Hierarchie“ zwischen verschiedenen Formen staatlicher Intervention in das Marktgeschehen und den Handel herstellen und Orientierung in den Verhandlungen bieten.<sup>952</sup>

Ein weiterer Vorteil der Verortung in den Verpflichtungslisten ist die Möglichkeit der „Precommitments“, d.h. der Verpflichtung auf künftige Liberalisierungsschritte mit bindenden Fristen.<sup>953</sup> Die Erfahrung in der EU zeigt, dass Marktöffnung politisch häufig nur als Prozess möglich ist, der auch dem Ex-Monopolisten Zeit zur Anpassung an ein wettbewerbliches Umfeld lässt.<sup>954</sup> Das Referenzpapier kann damit zum wichtigen Begleitinstrument für nationale Reformprozesse werden, indem es ein positives Spannungsverhältnis im Sinne von „checks and balances“ aufbaut.<sup>955</sup> Es sichert die Umsetzung der Reform in einem bekanntgemachten Zeitraum und kann Tendenzen zur Perpetuierung einer vermeintlichen „infant industry“ entgegenwirken.<sup>956</sup>

Zugleich sind die Regeln rechtsverbindlich. Auch die „non-violation-complaint“ (Art. XXIII:3 GATS) findet Anwendung. Regulierungsmaßnahmen, welche die marktbeherrschende Stellung des etablierten nationalen Anbieters zementieren und nicht dem durch das Referenzpapier vorgegebenen Leitbild des chancengleichen und funktionierenden Wettbewerbs entsprechen, könnten als Zunichtemachung oder Schmälerung von Handelsvorteilen angesehen werden.<sup>957</sup>

Die Verankerung als zusätzliche Verpflichtung bringt allerdings auch Probleme mit sich. So können „umformulierte“ Regeln erhebliche Auslegungsprobleme – ähnlich den sonstigen Formulierungen in Verpflichtungslisten – hervorrufen. Wegen der Anbindung an spezifische Verpflichtungen in den nationalen Verpflichtungslisten ergeben sich auch Schwierigkeiten,

---

<sup>950</sup> Beispiele bei *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 178.

<sup>951</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [375].

<sup>952</sup> Zum Problem der fehlenden „Hierarchie“ der Interventionen vgl. *Adlung*, The (Modest) Role of the GATS, *Intereconomics* 2005, 135 [136], *Tietje*, Probleme der Liberalisierung (2005), S. 10.

<sup>953</sup> *Low/Mattoo*, Is There a Better Way?, in *Sauvé/Stern* (Hrsg.), S. 449 [460].

<sup>954</sup> *Geradin*, Twenty years of liberalization of network industries in the European Union (2007), S. 4.

<sup>955</sup> Zu Südafrika vgl. *Cohen*, Domestic Policy and South Africa's Commitments under the WTO's Basic Telecommunications Agreement, 4 *JIEL* (2001), 725 [753].

<sup>956</sup> *Fink/Mattoo/Rathindran*, Liberalizing Basic Telecommunications – The Asian Experience (2001), S. 15.

<sup>957</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 322 ff.

wenn das zugrunde liegende Klassifikationsschema veraltet und unflexibel ist. Dies zeigt sich hier bereits in der regelmäßigen Beschränkung der Anwendung auf Basistelekommunikationsdienste. Gerade das System der Positivlisten und die damit einhergehende Bedeutung der Klassifizierung führen zu einer gewissen „Starrheit“ des GATS,<sup>958</sup> die sich dann auch auf den Regulierungsrahmen auswirkt. Dementsprechend könnte eine Verankerung in den horizontalen Regeln des GATS die Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit in der Interpretation und Anwendung erhöhen.<sup>959</sup> Außerdem würde die damit einhergehende Loslösung von Klassifikationen eher der Innovationsdynamik gerecht.<sup>960</sup>

### VIII. Überlegungen zur Fortentwicklung des Referenzpapiers

In den aktuell andauernden Verhandlungen im Telekommunikationssektor steht zwar das Ziel im Vordergrund, mehr Staaten auf die bestehenden Prinzipien zu verpflichten.<sup>961</sup> Es muss jedoch auch hinterfragt werden, ob diese Regeln noch angemessen sind oder aber eine Anpassung und Fortentwicklung erforderlich ist und wie diese aussehen könnte.

Stellt man sich der Frage, wie der Regelungsrahmen des Referenzpapiers fortentwickelt werden kann, so steht man vor dem Dilemma sich widersprechender Ziele. Einerseits kann unter der Fortentwicklung die nähere Ausgestaltung der Regeln verstanden werden. Diese wurden von Anfang an vielfach als zu unbestimmt und flexibel kritisiert.<sup>962</sup> Zentrale Begriffe wie „wettbewerbswidrige Quersubventionierung“ oder „wettbewerbswidrige Ergebnisse“ seien nicht definiert und konkrete Vorgaben zu den „harten“ regulatorischen Fragen (Rechnungslegungsstandards, Bestimmung der zu entbündelnden Komponenten, Universaldienst, Lizenzen) seien vermieden worden.<sup>963</sup> Auch die fehlenden Vorgaben zur Kostenberechnung wurden

---

<sup>958</sup> Tietje, Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels (2005), S. 11.

<sup>959</sup> Bronckers/Larouche, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1034].

<sup>960</sup> Krancke, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen (2003), S. 154.

<sup>961</sup> Peng, Trade in Telecommunications Services, JWT 41(2) (2007), S. 293 [308]; Elkettani, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [245]; Tuthill/Sherman, Telecommunications: can trade agreements keep up with technology? in: Marchetti/Roy (2008), S. 151 [178]

<sup>962</sup> Fredebeul-Krein/Freytag, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625; dies., Telecommunications and WTO discipline, Telecommunications Policy 21(6) (1997), S. 477 [489 f.]; Drake/Noam, The WTO deal on basic telecommunications, Telecommunications Policy 21(9/10) (1997), S. 799 [817]; Geradin/Kerf, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [148 f.]; Bronckers, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: Bronckers/Quick (2000), S. 371 [386 f.]; Koopmann, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 359 [383]; Mathew, The WTO Agreements on Telecommunications (2003), S. 155 f., 167 f.; Moos, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 288; Zhao, Further Liberalization of Telecommunications Services, Int. J. of Communications L. & Pol. 8 (2004), S.19 ff. Jetzt auch: Peng, Trade in Telecommunications Services, JWT 41(2) (2007), S. 293 [301].

<sup>963</sup> Bronckers/Larouche, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1012].

als erhebliche Lücke gesehen.<sup>964</sup> Daneben könnte eine Ergänzung um weitere Regeln angestrebt werden, die sich in der nationalen Regulierungserfahrung als nützlich erwiesen haben. Ein mögliches Vorbild bieten die in jüngster Zeit vermehrt geschlossenen bilateralen Handelsabkommen der USA, die im Telekommunikationsbereich auf den Anforderungen des Referenzpapiers aufbauen und diese fortentwickeln.<sup>965</sup> Dort sind zusätzliche Verpflichtungen hinsichtlich „Resale“, der Übertragbarkeit von Telefonnummern, dem entbündelten Zugang zu Netzwerkelementen, der Kolokation von Einrichtungen für die Zusammenschaltung, aber auch weitergehende Anforderungen an den innerstaatlichen Rechtsschutz enthalten.<sup>966</sup> Bei Wünschen nach Präzisierung insbesondere aus Sicht der „westlichen“ Telekommunikationsrechtler ist allerdings der Kontext des Referenzpapiers zu beachten, insbesondere die große Zahl an Vertragsparteien mit ganz unterschiedlichem Entwicklungsstand. So können weitgehende strukturelle Vorgaben oder die Entbündelung der „letzten Meile“ für manche Mitglieder eine zu anspruchsvolle Regulierungsaufgabe sein.<sup>967</sup> Generell ist zu beachten, dass in den eher allgemeinen Prinzipien und dem Leitbildcharakter des Referenzpapiers auch der Kompromiss zwischen Handelsliberalisierung und staatlicher Souveränität durchscheint.<sup>968</sup> Forderungen nach mehr Bestimmtheit müssen sich entgegenhalten lassen, den Umstand zu verkennen, dass es sich bei dem Referenzpapier im Verhältnis zum nationalen Regulierungsrecht gerade um eine Richtschnur und ein Sicherheitsnetz, nicht um ein vorgegebenes Standardmodell handelt.<sup>969</sup>

Andererseits kann eine Fortentwicklung aber auch im Sinne der Anpassung an geänderte wirtschaftliche Realitäten verstanden werden. Die Regeln des Referenzpapiers wurden als „works in progress“ und „products of their time“ beschrieben.<sup>970</sup> Sie wurden vor dem Hintergrund einer bestimmten Marktsituation entworfen, in der Marktneulinge aktive Unterstützung brauchen, um den Marktbeherrscher vom Thron zu stürzen.<sup>971</sup> Seit der Einigung auf das Referenzpapier haben Digitalisierung, verbesserte Netze und Konvergenz den Telekommunikati-

---

<sup>964</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 8; *Fredebeul-Krein/Freytag*, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [629].

<sup>965</sup> *Roy/Marchetti/Lim*, Services Liberalization in the New Generation of Preferential Trade Agreements (2006), S. 46.

<sup>966</sup> Vgl. z.B. das *United States – Colombia Trade Promotion Agreement*, unterzeichnet am 22. November 2006, Chapter Fourteen; *Tuthill/Sherman*, Telecommunications: can trade agreements keep up with technology? in: *Marchetti/Roy* (2008), S. 151 [176].

<sup>967</sup> *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: *Geradin/Luff* (2004), S. 130 [146 f.].

<sup>968</sup> *Blouin*, The WTO Agreement on Basic Telecommunications, Telecommunications Policy 24 (2000), S. 135 [139 f.].

<sup>969</sup> Ähnlich *Cohen*, Domestic Policy and South Africa's Commitments under the WTO's Basic Telecommunications Agreement, 4 *JIEL* (2001), 725 [750].

<sup>970</sup> *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [103].

<sup>971</sup> *Bronckers*, Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom (1998), S. 2.

onssektor erheblich verändert.<sup>972</sup> Infolgedessen stellen sich Fragen der Anwendung auf neuartige Netzwerke, der Zusammenschaltung zwischen verschiedenen Netzen (Kabel, Strom, Telefon), bis hin zu der grundsätzlichen Frage, ob überhaupt Sonderregeln erforderlich sind, wenn zunehmender Wettbewerb zwischen verschiedenen Netzen herrscht.<sup>973</sup> Auch in der Gefahr des „locking in“ einer bestimmten Regulierung, deren Regeln irrelevant oder sogar schädlich werden, liegt eine Herausforderung.<sup>974</sup> Eine Regulierung ist nur angezeigt, solange und soweit kein funktionierender Markt besteht. Danach kann sie enteignend wirken und die Marktprozesse stören.<sup>975</sup> Jeder Regulierung wohnt allerdings die Gefahr der Perpetuierung inne. Sie folgt zum einen aus Grundstruktur und Zielrichtung der Regulierung selbst. Das Dilemma des Regulierers liegt darin, dass er einerseits den vorherrschenden Ex-Monopolisten im Verbraucherinteresse zur Effizienz zwingen, andererseits aber den Wettbewerb fördern soll, in dem neue Anbieter auf den Markt treten, was Effizienzreserven voraussetzt.<sup>976</sup> Zum anderen wirken politökonomische Prozesse. Die jeweiligen Profiteure richten sich in der Regulierung ein und bremsen den Wandel durch Einflussnahme auf Behörde und Politik aus („rent seeking“).

Das allgemeine Phänomen, dass das Recht den Lebensrealitäten „hinterherläuft“ zeigt sich bei Handelsverträgen, deren Erneuerung eher im Abstand von Jahrzehnten als von Jahren stattfindet, besonders prononciert. So wurde plastisch die Gefahr beschrieben, dass völkerrechtliches Konventionsrecht „härter als Beton“ drohe.<sup>977</sup> Für das Referenzpapier wurde vor allem die Gefahr einer übermäßigen Betonung des Marktzugangs gesehen, was zunächst eine legitime Priorität für die Politik sein mag aber auf längere Sicht, bei sich fortentwickelnden liberalisierten Märkten nicht zu optimalen Ergebnissen führe.<sup>978</sup> Dabei wurde das Problem, dass eine bestimmte Art der Regulierung festgeschrieben wird und dies zu übermäßigem Schutz der Wettbewerber führen kann, bei der Formulierung des Referenzpapiers durchaus gesehen, zugleich aber der flexible Ansatz betont.<sup>979</sup> Es ist die Frage, inwieweit die bestehenden Regeln ausreichende Flexibilität zeigen und wie bei einer Fortentwicklung auf diese Gefahr reagiert werden kann.

---

<sup>972</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4), S. 833.

<sup>973</sup> Bereits *Mavroidis/Neven*, The WTO Agreement on Telecommunications, in: Geradin (2000), S. 307 [316 f.].

<sup>974</sup> *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [98].

<sup>975</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 234.

<sup>976</sup> *Hoekman/Low/Mavroidis*, Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations, S. 125.

<sup>977</sup> *Meessen*, Für und Wider eines Weltkartellrechts, WuW 2000, 5.

<sup>978</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [44]; *Mavroidis*, International Competition Rules, FEEM Working Paper No. 70-99, S. 6.

<sup>979</sup> *OECD*, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications (1999), S. 10 f.

Dabei zeigt sich das Wettbewerbsrecht mit seinen Generalklauseln zwar als besonders offen für Anpassungen an veränderte Marktbedingungen und ein besseres ökonomisches Verständnis. Weit gefasste Wettbewerbsregeln sind im institutionellen „Setting“ der WTO allerdings problematisch.<sup>980</sup> Denn Generalklauseln mit erheblichen diskretionären Spielräumen würden einer „Delegation“ von Rechtsetzungskompetenzen an den Dispute Settlement Body gleichkommen.<sup>981</sup>

Die Regeln sollten also nicht nur möglichst präzise, sondern auch hinreichend flexibel im Blick auf sich ändernde wirtschaftliche Realitäten sein. Nimmt man zusätzlich den Wunsch nach einfachen und klaren Vorschriften auf, ergeben sich als auszubalancierende, teilweise gegenläufige Anforderungen schlagwortartig Flexibilität, Einfachheit und Präzision der Regeln.<sup>982</sup> Im Folgenden sollen einige kurze Überlegungen zu möglichen Mechanismen eines Ausgleichs zwischen den verschiedenen Anforderungen angestellt werden (1.). Anschließend ist auf die im Telekommunikationssektor konkret zu beobachtenden technischen und wirtschaftlichen Veränderungen und ihre Bedeutung für den Regulierungsrahmen einzugehen (2.). Dabei findet sich das eingangs der Arbeit beschriebene Spannungsverhältnis zwischen Zugangsorientierung und Effizienzüberlegungen wieder (3.).

## **1. Mechanismen zur Ausbalancierung von Flexibilität, Einfachheit und Präzision**

### **a.) „Eingriffsschwellen“ der Regulierung**

Die Gefahr einer „Überregulierung“ durch das Fortbestehen nicht mehr erforderlicher Eingriffe kann abgemildert werden, indem geeignete „Schwellen“ für ein Eingreifen der Regulierung geschaffen werden.<sup>983</sup> Ein Beispiel hierfür bietet der neue Regulierungsrahmen der EU, in dem die Auferlegung asymmetrischer Verpflichtungen nicht mehr automatisch erfolgt, sondern nur, wenn es die spezifische Markt- und Wettbewerbssituation aufgrund eines festgestellten Wettbewerbsdefizits erforderlich macht. Die einzige solche Schwelle des Referenzpapiers ist das Fortbestehen eines „major supplier“. Gibt es einen solchen nicht mehr, greifen die Zusammenschaltungsverpflichtungen der Ziff. 2.2 RP nicht und steht die Anwendbarkeit der Wettbewerbsklausel in Ziff. 1 RP zumindest in Frage. Ob damit die nötige Flexibilität zur Anpassung an geänderte Verhältnisse („Übergangsrecht“) gewährleistet ist, erscheint fraglich. Dies gilt insbesondere für die Zusammenschaltungsverpflichtung, die bisher recht undifferenziert besteht. Um sie mit dem Konzept der technischen oder wirtschaftlichen Nichtsubstituier-

---

<sup>980</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [385].

<sup>981</sup> *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 *A.J.I.L.* (2000), S. 478.

<sup>982</sup> *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: *Geradin/Luff* (2004), S. 130 [147].

<sup>983</sup> *Hoekman/Low/Mavroidis*, Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations, S. 127 f.; *OECD*, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications (1999), S. 11.

barkeit wesentlicher Einrichtungen in Einklang zu bringen, wurde u.a. eine Beschränkung der Zusammenschaltungspunkte auf „any economically (!) and technically feasible point“ vorgeschlagen.<sup>984</sup>

Eine Alternative wäre die Einführung einer ausdrücklichen „Forbearance“-Regel. So enthält das Freihandelsabkommen zwischen den USA und Kolumbien nicht nur weitergehende Pflichten im Telekommunikationssektor, sondern zugleich die Möglichkeit, die Anwendung der Regulierung zu suspendieren („Forbearance“). Voraussetzung ist, dass die Regulierungsbehörde feststellt, dass die Durchsetzung der Regulierung nicht erforderlich ist, um unangemessene und diskriminierende Praktiken zu verhindern, sie auch nicht zum Schutz der Konsumenten erforderlich ist und die Suspendierung im Einklang mit dem öffentlichen Interesse, einschließlich der Förderung und Verstärkung des Wettbewerbs zwischen Telefondienstleistern steht.<sup>985</sup> Etwas Ähnliches streben die USA für das Referenzpapier an. Sie haben in ihrem Revised Service Offer weitergehende „zusätzliche Verpflichtungen“ in Bezug auf „local exchange carriers“ bei gleichzeitiger Möglichkeit der „(appropriate exercise of) forbearance“ vorgeschlagen.<sup>986</sup> Es ist allerdings fraglich, ob eine solche Regel konsensfähig ist. So wurde bereits kritisiert, dass eine entsprechende Möglichkeit der „forbearance“ zu einem Ungleichgewicht zwischen Industrie- und Entwicklungsländern führen würde, da letztere in absehbarer Zeit wohl keinen nachhaltigen Wettbewerbsmarkt erreichen werden und die Möglichkeit der Suspendierung damit nur den entwickelten Ländern zur Verfügung stünde.<sup>987</sup>

### **b.) „Normative Arbeitsteilung“**

Eine Möglichkeit, gerade den Zielkonflikt zwischen Präzision und Flexibilität zu entschärfen, könnte darin liegen, bewusster auf eine Kombination unterschiedlicher Steuerungsinstrumente und -institutionen, eine „normative Arbeitsteilung“ zurückzugreifen.

Denn einerseits ist die eigenmächtige Ausgestaltung der Regeln durch Streitbeilegungsorgane oder gar die Fortentwicklung im Sinne einer „dynamischen“ oder „evolutionären“ Auslegung,<sup>988</sup> höchstens die zweitbeste Lösung.<sup>989</sup> Andererseits braucht die Streitbeilegung jedoch eine Orientierung, wenn die Regeln des Referenzpapiers nicht selbst ein detailliertes Prüfprogramm vorgeben können. Das „Telmex“-Panel hat sich beholfen, indem es auf internatio-

---

<sup>984</sup> Roseman, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [98].

<sup>985</sup> *United States – Colombia Trade Promotion Agreement*, unterzeichnet am 22. November 2006, Chapter Fourteen, Art. 14.15.

<sup>986</sup> *United States – Revised Services Offer*, TN/S/O/USA/Rev.1 vom 31. Mai 2005, S. 57.

<sup>987</sup> Roseman, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [98].

<sup>988</sup> Hierfür Chung, Interpretation of „Interconnection“, JWT 41(4) (2007), S. 783 [793].

nale Instrumente zum Wettbewerbsschutz und auf ITU-Empfehlungen zur Berechnung von Zusammenschaltungsentgelten zurückgegriffen hat. Die rechtliche Grundlage für die Berücksichtigung dieser „Hilfsmittel“ war allerdings zweifelhaft. In der Literatur wurde vielfach für eine „rechtsvergleichende“ Orientierung der Auslegung am Regulierungsrecht der EU und/oder der USA plädiert.<sup>990</sup> Allerdings kann nach den Auslegungsgrundsätzen der WVK nicht ohne weiteres auf den „Hintergrund“ der zum Zeitpunkt des Abschlusses geltenden US- oder EU-Regeln abgestellt werden, auch wenn diese faktisch Pate gestanden haben.<sup>991</sup> Auch die Berücksichtigung aktueller Konzepte und Standards der nationalen Rechtsordnungen ist problematisch. Wenn vielfach die Flexibilität des Referenzpapiers betont wird, deutet dies darauf hin, dass man davon ausgeht, dass die Begrifflichkeiten durch den (veränderlichen) „common sense“ der Regulierer konkretisiert werden können. Problematisch ist allerdings insbesondere in Bezug auf wettbewerbsrechtliche Konzepte des Referenzpapiers, dass eine Einigung auf eine allgemeine Wettbewerbspolitik auf WTO-Ebene gerade nicht erzielt wurde und auch nicht alle Mitglieder über ein Wettbewerbsrecht verfügen.<sup>992</sup> Auch die Berücksichtigung nationaler Regulierungskonzepte ist höchstens ergänzend möglich und verlangt die Berücksichtigung aller Mitgliedstaaten.<sup>993</sup>

Es ist also nicht klar, woher die konkreten Standards stammen können. Vorstellbar ist aber, dass allgemeinere Regeln, seien sie Teil des GATS-Textes oder zusätzliche Verpflichtungen, ausgefüllt werden durch genauere aber unverbindliche Best-Practice-Beispiele und nichtverbindliche Richtlinien, die den Vorteil einer leichteren Abänderung und Anpassung mit sich bringen.<sup>994</sup> Als Autor solch konkretisierender Elemente kommen auch Einrichtungen außerhalb der WTO in Betracht. Eine entsprechende Arbeitsteilung ist z.B. aus dem SPS-Abkommen und dem Codex Alimentarius bekannt. Es soll nicht verkannt werden, dass der Rückgriff auf WTO-externe internationale Standards wieder eigene Probleme mit sich bringt.<sup>995</sup> Wie gravierend diese sind, hängt u.a. von der Art der Verweisung und dem Charakter des in Bezug genommenen Normsetzers ab. Für die Verweisung ist der Grad der Verbind-

---

<sup>989</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4), S. 833 [857].

<sup>990</sup> Z.B. *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 291; *Tietje*, Telekommunikation, in: Grabitz/Hilf/Krenzler (Hrsg.), Bd. IV, E 27, Rn. 271, 276.

<sup>991</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [205].

<sup>992</sup> Kritisch deshalb: *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [199].

<sup>993</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [205].

<sup>994</sup> *Peng*, Trade in Telecommunications Services, JWT 41(2) (2007), S. 293 [308], demzufolge es auch in der Verhandlungsgruppe der „Telecom Friends“ Überlegungen gibt, die Ideen zur Fortentwicklung des Referenzpapiers (wegen der beschränkten Kapazitäten) zunächst als nicht verbindliche Richtlinien zu behandeln,

<sup>995</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 147.

lichkeit, mit dem die externen Standards einbezogen werden, entscheidend. Sehr weitgehende Vorbilder finden sich in Art. 3 SPS und Art. 2.4 TBT. Eher locker ist der Verweis hingegen in Art. VI:5 lit. b) GATS.<sup>996</sup> Als Entwickler konkretisierender „Guidelines“ scheinen hier vor allen Dingen die klassischen Internationalen Organisationen oder ein „Netzwerk der Regulierungsbehörden“ auf internationaler Ebene in Betracht zu kommen.

An erster Stelle zu nennen ist die ITU, mit der die WTO bereits ein Kooperationsabkommen geschlossen hat,<sup>997</sup> das allerdings bisher keine größere Bedeutung erlangt hat. Bereits 2000 hat aber infoDev, das maßgeblich von der Weltbank getragene „Information for Development Program“ in Kooperation mit der ITU das „Telecommunications Regulation Handbook“ veröffentlicht. Dieses hat den Anspruch, Entwicklungsländern als Referenzrahmen für die Schaffung von Regulierungsrecht und –institutionen und für die Ausbildung der Regulierer zu dienen. Es wurde inzwischen zu einem „Regulation Toolkit“ aktualisiert und fortentwickelt.<sup>998</sup> Entsprechend der Zielrichtung ist der Stil darstellend und erklärend. In verschiedenen Modulen werden z.B. Mechanismen der Zusammenschaltungs- und Entgeltregulierung oder der Lizenzierung beschrieben.

Es gibt weitere Ansätze. So hat sich auch das International Competition Network in einer Arbeitsgruppe bereits speziell mit Telekommunikationsdiensten beschäftigt und „Best Practices“ vorgeschlagen.<sup>999</sup> Diese sind allerdings aus der Perspektive von Wettbewerbsbehörden und sehr abstrakt und generell formuliert. Immerhin enthalten sie die bereits diskutierte Forderung, dass bei Staatseigentum an Telekommunikationsanbietern die regulierende von der das Eigentumsrecht ausübenden Regierungsstelle getrennt sein soll. Anknüpfungspunkte gibt es aber eventuell auch in der allgemeinen Arbeit des ICN. So hat dies 2006 eine „Unilateral Conduct Working Group“ geschaffen, die sich mit den Herausforderungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen beschäftigt und die Konvergenz und fundierte Anwendung des entsprechenden Rechts fördern will. In diesem Rahmen sollen auch die regelmäßig erfassten Verhaltensweisen analysiert werden und ein Rahmen für die Prüfung erarbeitet werden.<sup>1000</sup>

Im Rahmen der APEC wurde von einer Arbeitsgruppe eine Sammlung von bewährten Verfahren und Richtlinien speziell für die Umsetzung des Referenzpapiers erarbeitet, das regelmäßig

---

<sup>996</sup> „In determining whether a Member is in conformity with the obligation under paragraph 5 a), account shall be taken of international standards of relevant international organizations applied by that Member.”

<sup>997</sup> S/C/9/Rev. 1 vom 15. Juni 2000.

<sup>998</sup> Abzurufen unter: [www.ictregulationtoolkit.org](http://www.ictregulationtoolkit.org).

<sup>999</sup> *ICN Working Group on Telecommunications Services*, The Role for Competition in the Telecommunications Services Sector – Suggested Best Practices (2006).

<sup>1000</sup> Vgl. zu den bisherigen Ergebnissen [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

einer Überprüfung unterzogen werden soll.<sup>1001</sup> Das Papier enthält Erörterungen von Begriffen wie „Essential Facilities“, Vorschläge zu geeigneten Maßnahmen, um beispielsweise wettbewerbswidrige Quersubventionierungen zu verhindern oder den Universaldienst GATS-konform auszugestalten und verweist zu den Einzelfragen beispielhaft auf Regeln in einzelnen Mitgliedstaaten. Besonders hervorzuheben ist vielleicht, dass die „Long Run Incremental Cost“-Methode hier als allgemein akzeptierte und bewährte Kostenberechnungsmethode festgestellt wird, keine eindeutigen Vorgaben hinsichtlich des „Unbundling“ getroffen werden, aber weitergehende Anforderungen an die Streitbeilegung und die unabhängige Regulierungsbehörde (erforderliche Befugnisse und Ausschluss finanzieller Interessen) enthalten sind.

Neben einem Rückgriff auf bestehende internationale Kooperationsformen ist auch vorstellbar, im Referenzpapier eine (Pflicht zur) Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden zu institutionalisieren. Diese könnten Richtlinien und Muster bewährter Verfahren als sekundäres „soft law“ erarbeiten. Eine solche direkte Kommunikation der mitgliedstaatlichen Fachbehörden hätte den Vorteil, dass diese Fragen den politischen Konflikten auf zwischenstaatlicher Regierungsebene entzogen und der im Kern übereinstimmenden Rationalität der Regulierungsbehörden unterstellt würden. Ein solches Netzwerk würde sich auch gut in das System des Referenzpapiers fügen. Denn es wurde bereits früh festgestellt, dass die wirkliche Bedeutung des Referenzpapiers aus institutioneller Perspektive im Beginn eines evolutionären Prozesses der gegenseitigen Abgleichung und Anpassung auf Basis vereinbarter Grundprinzipien liegt. Es schafft ein System gegenseitiger Überwachung und einen Rahmen für Konsultationen über Umsetzungsfragen. Die Institutionalisierung des Dialogs fördert konzeptionellen Fortschritt und Konvergenz dadurch, dass ein gemeinsames Verständnis der Fragen und möglicher Lösungen entsteht.<sup>1002</sup>

### **c.) „Überwachte Dezentralisierung“**

Ein anderes Instrument zur Vermittlung zwischen Bindung und Flexibilität könnte in der Zurücknahme materieller Vorgaben und der Stärkung struktureller und verfahrensrechtlicher Vorgaben liegen.<sup>1003</sup> Hierin liegt eine Dezentralisierung insoweit, als dass die Entscheidungen – in dem vorgegebenen Rahmen – auf nationaler Ebene getroffen werden.

---

<sup>1001</sup> *APEC Telecommunications and Information Working Group, Best Practices for Implementing the WTO Telecommunications Reference Paper* (2005). Zum „Drafting Committee“ gehörten Australien, Kanada, Taiwan, Hongkong, Indonesien, Philippinen, Japan, Singapur und die USA.

<sup>1002</sup> *Drake/Noam, The WTO deal on basic telecommunications, Telecommunications Policy* 21(9/10) (1997), S. 799 [807 f.].

<sup>1003</sup> *Geradin/Kerf, Levelling the playing field*, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [148].

Das Referenzpapier erscheint hinsichtlich der Frage der funktionalen Zuordnung, d.h. der Zentralisierung oder Dezentralisierung der Entscheidungsfindung bisher unentschieden. Einerseits sind strukturelle und Verfahrensvorgaben in Ansätzen vorhanden. So wird die Schaffung einer Regulierungsinstanz vorgeschrieben, wobei die Vorgaben zur Ausgestaltung allerdings wenig detailliert sind.<sup>1004</sup> Für die Zusammenschaltung wird eine innerstaatliche Rechtsschutzmöglichkeit gefordert. Bezüglich der wettbewerbswidrigen Handlungen werden den Mitgliedstaaten andererseits jedoch Ergebnisse vorgegeben, die in materiellen Kategorien formuliert sind. Ob wettbewerbswidrige Handlungen vorliegen, gegen die ein Mitgliedstaat keine ausreichenden Maßnahmen ergriffen hat, entscheiden letztlich die Streitbeilegungsorgane der WTO.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Unterstellung der Regeleinhaltung unter das DSU gerade ein Ziel des Referenzpapiers war, um die Verbindlichkeit und Durchsetzungskraft der Regeln zu erhöhen.<sup>1005</sup> Es ist aber zweifelhaft, ob die handelsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen in konkreten Einzelfällen schnell genug zu einer Entscheidung führen können. Deshalb wurde schon früh die Frage gestellt, ob nicht vielmehr die Anforderungen an den nationalen Rechtsschutz ausgebaut werden müssten.<sup>1006</sup> Dies würde einen Schutz durch Verfahren bedeuten, der den weiteren Vorteil mit sich brächte, dass die Einhaltung dieser Regeln von den Streitbeilegungsorganen leichter geprüft werden kann. In Ansätzen sind solche Verfahrensvorgaben im Referenzpapier vorhanden, nämlich bei der Zusammenschaltung. Dort sind schnelle Entscheidungen besonders wichtig.<sup>1007</sup> Die fehlende Ausdehnung auf wettbewerbswidrige Handlungen kann als bedeutende Auslassung des Referenzpapiers gesehen werden.<sup>1008</sup> Denn Rechtsmittel vor nationalen Behörden oder Gerichten sind für die wirtschaftlichen Akteure wichtiger und effektiver, insbesondere da sie für die Durchführung nicht auf den Heimatstaat angewiesen sind.<sup>1009</sup> Überhaupt sind die Dienstleistungen und ihre Erbringer in der wirtschaftlichen Realität vielfach tatsächlich „transnational“ und entziehen sich einer klaren Zuordnung entsprechend dem hergebrachten Konzept der „Nationalität“. Erfolgt die Durchsetzung ihrer Rechte mittels GATS und DSU durch einen Rückgriff auf einen mehr oder weniger „fiktiven“ Heimatstaat, kann dies zu paradoxen Ergebnissen führen. Dies kann soweit gehen, dass es zu einer „Funktionalisierung“ des Staates durch die interessierten Un-

---

<sup>1004</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 14.

<sup>1005</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [23].

<sup>1006</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, JWT 31 (3) (1997), S. 5 [42].

<sup>1007</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 9.

<sup>1008</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [379].

<sup>1009</sup> Weswegen innerstaatliche Verfahren insbesondere dann wichtig sind, wenn die Internationalisierung der Überwindung interner polit-ökonomischer Zwänge dient und externe Kläger fehlen, *Hoekman/Saggi*, International Cooperation on Domestic Policies, in: *Evenett/Hoekman* (2005), S. 439.

ternehmen („nation-shopping“) kommt, wie es bereits für den „US-Gambling“-Fall beobachtet wurde.<sup>1010</sup>

Als Vorbild für eine Fortentwicklung liegt das TRIPS-Abkommen nahe. Dessen Regelungsmodell wurde bereits als Muster für ein allgemeines Wettbewerbsabkommen genannt.<sup>1011</sup> Denn wegen der komplexen und länderspezifischen Natur von Wettbewerbsfragen könnte sich auch dort der Weg über Verfahrensankordnungen an die nationalen Behörden und die Überprüfung dieser „due process“-Standards durch das DSU als die realistischere Variante erweisen.<sup>1012</sup> Die Regeln des TRIPS zur innerstaatlichen Durchsetzung bieten jedenfalls eine Liste der bedenkenswerten Fragen.<sup>1013</sup> Eine Orientierung an diesem „atypischen“ WTO-Abkommen liegt besonders nahe, weil es wie das Referenzpapier den gesetzgeberischen Rahmen für den Markt betrifft.<sup>1014</sup> Neben dem TRIPS ist auch das GPA geprägt von strukturellen Anforderungen und Verfahrensvorgaben, z.B. mit der Verpflichtung der Vertragsparteien zur Einrichtung nationaler Widerspruchsverfahren in Art. XX:2 GPA. Schließlich darf nicht vergessen werden, dass sich Ansätze für strukturelle und Verfahrensvorgaben auch in Art. VI:2 GATS finden, der die Einrichtung von gerichtlichen, schiedsgerichtlichen oder administrativen Instanzen und Überprüfungsverfahren verlangt.

Eine Stärkung struktureller Elemente findet sich bereits im Abkommen zwischen den USA und Kolumbien. Dieses enthält die Verpflichtung, die Regulierungsbehörde mit Durchsetzungsmitteln auszustatten, sowie generelle Vorgaben zur Lösung von Telekommunikationsstreitigkeiten, nämlich ein gestuftes Verfahren mit Zugang zu einer Regulierungsinstanz in allen Fragen, einem verwaltungsinternen Überprüfungsverfahren („Reconsideration“) und der gerichtlichen Überprüfung („Judicial Review“).<sup>1015</sup> Im Referenzpapier sollte zumindest die strukturelle Trennung der Regulierungsinstanz von allen staatlichen Stellen, die Eigentums- oder Kontrollrechte an einem Anbieter ausüben, festgeschrieben werden. Auch sollte vorgesehen werden, dass die Regulierungsbehörde mit ausreichenden Befugnissen und Sanktionsmöglichkeiten zu versehen ist.<sup>1016</sup> Denkbar wären auch Vorgaben zur Finanzierung, möglichst

---

<sup>1010</sup> *Pauwelyn*, WTO Condemnation of US Ban on Internet Gambling, ASIL Insight, Nov. 2004.

<sup>1011</sup> *Weinrauch*, Competition Law in the WTO, S. 120.

<sup>1012</sup> *Lee*, Lessons Learnt from Trade Disputes (2005), S. 45 f.

<sup>1013</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [388].

<sup>1014</sup> *Weinrauch*, Competition Law in the WTO (2004), S. 120.

<sup>1015</sup> *United States – Colombia Trade Promotion Agreement*, unterzeichnet am 22. November 2006, Chapter Fourteen, Art. 14.11 und 14.12. Eine weniger weit gehende Ergänzung der Rechtsschutzvorgaben findet sich auch im EU-Cariforum-EPA, hierzu: *Schloemann/Pitschas*, Cutting the Regulatory Edge? (2008), S. 18 f.

<sup>1016</sup> *Fredebeul-Krein/Freytag*, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [642]. Vgl. auch *United States – Revised Services Offer*, TN/S/O/USA/Rev.1 vom 31. Mai 2005, S. 56, wo die Verpflichtung auf Unabhängigkeit der Regulierungsinstanz von anderen Einrichtungen der Exekutive oder Legislative, zur Transparenz bei der Regelschaffung und zur Ermöglichung der Durchsetzung der Regulierung mit Sanktionen vorgesehen sind.

durch „eigene“ Mittel aus Lizenzgebühren u.ä., um die Unabhängigkeit zu stärken.<sup>1017</sup> Die Rechenschaftspflicht und Transparenz könnte durch eine Pflicht zur Veröffentlichung der Regulierungsentscheidungen erhöht werden.<sup>1018</sup> An Stelle einer Präzisierung der materiellen Kriterien der Kostenorientierung und Entbündelung, die angesichts der Umstrittenheit und der Abhängigkeit von den Marktgegebenheiten weder wahrscheinlich noch wünschenswert erscheint,<sup>1019</sup> wären auch hier verstärkte Verfahrensanforderungen vorstellbar. So könnte der „major supplier“ verpflichtet werden, ein detailliertes Referenzangebot zu veröffentlichen.<sup>1020</sup> Auch die Befugnisse der Regulierungsbehörde könnten näher ausgestaltet werden, z.B. durch die Klarstellung, dass die Regulierungsbehörde den Parteien eine konkrete Zusammenschaltungsverpflichtung auferlegen kann.<sup>1021</sup>

Ein Problem dieses Ansatzes könnte allerdings wie beim TRIPS in der Tatsache liegen, dass der Aufbau eines Regelungsrahmens und die Schaffung von Institutionen gerade für Entwicklungsländer mit erheblichen Kosten verbunden sind. Daneben darf nicht verkannt werden, dass das Vertrauen auf strukturelle Vorgaben durchaus auch in die Sackgasse führen kann, in der zwar alle geforderten Strukturen vorhanden sind, aber dennoch keine zufriedenstellenden Ergebnisse erzielt werden. So wird darauf verwiesen, dass das vielfach kritisierte japanische Wettbewerbsrecht in den Strukturen kaum Unterschiede zu den USA oder der EU zeigt. Als Alternative wird ein Regime vorgeschlagen, das wie das Konzept des „nonviolation nullification and impairment“ auf den Effekt (die Störung des reziproken Gleichgewichts) und nicht auf staatliche Strukturen oder Maßnahmen abstellt. Dies wäre eine auf den ersten Blick „weichere“ Verpflichtung, bei der vom Mitgliedstaat keine konkreten Schritte verlangt werden, die aber letztlich größere Durchschlagskraft entwickeln soll, da auf die Schmälerung von Zugeständnissen durch privates Verhalten abgestellt wird, ohne danach zu fragen, ob der Staat etwas daran ändern kann.<sup>1022</sup> Dieser Vorschlag hat jedoch den Nachteil, dass er den Mitgliedstaaten als solches keine Orientierung und einzelnen Unternehmen keinen effektiven Rechtsschutz bietet. Denn eine Störung des Gleichgewichts wäre erst durch die Streitbeilegungsorgane festzustellen und würde als solches keine Ansprüche auf Beseitigung einer konkreten

---

<sup>1017</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 20.

<sup>1018</sup> *Peng*, Trade in Telecommunications Services, JWT 41(2) (2007), S. 293 [307 f.]; *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [157].

<sup>1019</sup> *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [151 ff.]; *Krancke*, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen (2003), S. 186.

<sup>1020</sup> *Fredebeul-Krein/Freytag*, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [629].

<sup>1021</sup> *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [153]; *Fredebeul-Krein/Freytag*, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [630].

<sup>1022</sup> *Hudec*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, 34 New Eng. L. Rev. (1999), S. 79 [90].

Maßnahme bedeuten. Auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem Instrument der „Non-Violation Complaint“ erscheint die Eignung eines solchen Ansatzes für Wettbewerbsfragen zweifelhaft.<sup>1023</sup>

## **2. Veränderungen im Telekommunikationssektor und ihre Bedeutung für den Regulierungsrahmen**

Seit der Einigung auf das Referenzpapier haben die Telekommunikationsmärkte einen bedeutenden Wandel durchlaufen. Eine wichtige Entwicklung wird mit dem Schlagwort der „Konvergenz“ umschrieben. Konvergenz meint zunächst die Annäherung verschiedener Netze: Telefonmärkte werden zukünftig über die sogenannten „Netzwerke der neuen Generation“ auch auf Basis des Internet Protocol („Voice over IP“) bedient. Gleichzeitig findet eine Aufwertung von Kabelnetzwerken statt und werden auch kabellose Technologien (WiMAX oder Wi-Fi) wichtiger. Es gibt also verschiedene Netze, die zunehmend die gleichen Dienste transportieren können. Damit einher geht eine zunehmende Konvergenz der Anbieter, da Telefon- und Kabelanbieter in den jeweils anderen Markt eintreten. In Teilen kommt es sogar zu einer Konvergenz der Dienste, was sich darin zeigt, dass die Abgrenzung zwischen Telekommunikation/Internet auf der einen und Rundfunk/audiovisuellen Diensten auf der anderen Seite schwieriger wird.<sup>1024</sup> Aus dieser zunehmenden Konvergenz kann allerdings nicht ohne weiteres auf die Angemessenheit einer Lockerung des „regulatorischen Zugriffs“ geschlossen werden. So basieren die Breitbandanschlüsse in Deutschland nach wie vor ganz überwiegend auf DSL-Technik, bei der der Zugang über das herkömmliche Telefonnetz erfolgt, so dass Wettbewerber auf Vorleistungen der Telekom angewiesen sind.<sup>1025</sup> Selbst wo die Fernseekabelanbieter in der Entwicklung ihres Netzes weiter sind, wie in den USA, kommt es praktisch höchstens zu einem Netz-Duopol.

Die Konvergenz kann jedoch zu Problemen der Klassifizierung und zu regulatorischen Inkonsistenzen führen.<sup>1026</sup> Dies gilt gerade für das auf Positivlisten basierende System des GATS,

---

<sup>1023</sup> *Roessler*, Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law through Non-Violation Complaints?, *JIEL* 2 (1999), S. 413.

<sup>1024</sup> Damit treten auch neue Wettbewerbsprobleme auf wie vertikale Vereinbarungen zwischen Infrastrukturanbieter und Inhalteanbietern und Abschottungsstrategien. Vgl. *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 269.

<sup>1025</sup> Die Angebote basieren vorwiegend auf einem entbündelten TAL und DSL-Resale, *Monopolkommission*, Telekommunikation 2009, S. 19 ff.

<sup>1026</sup> Zu den daraus folgenden Möglichkeiten der „regulatorischen Arbitrage“, d.h. des bewussten Ausnutzens von Inkonsistenzen und Asymmetrien in der Regulierung: *Frieden*, Whither convergence, in: Geradin/Luff (2004), S. 323.

genannt seien nur die Unterscheidung zwischen Basis- und Mehrwertdienstleistungen und die Abgrenzung zu audiovisuellen Dienstleistungen.<sup>1027</sup>

Mit der technischen Fortentwicklung ist auch die Bedeutung von Innovationen und Investitionen verstärkt ins Bewusstsein der Regulierungspolitik getreten. So wird die dem Regulierungskonzept der erzwungenen Öffnung und Entbündelung von Netzwerken häufig zu Grunde gelegte „Ladder of Investment-Theorie“ zunehmend in Frage gestellt.<sup>1028</sup> Nach dieser Theorie wird der Dienstwettbewerb, z.B. über den bloßen Wiederverkauf von Leistungen des Ex-Monopolisten („Resale“), als eine Vorstufe zu späterem Infrastrukturwettbewerb gesehen, die zu einer schnelleren Marktdurchdringung führt und den Wettbewerbern den Markteintritt erlaubt.<sup>1029</sup> Hätten letztere eine bestimmte Größe erreicht, so investierten sie zunehmend in eigene Infrastruktur und würden von den Vorleistungen des Ex-Monopolisten unabhängiger. Da sich diese Theorie nur teilweise bestätigt hat und das Spannungsverhältnis der Zugangsregulierung zu Innovationen und Netzinvestitionen – insbesondere Investitionen in neue, hochleistungsfähige Breitbandnetze – zunehmend erkannt wird, mehren sich kritische Stimmen. Weitreichende Regulierung pervertiere zur Investitionsbremse.<sup>1030</sup> Denn auch das für den Zugang zu zahlende Entgelt könne die fehlenden Investitionsanreize nicht verhindern. Das Investitionsrisiko bleibe allein beim Altsassen, da es in der Preisregulierung überhaupt nicht angemessen berücksichtigt werden könne. Auch entfielen Anreize zur Erkundung alternativer Investitionen.<sup>1031</sup> Die Sorge um die Schaffung und flächendeckende Verbreitung der nächsten Generation von Netzinfrastruktur ist längst in der Politik angekommen. Sie hat Reaktionen hervorgerufen, die vom Wiederaufleben direkter staatlicher Beteiligung am Netzaufbau<sup>1032</sup> oder dessen Subventionierung bis hin zur Ermöglichung temporärer Monopolgewinne durch „Regulierungsferien“ reichen.

---

<sup>1027</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4), S. 833 [868 ff.]; *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1033]; *Peng*, Trade in Telecommunications Services, JWT 41(2) (2007), S. 293 [298 ff.]. Es empfiehlt sich, wie die EU vorgeschlagen hat, Telekommunikationsdienstleistungen breit und funktional zu definieren als „alle Dienstleistungen, die in der Übertragung und dem Empfang von Signalen auf jedem elektromagnetischem Wege bestehen, mit Ausnahme von Rundfunk“ und zu unterscheiden von Inhalteanbietern; vgl. *Communication from the European Communities and its Member States*, Conditional Revised Offer, TN/S/O/EEC/Rev.1, 29. Juni 2005, S. 187 f. Es ist aber fraglich, ob diese Definition sich durchsetzt.

<sup>1028</sup> Kritisch zur Entbündelung von Netzelementen in den USA: *Hazlett*, Rivalrous Telecommunications Networks With and Without Mandatory Sharing, Fed. Comm. L. J. 58(3) (2006), S. 477; *Hausman/Sidak*, Did Mandatory Unbundling Achieve its Purpose?, J. Competition L. & Econ. 1 (2005), S. 173.

<sup>1029</sup> Vgl. z. B. *Kurth*, Rolle und Funktion des Resale, MMR 2001, 657.

<sup>1030</sup> *Möschel*, Fehlsame Weichenstellung in der TK-Regulierung, MMR 2007, 547.

<sup>1031</sup> *Möschel*, Fehlsame Weichenstellung in der TK-Regulierung, MMR 2007, 547; *ders.*, Investitionsförderung als Regulierungsziel, MMR 2010, S. 450 [451].

<sup>1032</sup> Z.B. in Australien, vgl. *Voon/Mitchell*, International Trade Law Implications of Australia's National Broadband Network (2011), S. 8 ff.

Das Problem zeigte sich in der in Deutschland in den vergangenen Jahren teilweise heftig geführten Diskussion um die Regelung „neuer Märkte“ und die „Schonfrist“ hinsichtlich der VDSL-Aufrüstung der Deutschen Telekom AG. Im deutschen TKG ist vor dem Hintergrund des geplanten Ausbaus des Glasfasernetzes durch die Telekom eine Sonderregelung geschaffen worden, wonach „neue Märkte“ grundsätzlich nicht der Zugangs- und Entgeltregulierung unterliegen. Ein „neuer Markt“ soll dabei ein Markt für Dienste oder Produkte sein, die sich von den bislang vorhandenen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Reichweite, Verfügbarkeit für größere Benutzerkreise, des Preises oder der Qualität aus Sicht eines verständigen Nachfragers nicht nur unerheblich unterscheiden und diese nicht lediglich ersetzen.<sup>1033</sup> Mit dieser (temporären) Freistellung von der Regulierung soll laut Gesetzesbegründung dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Anreize für risikobehaftete Investitionen in neue Märkte nur bestehen, wenn diese mit der Aussicht auf „übernormale“ Gewinne verbunden sind, deren temporäre Möglichkeit letztlich auch zu einem Zusatznutzen der Verbraucher führt.<sup>1034</sup> Tatsächlich spricht aus ökonomischer Sicht manches dafür, dass eine unmittelbare Regulierung neuer Märkte wegen der negativen Auswirkungen auf die Innovationsanreize häufig nicht effizient ist, da die volkswirtschaftlichen Kosten unterbliebener Investitionen und Innovationen schwerer wiegen als Effizienzverluste durch temporär überhöhte Preise.<sup>1035</sup> Neben Debatten zur Vereinbarkeit mit den europäischen Vorgaben, die in einer Feststellung der Vertragsverletzung durch den EuGH mündeten,<sup>1036</sup> hat diese Sonderregelung aber auch zu Kritik des US-Handelsbeauftragten (USTR) geführt, der sie in seine Berichte zu Handelshemmnissen im Telekommunikationssektor („Sec. 1377 Review“) aufgenommen hat.<sup>1037</sup> Tatsächlich ist zumindest fraglich, ob eine solche Ausnahme von der Zugangsregulierung mit dem Referenzpapier in seiner derzeitigen Form vereinbar ist.<sup>1038</sup> Eine Rechtfertigung zum Schutz von Investitionsanreizen sieht dieses jedenfalls nicht vor.

---

<sup>1033</sup> Vgl. § 9a und § 3 Ziff. 12b TKG.

<sup>1034</sup> Deutscher Bundestag, Drucksache 16/3635. Voraussetzung sei allerdings, dass sich die Vorreiterrolle auf der Basis gleicher Ausgangsbedingungen herausbilde und evtl. temporäre Monopolstellungen angreifbar blieben. Dementsprechend erlaubt § 9a Abs. 2 TKG ein Eingreifen, wenn ansonsten die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes langfristig behindert wird.

<sup>1035</sup> Baake/Haucap/Wey, EU-Verfahren gegen die Novelle des TKG, Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 12/2007, S. 185 [187 f.].

<sup>1036</sup> EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, Rs. C-424/07, *Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland*.

<sup>1037</sup> Spies, MMR 2007, Heft 1, XII und Heft 6, X.

<sup>1038</sup> Für den konkreten Fall des VDSL-Ausbaus ist zu beachten, dass hierbei die Hauptkabel, die vom Hauptverteiler der Ortsvermittlungsstelle zum Kabelverzweiger führen, durch Glasfaser ersetzt werden. Diese Strecke wird aber traditionell zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) gezählt, hinsichtlich derer unklar ist, ob sie überhaupt von der Zusammenschaltungspflicht des Referenzpapiers erfasst ist (s.o.). Es ist allerdings fraglich, ob die Zuordnung zur TAL bei der Ersetzung durch Glasfaser noch überzeugt (vgl. Möschel, Fehlsame Weichenstellung in der TK-Regulierung, MMR 2007, 547 [548]; *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007, S. 36, 46 ff.) und von einem WTO-Panel so nachvollzogen würde. Es ist nicht ausgeschlossen, dass nach der Aufrüstung das öffentliche Telekommunikationsnetz, welches der Zusammenschaltung

Der Wandel im Markt und in der mitgliedstaatlichen Regulierung wirft auch an anderen Stellen Fragen der Vereinbarkeit mit dem Referenzpapier auf. So hat die EU auf die technologischen und wirtschaftlichen Veränderungen mit einem neuen Regulierungsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste reagiert.<sup>1039</sup> In diesem wird die Regulierung „zurückgefahren“ und den Standards des Wettbewerbsrechts angenähert. So wird das Konzept der „significant market power“ in Einklang gebracht mit der Marktbeherrschung im Wettbewerbsrecht. Die regulatorische Intervention wird geringer und flexibler, da die Auferlegung asymmetrischer Verpflichtungen nicht mehr „automatisch“ erfolgt, sondern nur wenn und soweit es die spezifische Markt- und Wettbewerbssituation aufgrund eines festgestellten Wettbewerbsdefizits erforderlich macht. Angesichts dieser Regeln lässt sich durchaus die Frage stellen, ob der neue Regulierungsrahmen sich im Rahmen des Referenzpapiers bzw. der zusätzlichen Verpflichtungen der EU hält.<sup>1040</sup> Zwar verhält er sich grundsätzlich kohärent und kooperativ zum Referenzpapier,<sup>1041</sup> es können aber auch Abweichungen auftauchen. So wurde angenommen, dass das Konzept des „major supplier“ im Referenzpapier weiter zu verstehen ist als die Bestimmung von signifikanter Marktmacht nach den neuen Regeln. Wichtiger noch ist, dass das Referenzpapier, anders als der neue EU-Rechtsrahmen, für „major supplier“ in jedem Fall eine Zusammenschaltungsverpflichtung vorsieht.<sup>1042</sup> Dieses Problem wurde allerdings erkannt und mit einer Ausnahmenvorschrift beantwortet. So gestattet Art. 8 Abs. 3 der RL 2002/19/EG den nationalen Regulierungsbehörden auch Betreibern, für die nicht beträchtliche Marktmacht auf einem bestimmten Markt festgestellt wurde, Verpflichtungen aufzuerlegen, wenn dies zur Einhaltung internationaler Verpflichtungen notwendig ist.<sup>1043</sup> Der Erwägungsgrund 13 verweist ausdrücklich auf die Einhaltung der Verpflichtungen aus dem

---

unterliegt, am Kabelverzweiger beginnt. Eine Ausnahme für das VDSL-Netz würde dann dem Referenzpapier widersprechen.

<sup>1039</sup> Rahmenrichtlinie (2002/21/EG), Zugangsrichtlinie (2002/19/EG), Genehmigungsrichtlinie (2002/20/EG), Universaldienstrichtlinie (2002/22/EG), Richtlinie über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/77/EG).

<sup>1040</sup> Dazu *Burri Nenova*, *The Law of the WTO and the Communications Law of the EC*, JWT 41(4) (2007), S. 833 [863 ff.]; ausführlich zur GATS-Kompatibilität der Regeln in EU und USA auch: *Baumann*, *Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens* (2007), S. 134 ff.

<sup>1041</sup> *Burri Nenova*, *The Law of the WTO and the Communications Law of the EC*, JWT 41(4) (2007), S. 833 [866 ff.].

<sup>1042</sup> Siehe oben. Vgl. auch *Burri Nenova*, *The Law of the WTO and the Communications Law of the EC*, JWT 41(4) (2007), S. 833 [867 f.]; *Elkettani*, *WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste*, in: Säcker (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum TKG*, S. 197 [205]; ähnlich: *Bronckers/Larouche*, *Telecommunications Services*, in: *Macrory/Appleton/Plummer* (2005), S. 989 [1024 f.].

<sup>1043</sup> Wegen des ausdrücklichen Verweises auf die internationalen Verpflichtungen, erscheint es auch möglich, dass der EuGH das Referenzpapiers als Rechtsmäßigkeitsmaßstab heranzieht, es also zu einer mittelbaren innergemeinschaftlichen Anwendbarkeit kommt, vgl. *Elkettani*, *WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste*, in: Säcker (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum TKG*, S. 197 [206 f.]; grds.: *Hörmann/Neugärtner*, *Rechtsschutz Privater*, in: *Hilf/Oeter* (2005), S. 541 [556 ff.].

Übereinkommen über Basis-Telekommunikationsdienste.<sup>1044</sup> Weitere Probleme werden für den Fall des vorgesehenen „Auslaufens“ der sektorspezifischen Regulierung in der EU gesehen, da eine solche Entwicklung auf internationaler Ebene nicht zu erwarten ist.<sup>1045</sup> Dies dürfte aber nur die Zusammenschaltungsverpflichtungen betreffen, die über allgemeine Regeln hinausgehen. Denn die Anforderungen der „competitive safeguard“ werden sich in der Regel auch aus allgemeinem Wettbewerbsrecht ergeben. Auch ist ein Ende der sektorspezifischen Regulierung nicht absehbar. Allerdings sehen die im November 2009 beschlossenen Änderungen des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, die bis zum 19.06.2011 in nationales Recht umzusetzen waren,<sup>1046</sup> eine deutlich stärkere Berücksichtigung des Ziels der Investitionsförderung vor.<sup>1047</sup>

### 3. Zugang vs. Effizienz

Die Diskussion um Zugangsregulierung und Investitionsanreize verweist zurück auf das mögliche Spannungsverhältnis zwischen Zugangsorientierung und Effizienzüberlegungen und die Frage der den WTO-Regeln eingeschriebenen Finalität. Unter Zugangsgesichtspunkten sind weitgehende Öffnungsverpflichtungen ohne weiteres zu begrüßen, die allerdings zu Einbußen an dynamischer Effizienz führen können. Das Referenzpapier greift dieses Problem nicht auf.<sup>1048</sup> Es enthält keine innovations- und investitionsschützenden Schranken für die Zusammenschaltungsverpflichtung, aber auch keine Maßgröße für die Interpretation der Wettbewerbsregeln.<sup>1049</sup> Ob Maßgröße und Ziel die Verbesserung des Marktzugangs ausländischer Anbieter oder aber der wirksame bzw. unverfälschte Wettbewerb im Zielmarkt ist, kann für die Entscheidung von Wettbewerbsfällen von entscheidender Bedeutung sein.<sup>1050</sup>

---

<sup>1044</sup> Vgl. auch Ziff. 125 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Abl. C 165/6 vom 11.07.2002.

<sup>1045</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, JWT 41(4) (2007), S. 833 [875 f.]; *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1025].

<sup>1046</sup> Die „Better Regulation“-Richtlinie 2009/140/EG und die „Citizens Rights“-Richtlinie 2009/136/EG, beide vom 25.11.2009, ABl. EU 2009 Nr. L 337, S. 11 und S. 37. Zur Umsetzung in Deutschland vgl. *Körber*, TKG-Novelle 2011, MMR 2011, S. 215.

<sup>1047</sup> Dazu: *Möschel*, Investitionsförderung als Regulierungsziel, MMR 2010, S. 450. Siehe auch *Monopolkommission*, Telekommunikation 2009, S. 74, zu den in Deutschland konkret diskutierten Strategien zur Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze.

<sup>1048</sup> Im Bereich des TRIPS wurde der Konflikt zwischen dynamischen Effizienzgewinnen und statischen Effizienzverlusten durch die Verleihung temporärer Monopole hingegen immerhin erkannt und in Ansätzen geregelt; vgl. *Koopmann*, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 359 [388].

<sup>1049</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1012].

<sup>1050</sup> Z.B. in „essential facility“-Konstellationen außerhalb der Zusammenschaltungsfälle, vgl. *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: Bronckers/Quick (2000), S. 371 [383 f.], der als Beispiel den Zugang zum Vertriebsweg, den Telefonläden des „major supplier“ nennt.

Zwar wird vielfach ohne weiteres von der Marktzugangsorientierung des Referenzpapiers ausgegangen. Dessen Zweck sei allein der Schutz der Marktzugangsverpflichtungen vor den offensichtlichsten und schädlichsten Verletzungen von Wettbewerbsprinzipien.<sup>1051</sup> Es wurde sogar ausdrücklich für eine Auslegung des Referenzpapiers plädiert, die dessen „unterstützenden Charakter“ berücksichtigen und sich daran orientieren soll, dass die mit den konkreten spezifischen Verpflichtungen angestrebte Liberalisierung und Marktöffnung erreicht wird.<sup>1052</sup> Der Hintergrund des Referenzpapiers legt eine solche Auslegung tatsächlich nahe. So stellt die Verpflichtungsliste der EU zum Anwendungsbereich des Regulierungsrahmens einleitend fest, dass dieser die Marktzugangsverpflichtungen untermauern soll.<sup>1053</sup> Das „Telmex“-Panel hat auf diesen Aspekt allerdings nicht abgestellt. Eine Auslegung und Anwendung, die sich allein am Zugang orientiert, kann auch erhebliche Probleme mit sich bringen. Dabei begünstigt der Marktzugang externe Anbieter, während mögliche Effizienzgewinne den internen etablierten Anbietern und Verbrauchern zugute kommen. Es droht also eine „Umkehrung“ des oben geschilderten Steuerungsproblems, in deren Folge die externen Effekte bevorzugt berücksichtigt werden. So wurde für das „Telmex“-Verfahren argumentiert, dass die mexikanischen Vorschriften in den USA und wohl auch in der Summe wohlfahrtsverringend, in Mexiko aber durchaus wohlfahrtssteigernd wirken würden.<sup>1054</sup> Hier ist daran zu erinnern, dass die Steigerung der weltweiten (!) Wohlfahrt als ausdrückliches Ziel in der Präambel zum WTO-Abkommen steht.

Um die Gefahr eines „Marktzugang über alles“ zu bannen, wurde für allgemeine Wettbewerbsregeln in der WTO eine zweistufige Prüfung vorgeschlagen, die neben der Zugangsbehinderung ausdrücklich einen Nachteil für den Wettbewerb (im Sinne der Konsumentenwohlfahrt) verlangt oder Vorteile für den Wettbewerb als Rechtfertigungsgrund einer Zugangser schwerung zulässt. So wurde als allgemeine Richtlinie einer WTO-Wettbewerbspolitik vorgeschlagen, dass die Mitglieder solche Handlungen verbieten sollen, die den Marktzugang erheblich beeinträchtigen und damit zugleich den Wettbewerb im relevanten Markt wahrscheinlich erheblich verringern.<sup>1055</sup> In Bezug auf vertikale Beschränkungen wurde vorgeschlagen,

---

<sup>1051</sup> Z.B. Luff, Current international trade rules, in: Geradin/Luff (2004), S. 34 [46]. Kritisch zum alleinigen Schutz des Marktzugangs und der Nichtberücksichtigung von Verbraucherinteressen: *Griehaber-Otto/Sinclair*, S. 78 ff.

<sup>1052</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [199, 219 f.].

<sup>1053</sup> „The following are definitions and principles on the regulatory framework for the basic telecommunications services *underpinning the market access commitments* by the European Communities and their Member States.“ (Hervorhebung durch Verfasser). Welcher rechtliche Gehalt dieser Aussage zukommt, ist aber offen.

<sup>1054</sup> *Neven/Mavroidis*, El mess in TELMEX, WTR 5(2) (2006), S. 271 [294].

<sup>1055</sup> *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 284, wobei der gesamte Tatbestand vom Kläger darzulegen und zu beweisen wäre. Vgl. auch *Baetge*, Globalisierung des Wettbewerbsrechts (2009), S. 507, der

diese zu verbieten, wenn sie in spürbarer Weise Marktzutrittsschranken errichten, ergänzt allerdings um eine Rechtfertigungsmöglichkeit für den Fall, dass die positiven (ökonomischen aber auch nicht-ökonomischen) Auswirkungen der Beschränkungen (auf globaler Ebene) überwiegen. Dies würde eine Berücksichtigung von Wohlfahrtsgewinnen ermöglichen, wobei diese nicht innerstaatlich sondern global zu ermitteln wären.<sup>1056</sup> Für ein Referenzpapier im Vertriebssektor wurde ein zweistufiger Test vorgeschlagen, der erstens fragt, ob die innerstaatliche Maßnahme die (innerstaatliche) Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigt und zweitens, den Marktzugang ausländischer Anbieter erheblich erschwert.<sup>1057</sup>

Die „wettbewerbswidrigen Praktiken“ in Ziff. 1 des Referenzpapiers sind für solche Erwägungen offen. Fraglich ist hier, ob der Prüfungsmaßstab deutlicher gemacht werden sollte, ob also klargestellt werden muss, dass nicht jede Handlung, die ausländische Wettbewerber beeinträchtigt („exclusionary conduct“) als solche wettbewerbswidrig ist. Dafür könnte sprechen, dass nur zwei getrennte Tests sicherstellen, dass den Anliegen von Handels- und Wettbewerbsrecht Rechnung getragen wird und nicht in einem Marktzugangshindernis bereits ein Wettbewerbsproblem gesehen wird.<sup>1058</sup> Eine Klarstellung würde lauten, dass Handlungen zu unterbinden sind, die den Marktzugang (Markteintritt) ausländischer Anbieter beeinträchtigen und darüber hinaus insgesamt wohlfahrtsschädlich sind bzw. den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Fraglich ist auch, ob die Beweislastverteilung, die bisher nicht eindeutig festgelegt, in Wettbewerbsfällen aber mitunter entscheidend ist, geregelt werden sollte.<sup>1059</sup> Muss der Exportstaat die Wohlfahrtsschädlichkeit der tolerierten Handlungen beweisen oder wechselt die Beweislast mit dem Nachweis der Zugangsbeeinträchtigung? Dabei ist das generelle Problem der „rule of reason“ zu beachten, dass in der drohenden Anmaßung von Wissen liegt. Insbesondere bei einer dynamischen Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse ist die ökonomische Modellierbarkeit und Vorhersehbarkeit von Effizienzgewinnen zweifelhaft.<sup>1060</sup>

Problematischer sind die Regeln zur Zusammenschaltung. In ihnen kann ein „bias“ zu Gunsten des Zugangs und eine Vernachlässigung anderer Wohlfahrtseffekte, insbesondere der dynamischen Effizienz und der Investitionsanreize gesehen werden. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die neu zu schaffenden Netze der „nächsten Generation“ nicht angemessen. Hier

---

wettbewerbsbeschränkende Praktiken erfassen will, die geeignet sind, den Marktzugang zu beeinträchtigen und nicht zu einer Erhöhung der weltweiten Konsumentenwohlfahrt führen.

<sup>1056</sup> *Jofer*, Vertikalvereinbarungen (2004), S. 315 ff.

<sup>1057</sup> Von *Kearns*, International Competition Policy and the GATS, 22 U. Pa. J. Int'l L. 285. Der Vorschlag sieht aber nur nicht-bindende Panel-Entscheidungen vor. Die Berücksichtigung der innerstaatlichen Konsumentenwohlfahrt soll dann innerstaatliche Unterstützung für Reformen anregen.

<sup>1058</sup> So *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 274.

<sup>1059</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [384].

könnte eine Rechtfertigung zum Schutz von Investitionsanreizen oder eine „Forbearance“-Regelung die Lösung sein.

### **IX. Zwischenergebnis zum Referenzpapier**

In dem Referenzpapier kann ein mutiger Schritt gesehen werden, die handelspolitisch relevanten Wettbewerbsprobleme in einem konkreten Sektor mit Regeln im Rahmen des GATS anzusprechen. Der Telekommunikationssektor steht paradigmatisch für einen lange Zeit von staatlichen Leistungserbringern beherrschten Wirtschaftszweig, der nach seiner Öffnung für den Wettbewerb aufgrund der fortbestehend starken Stellung des Ex-Monopolisten sowie der Existenz monopolistischer Engpasseinrichtungen klarer Regeln zur Ermöglichung und Sicherung dieses Wettbewerbs bedarf. Auch wenn der Hintergrund des Referenzpapiers zunächst von Bedenken um einen effektiven Marktzugang gebildet wurde, so weisen die Regeln in den Standards, die sie setzen, darüber hinaus. Sie lösen sich, wie das Beispiel der internationalen Zusammenschaltung im „Telmex“-Verfahren gezeigt hat, teilweise von den klaren Import/Export-Kategorien des Handelsrechts. Sie lassen sich aber auch nicht auf die Regulierung „im Markt“ und die Leistungserbringung in der Modalität 3 beschränken. Gerade die Wettbewerbsregeln haben einen potentiell weiten Anwendungsbereich. Bei ihnen zeigen sich aber auch die Schwierigkeiten der Anwendbarkeit solch konkretisierungsbedürftiger Regeln innerhalb eines institutionell nicht dafür ausgelegten Handelsregimes. Auf der einen Seite bieten die knappen Formulierungen des Referenzpapiers den Streitbeilegungsorganen wenig Orientierung. Auf der anderen Seite lassen sich die ausdifferenzierten und von einer umfassenden Ermittlung und Abwägung im Einzelfall gekennzeichneten Kategorien des nationalstaatlichen Wettbewerbsrechts nicht ohne weiteres übertragen. Dies gilt in ähnlicher Weise für die Regeln zur Zusammenschaltung. Bei dieser Form der Zugangsregulierung handelt es sich um eine im Detail hochkomplexe Regelungsmaterie, die im Referenzpapier und der Streitbeilegungspraxis auf grobe Prinzipien heruntergebrochen wird. Dies muss nicht bedeuten, dass die Regeln keinen „Biss“ haben. Denn wie die „Telmex“-Entscheidung gezeigt hat, kann es ohnehin nicht darum gehen, dass die Streitbeilegungsorgane der WTO eigene Regulierungsentscheidungen an die Stelle der Entscheidungen der nationalen Stelle setzen. Ihre Aufgabe ist vielmehr die Sicherung der „Bestreitbarkeit“ des Marktes durch eine Art „Evidenzkontrolle“ der mitgliedstaatlichen Maßnahmen. Die Vorhersehbarkeit und dogmatische Fundierung der Entscheidungen würde aber verbessert und zugleich der „road map“-Charakter des Referenz-

---

<sup>1060</sup> Kerber/Vezzoso, EU Competition Policy, Vertical Restraints, and Innovation: An Analysis from an Evolu-

papieres gestärkt, wenn zu wichtigen Begriffen weitere Konkretisierungen vorgenommen würden. Eine Aufnahme solcher Detailregeln in schwer veränderliche Handelsabkommen würde der Dynamik der Märkte und Regulierungssysteme aber kaum gerecht. Hier bieten sich andere Modelle der „normativen Arbeitsteilung“ und der „überwachten Dezentralisierung“ an. Ein solch gestuftes Regelungsmodell entspräche dem Grundansatz des Referenzpapiers, welches gegenüber dem universalen Anspruch des GATS bereits einen eigenen, neuen Versuch darstellt, den Ausgleich zwischen Verbindlichkeit und Flexibilität der Regeln herzustellen. Als „zusätzliche Verpflichtung“ müssen seine Regeln von den Mitgliedstaaten zwar nach der Logik der „äußeren Flexibilität“ individuell übernommen werden. Inhaltlich zeichnen sie sich dann aber durch ihren „Benchmark“-Charakter aus und lassen „im Inneren“ hinreichend Spielraum für eine Konkretisierung. Für die Konkretisierung gerade der zentralen Zusammenschaltungsregeln aber auch der sonstigen Anforderungen an den „major supplier“ spielt das Bewusstsein vom möglichen Spannungsverhältnis zwischen Zugangs- und Effizienzzielen eine zentrale Rolle. Dieser mögliche Zielkonflikt ist für das mitgliedstaatliche Regulierungs- und Wettbewerbsrecht von zentraler Bedeutung und erfordert – je nach Entwicklungsstufe des Marktes und betroffener Infrastruktur – einen angemessenen, im Zeitablauf veränderlichen Ausgleich. Internationale Regeln müssen dem gerecht werden.

## B. Die Übertragbarkeit des Instrumentes und der Inhalte des Referenzpapiers auf weitere Sektoren

Schon bald nach der Einigung auf das Referenzpapier wurde dieses vielfach als „Blaupause“ oder zumindest als Diskussionsgrundlage für weitere Sektoren genannt.<sup>1061</sup> Dies gilt erst recht, seitdem eine Einigung auf ein allgemeines Wettbewerbsabkommen in weite Ferne gerückt ist.<sup>1062</sup> Auf nationaler Ebene hat die Entwicklung im Telekommunikationssektor das Denken in anderen Wirtschaftszweigen vielfach beeinflusst und tut es noch heute. Fraglich ist deshalb, ob die Telekommunikationsregulierung auch auf internationaler Ebene als „Pioniermaterie“ taugt, ob sie ein Vorbild für den Regulierungsrahmen in anderen Sektoren abgibt.

Parallelen, die sich aufdrängen, bestehen zunächst zu andere Sektoren mit Engpasseinrichtungen („bottleneck facilities“), insbesondere Netzen.<sup>1063</sup> Sie können jedoch auch weiter gezogen werden zu Sektoren mit ehemaligen Monopolanbietern, die nach der Marktöffnung weiterhin eine dominierende Marktposition einnehmen. Es darf dabei allerdings nicht verkannt werden, dass der Abschluss des Abkommens über Basistelekommunikationsdienstleistungen durch verschiedene spezifische Faktoren erleichtert wurde.<sup>1064</sup> Die rasante technologische Entwicklung, die auch zu einem Wachstum des Gesamtmarktes führte, die Bedeutung der Telekommunikationsdienstleistungen als Vorleistung für andere Dienstleistungen aber auch für den weltweiten Handel mit Gütern sowie die vorausgehende unilaterale Liberalisierung in wichtigen Wirtschaftsräumen sind hier zu nennen. Im Sinne der „public choice“-Theorie waren „Nachfrager“ nach Regulierung vorhanden, die über ausreichend Durchsetzungsmacht verfügten. Dies waren zum einen Industrien, die auf Telekommunikationsleistungen als Vorleistung angewiesen sind, zum anderen aber insbesondere marktstarke Anbieter, selbst häufig ehema-

---

<sup>1061</sup> Siehe z.B. *OECD*, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications (1999), S. 8 ff.; *OECD*, Complementarities, S. 11; *Low/Mattoo*, Is There a Better Way?, in *Sauvé/Stern* (Hrsg.), S. 449 [463]; *Warner*, Is there a Future for Trade and Competition Policy Rule Making?, *Int. T.L.R.* 6(3) (2000), S. 66 [75]; *Warner*, Competition Policy and GATS, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 364 [390 ff.]; *Weiss*, From World Trade Law to World Competition Law, *Fordham Int'l L. J.* 23 (2000), S. 250 [264]; *Hindley*, Trade Liberalization in Aviation Services (2004), S. 43 ff.; *Koopmann*, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: *Guerreri/Scharrer* (2002), S. 359 [391]; *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [102 f.]; *Mavroidis*, FEEM Working Paper No. 70-99, S. 6. Auch aus Sicht der Wirtschaft, vgl. Recommendations of the Global Services Network and Business Policy Forums for Services 2000 Trade Negotiations, in *Stern* (Hrsg.), S. 477 ff. Sehr kritisch hingegen *Grieshaber-Otto/Sinclair*, Return to Sender (2004).

<sup>1062</sup> *Spagnuolo*, I servizi pubblici nella WTO tra libero mercato e tutela dei diritti umani, *Amministrazione in Cammino* 2006, S. 12.

<sup>1063</sup> *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [102]; *Miroudot/Pinali/Sauter*, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 42.

<sup>1064</sup> *OECD*, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications (1999), S. 8 f; *Warner*, Competition Policy and GATS, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 364 [382 f.].

lige Monopolanbieter, die auf neue Märkte strebten. Die Durchbrechung des oben beschriebenen „Verhandlungsdilemmas“<sup>1065</sup> gelang dabei im Wesentlichen deshalb, weil in den wichtigen Volkswirtschaften unilaterale Liberalisierungs-„Vorleistungen“ gegeben waren. Andere Netzindustrien teilen zwar einige dieser Eigenschaften. So sind Transport-, Post- oder Energiedienstleistungen wegen ihrer integrativen Wirkung und ihres Vorleistungs-Charakters von besonderer Bedeutung für die Weltwirtschaft und den weltweiten Handel. Technischer Fortschritt und unilaterale Reformen haben auch hier häufig eine wichtige Rolle gespielt. Dennoch erscheint eine Liberalisierung vielfach schwieriger: im Energiebereich wegen der zunehmend wahrgenommenen strategischen Bedeutung, im Post- und Bahnbereich wegen der befürchteten sozialen Kosten bei sehr großer Beschäftigtenzahl.<sup>1066</sup> Daneben stellt sich die Frage, ob die Regeln des Referenzpapiers für andere Sektoren geeignet sind, sind doch Zusammenschaltungsverpflichtungen, basierend auf der „essential facilities“-Doktrin eher eine Ausnahmeerscheinung im Wettbewerbsrecht<sup>1067</sup> und erscheinen zumindest die explizit aufgeführten Fälle wettbewerbswidrigen Verhaltens als sehr spezifisch für Telekommunikationsdienstleistungen.<sup>1068</sup>

Diese Fragen sollen am Beispiel der Post- und Kurierdienstleistungen etwas vertieft untersucht werden, für die schon konkrete Verhandlungsvorschläge zu einem Referenzpapier auf dem Tisch liegen (hierzu unter I.). Anschließend sollen einige andere, in der Diskussion wiederholt genannten Kandidaten für eine sektorspezifische Regulierung kurz vorgestellt werden (hierzu unter II.).

---

<sup>1065</sup> Vgl. oben S. 67.

<sup>1066</sup> Geradin, *Twenty years of liberalization of network industries in the European Union* (2007), S. 9. Die Post ist in vielen Staaten größter Arbeitgeber (z.B. der United States Postal Service in den USA).

<sup>1067</sup> Bronckers, *The WTO Reference Paper on Telecommunications*, in: Bronckers/Quick (2000), S. 371 [378 f.].

<sup>1068</sup> Bronckers, *The WTO Reference Paper on Telecommunications*, in: Bronckers/Quick (2000), S. 371 [377].

## I. Post- und Kurierdienstleistungen

Im Gegensatz zur Telekommunikation, wo sich zumindest in den entwickelten Volkswirtschaften ein Modell der weitgehenden Marktöffnung durchgesetzt hat, sind auf dem Feld der Post- und Kurierdienstleistungen Reichweite und Ausgestaltung von Wettbewerbsmärkten noch umstritten. Insbesondere der eigentliche „Postsektor“ zeigt sich vielerorts erstaunlich veränderungsresistent. So hat er auch in der EU den Liberalisierungsbestrebungen am Längsten widerstanden. Die Märkte für Pakete und „höherwertige“ Zustelldienste sind hingegen häufig offen für den Wettbewerb. Hier hat sich seit den 60er Jahren und insbesondere nach der Deregulierung des Lufttransportmarktes Ende der 70er Jahre eine eigene Industrie der Express- und Kurierdienstleister mit globalen Anbietern entwickelt, die seitdem enorme Wachstumszahlen aufweist und ihr Produktangebot stetig erweitert hat (Logistik, „supply chain management“).<sup>1069</sup> Diese Anbieter bilden einen wichtigen Teil des Rückgrats der internationalen Handels- und Investitionstätigkeit, stellen sie doch essentielle Infrastruktur für „just in time“ – Produktion und Lieferung bereit.<sup>1070</sup> Nicht von ungefähr werden Unternehmen wie UPS häufig als „Sinnbild“ der Globalisierung herangezogen, vergleichbar dem Container oder dem Internet. Dieser Infrastrukturcharakter, der auch bedeutet, dass ein effizientes Expresszustellungssystem eine Voraussetzung ist, um ausländische Investitionen in anderen Bereichen anzulocken, könnte wiederum Verhandlungsergebnisse in diesem Bereich erleichtern.<sup>1071</sup>

### 1. Die Unterschiede zwischen Post- und Kurierdienstleistungen

Postdienstleistungen umfassen nach der Definition des Weltpostvertrages die Beförderung von Briefsendungen, d.h. adressierten schriftlichen Mitteilungen, von adressierten Paketen bis zu einer bestimmten Gewichtsgrenze (in Deutschland 20 kg) und die Beförderung von Druckerzeugnissen (Bücher, Kataloge, Zeitungen, Zeitschriften).<sup>1072</sup> Kern postalischer Dienstleistungen ist die Zustellung adressierter Güter, deren Natur und Volumen eine regel- und planmäßige, dichte Zustellung erlauben.<sup>1073</sup>

Expressdienste zeichnen sich demgegenüber durch die beschleunigte Beförderung von Dokumenten, Drucksachen, Paketen oder anderen Gütern mit Nachverfolgung des Standorts und

---

<sup>1069</sup> *U.S. International Trade Commission*, Express Delivery Services (2004), S. 2-1 ff.

<sup>1070</sup> Vgl. *Sokol*, Express Delivery and the Postal Sector, 23 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2003), S. 353.

<sup>1071</sup> *Hindley*, Trade Liberalization in Aviation Services (2004), S. 43.

<sup>1072</sup> Vgl. Art. 12 Universal Postal Convention / Weltpostvertrag; Art. 2 Ziff. 6 RL 97/67; § 4 Ziff. 1 PostG.

<sup>1073</sup> *OECD*, Promoting Competition in Postal Services (1999), S. 23 f.

evtl. weiteren Zusatzleistungen (Abholung, Zeitgarantie, Empfangsbestätigung) aus.<sup>1074</sup> Die genaue Abgrenzung hängt aber vom jeweiligen nationalen Regulierungsrahmen ab.

Während die Erbringung von Expressdiensten vielfach im Wettbewerb erfolgt, ist die Frage, inwieweit auch die Märkte für die Zustellung „einfacher“ Briefe geöffnet werden sollten, noch Gegenstand von Diskussionen, die sich zu einem guten Teil um die Frage drehen, inwieweit die Erfahrungen der liberalisierten Telekommunikationsmärkte übertragbar sind. Befürchtet wird z.T., dass es bei einer vollständigen Liberalisierung und fortbestehenden Universaldienstverpflichtungen zu einem Prozess der „Aushöhlung“ des Universaldienstverpflichteten kommt, der unter dem Begriff der „graveyard spiral“ diskutiert wird: Neue Anbieter, die sich auf „cream skimming“ oder „Rosinenpicken“ in attraktiven Teilmärkten beschränken und dabei wegen der zur Quersubventionierung überhöhten Preise selbst dann bestehen können, wenn sie weniger effizient sind, lassen die Kosten des Universaldiensteanbieters steigen, der mit höheren Preisen reagieren muss. Diese machen ihrerseits weitere Märkte für Wettbewerber attraktiv, wodurch die Kosten weiter steigen. Es setzt ein sich selbst verstärkender Prozess ein, an dessen Ende der Zusammenbruch des Universaldiensteanbieters steht.<sup>1075</sup> Dementsprechend sind einige Autoren skeptisch, ob ein Aufrechterhalten des Universaldienstes ohne Exklusivbereich möglich ist.<sup>1076</sup> Ob die beschriebene Gefahr tatsächlich besteht, hängt allerdings wesentlich von der Größe und – urbanen oder ländlichen – Struktur des Landes sowie dem Briefaufkommen pro Einwohner ab.<sup>1077</sup> Diese Parameter bestimmen das Verhältnis fixer und variabler Kosten des Universaldiensteanbieters und die Spürbarkeit eines Verlustes attraktiver Marktsegmente durch „cream skimming“. In vielen Ländern wird sich das Gros der Routen in der Kostenstruktur nicht sehr unterscheiden. Die meisten dürften zwischen den Extremen des innerstädtischen Hochhauskomplexes und der ländlichen Streusiedlung liegen.<sup>1078</sup> Dann ist die Gefahr einer entsprechenden „Abwärtsspirale“ aber begrenzt.

Unabhängig von diesen theoretischen Überlegungen sind die Märkte für Post- und Kurierdienstleistungen in den Industrieländern in den letzten Jahren deutlich in Bewegung gekom-

---

<sup>1074</sup> Vgl. die Definition in: *Communication from the United States – Express delivery services*, S/CSS/W26 vom 18. Dezember 2000.

<sup>1075</sup> Im Unterschied zum Telekommunikationssektor wird der Universaldienst hier nicht durch vorhandene (und längst abgeschriebene) Infrastruktur, sondern durch täglich neu auf den Weg geschickte Briefträger gewährleistet.

<sup>1076</sup> *Crew/Kleindorfer*, Competition, Universal Service and the Graveyard Spiral, in: *Crew/Kleindorfer* (2005); *Crew/Kleindorfer*, The Welfare Effects of Entry and Strategies for Maintaining the USO in the Postal Sector, in: *Crew/Kleindorfer* (2006), S. 3.

<sup>1077</sup> *D'Alcantara/Amerlynck*, Profitability of the Universal Service Postal Provider, in: *Crew/Kleindorfer* (2006), S. 55; *Gori/Piccinin/Romito/Scarfiglieri*, On the Use of Cost Functions in the Assessment of the Impact of Liberalization, in: *Crew/Kleindorfer* (2006), S. 71.

<sup>1078</sup> *Cohen/Robinson/Sheehy/Waller/Xenakis*, An Empirical Analysis of the Graveyard Spiral, in: *Crew/Kleindorfer* (2004), S. 121.

men. Ursachen hierfür lassen sich zunächst in der Marktentwicklung finden.<sup>1079</sup> Die klassische Post hat durch andere Kommunikationswege, insbesondere E-Mail und Internet erhebliche Konkurrenz bekommen, während zugleich der Markt für Eil- und Paketzustellungen expandiert. Damit einhergehend haben sich auch die Benutzungsmuster geändert, insbesondere ist die individuelle Kommunikation gegenüber Massenversendungen „B-to-C“ und „C-to-C“ zurückgegangen. Die Staatspostunternehmen haben hierauf häufig nicht schnell genug reagiert. Zugleich gab es technologische Veränderungen, insbesondere im Bereich der Postvorbereitung und Sortierung, die – wenn auch nicht so revolutionär wie im Bereich der Telekommunikation – zu deutlichen Effizienzsteigerungen geführt haben. Daneben haben externe Ursachen eine Rolle gespielt, insbesondere, dass die Staaten angesichts angespannter öffentlicher Haushalte nicht mehr zum Ausgleich defizitärer Postunternehmen bereit waren. Auch die Erfahrung mit der Liberalisierung in anderen Bereichen wird eine Rolle gespielt haben.<sup>1080</sup> Auf der anderen Seite gibt es aber auch Faktoren, die die Marktöffnung schwieriger gestalten. So bestand in erheblichen, lukrativen Teilen bereits in der Vergangenheit Wettbewerb, ist der Markt kein wachsender und der Sektor weniger technologie- dafür stärker arbeitsintensiv und die Post häufig noch stärker staatlich verwurzelt, nicht zuletzt im Bewusstsein der Bevölkerung.<sup>1081</sup>

## 2. Die Entwicklung in wichtigen Volkswirtschaften

Auch wenn die beschriebenen Marktprozesse vielerorts gewirkt haben, so waren die Auswirkungen und Reaktionen, insbesondere Zielrichtung und Reichweite der ergriffenen Reformen sehr unterschiedlich.<sup>1082</sup>

In Japan ist das „Aufbrechen“ der mächtigen Postverwaltung des öffentlichen Postunternehmens „Japan Post“ das wichtigste Liberalisierungsvorhaben des letzten Jahrzehnts. Es hat ganz erhebliche Bedeutung für die japanische Gesellschaft und herausgehobene Bedeutung auf den Finanzmärkten wegen Postsparbüchern und Versicherungen gigantischen Umfangs.<sup>1083</sup> Eher als „Nebenprodukt“ dieser Reformen kam und kommt es aber auch bei den Postdienstleistungen im engeren Sinne zu Veränderungen. Nicht nur wurde der Wettbewerb für bestimmte Nischenprodukte zugelassen, theoretisch ist sogar die Zustellung allgemeiner

---

<sup>1079</sup> PWC, *The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment* (2006), S. 4.

<sup>1080</sup> OECD, *Promoting Competition in Postal Services* (1999), S. 21.

<sup>1081</sup> PWC, *The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment* (2006), S. 10.

<sup>1082</sup> Allgemein zur Entwicklung des Sektors auch: Zhang, *The liberalization of postal and courier services*, in: Marchetti/Roy (2008), S. 378 und die Länderübersichten in Campbell/Dieke/Zauner, *Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis* (2010), S. 33 ff.

<sup>1083</sup> Campbell/Porges, *How much postal reform in Japanes postal privatization?*, in: Crew/Kleindorfer/Campbell (2008), S. 373; Porges/Leong, *The Privatization of Japan Post*, in: Crew/Kleindorfer (2006), S. 385; zu Inhalten und Hintergründen: Cohen, *Policy Challenges and the Privatization of Japan Post* (2006), Appendix 1.

„Korrespondenz“, d.h. individueller Mitteilungen, durch alternative Anbieter möglich. Allerdings sind die Anforderungen so hoch – der alternative Anbieter muss das ganze Staatsgebiet abdecken, Briefkästen installieren, eine Zustellung an sechs Tagen der Woche gewährleisten und dies zu einem vorgegebenen einheitlichen Entgelt – dass sich bisher kein Wettbewerber gefunden hat.<sup>1084</sup> Weitere Veränderungen sind zwar in der Diskussion, nach einem Regierungswechsel wurden die Pläne zu einer Privatisierung der verschiedenen Teilbereiche jedoch zunächst gestoppt.<sup>1085</sup>

In den USA fand in den letzten Jahren eine Diskussion über die zukünftige Rolle des United States Postal Service (USPS) statt, der über ein Monopol für die Zustellung von Briefsendungen verfügt.<sup>1086</sup> In den GATS-Verhandlungen haben die USA ein Angebot bisher nur unter ausdrücklichem Vorbehalt zu Gunsten des USPS für nicht-eilige Briefe unterbreitet.<sup>1087</sup> Dennoch wurden für den Fall von GATS-Verpflichtungen Probleme gesehen, weil USPS auch im Expressgeschäft tätig ist, das in der Vergangenheit quersubventioniert wurde.<sup>1088</sup> Dies mag ein Hintergrund für die Reformbestrebungen gewesen sein. Diese führten letztlich nur zu relativ vorsichtigen gesetzlichen Änderungen im „Postal Accountability and Enhancement Act of 2006“, der am 20. Dezember 2006 in Kraft trat.<sup>1089</sup> Ein weitgehendes Monopol des USPS blieb bestehen. Dieses gilt grundsätzlich für alle Briefsendungen und für die Nutzung privater Briefkästen (insoweit einzigartig in der Welt). Ausnahmen sind insbesondere für höherwertige Expressbriefe vorgesehen.<sup>1090</sup> Das Gesetz erkennt aber, dass USPS in weiten Bereichen Wettbewerber hat und Verzerrungen drohen. Es führt die Unterscheidung zwischen Produkten mit Marktdominanz und wettbewerblich erbrachten Produkten ein. Erstere sollen einer modernen Entgeltregulierung unterliegen. Bei letzteren soll USPS mehr Spielräume haben, insbesondere die Preise selbst setzen können. Hierfür wird ein gesonderter „Postal Service Competitive Product Fund“ geschaffen. Zugleich soll (von der neugeschaffenen „Postal Regulatory Commission“, PRC) mit weiteren Maßnahmen eine Quersubventionierung der

---

<sup>1084</sup> *Maruyama*, Competition Structure and Future Postal Reform in Japan, in: Crew/Kleindorfer (2006), S. 369 [376]. Daran haben die Reformen bisher nichts geändert; vgl. *Porges/Leong*, The Privatization of Japan Post, in: Crew/Kleindorfer (2006), S. 385 [395]; *Campbell/Porges*, How much postal reform in Japanes postal privatization?, in: Crew/Kleindorfer/Campbell (2008), S. 373 [374].

<sup>1085</sup> Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30.03.2010, Nr. 75, S. 11, „Japans Post bleibt staatlich“.

<sup>1086</sup> Vgl. z.B. *Geradin/Sidak*, The Future of the Postal Monopoly, World Competition 28(2) (2005), S. 161.

<sup>1087</sup> *United States – Revised Services Offer*, TN/S/O/USA/Rev.1 vom 31. Mai 2005, S. 55.

<sup>1088</sup> *Harrington*, Weather may not stop USPS, Am. U. Int'l. L. Rev. 19(2) (2003), S. 431 [468].

<sup>1089</sup> *The Postal Accountability and Enhancement Act*, Pub.L. 109-435, 120 Stat. 3189 (Dec. 20, 2006), kodifiziert unter 39 U.S.C. §§ 101 ff. Immerhin handelt es sich um die erste Reform seit der Schaffung des USPS 1970. Zu deutlich weitergehenden Überlegungen vgl. *Geradin/Sidak*, The Future of the Postal Monopoly, World Competition 28(2) (2005), S. 161.

<sup>1090</sup> Vgl. *FTC*, Accounting for Laws that apply differently to the USPS and its private competitors (2007), S. 14 f. und *Postal Regulatory Commission*, Report on Universal Postal Service and the Postal Monopoly (2009), abzurufen unter: [www.prc.gov](http://www.prc.gov), S. 18 ff.

Wettbewerbsprodukte aus den Monopolbereichen verhindert werden. Die PRC hat im Dezember 2007 Regeln erlassen, wonach die Wettbewerbsprodukte mindestens ihre Grenzkosten abdecken müssen und insgesamt 5,5 % der institutionellen Kosten des USPS. Außerhalb des reservierten Bereichs besteht auch keine Immunität bezüglich des Antitrust Law mehr.<sup>1091</sup> Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Entwicklung zu einer Beschränkung des staatlichen Monopolanbieters und der von ihm ausgehenden Wettbewerbsverzerrungen damit noch nicht am Ende ist. So hat die Federal Trade Commission im Dezember 2007 einen von dem Gesetz verlangten Report vorgelegt, in dem es die zahlreichen gesetzlichen Privilegien und impliziten Beihilfen für den USPS herausarbeitet, mit den besonderen Lasten und Nachteilen (wovon mit Abstand der größte Posten bei höheren Arbeitskosten liegt) gegenrechnet, die wirtschaftlichen Auswirkungen oder Verzerrungen untersucht, die diese verursachen und Wege zur Beseitigung dieser Verzerrungen vorschlägt. Die FTC regt an, über eine Verringerung der Pflichten und Beschränkungen des USPS nachzudenken, das Mailbox-Monopol zu überdenken, die Reichweite des Monopolbereichs zu verringern (hierbei bezieht sie sich ausdrücklich auf die Erfahrungen in der EU)<sup>1092</sup> und die im Wettbewerb erbrachten Leistungen in eine eigene Gesellschaft zu überführen. Anfang 2009 hat dann auch die Postal Regulatory Commission einen Bericht zum Universaldienst und dem gesetzlichen Monopol vorgelegt, der sich allerdings angesichts der in Folge von Finanzkrise und rückläufigem Briefaufkommen schwierigen Finanzlage des USPS nur sehr zurückhaltend zu möglichen weiteren Änderungen äußert.<sup>1093</sup>

Die weitestgehende Liberalisierung hat in den letzten zehn Jahren in Europa stattgefunden.<sup>1094</sup> Dabei ist die Kommission wegen mitgliedstaatlicher Widerstände lange Zeit nur sehr zögerlich vorgegangen und hat den Weg der Harmonisierungsrichtlinien im Sinne von Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EG) an Stelle von Art. 106 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 3 EG) gewählt. Erste Schritte betrafen auch hier den Markt für Eilkurierdienste, als einen vom allgemeinen Postdienst zu trennenden Markt.<sup>1095</sup> Eine vollständige Liberalisierung war erst zum 31. De-

---

<sup>1091</sup> Sec. 404 Postal Accountability and Enhancement Act. Damit hat der Gesetzgeber die Entscheidung „USPS v. Flamingo Industries“ revidiert, in welcher der Supreme Court festgestellt hatte, dass der United States Postal Service, obwohl quasi privat, nicht den Antitrust-Gesetzen unterfällt, *USPS v. Flamingo Industries*, 540 U.S. 736 (2004). Dabei ist allerdings zu beachten, dass USPS im Bereich der Wettbewerbsprodukte nur drittstärkster Anbieter hinter UPS und Federal Express ist; vgl. *FTC, Accounting for Laws that apply differently to the USPS and its private competitors* (2007), S. 21.

<sup>1092</sup> Vgl. *FTC, Accounting for Laws that apply differently to the USPS and its private competitors* (2007), S. 92.

<sup>1093</sup> *Postal Regulatory Commission, Report on Universal Postal Service and the Postal Monopoly* (2009), abzurufen unter: [www.prc.gov](http://www.prc.gov).

<sup>1094</sup> v. Danwitz, in: Badura et al., Beck'scher PostG-Kommentar (2004), Europarechtliche Grundlagen. Speziell zur Geschichte des Postwesens und der Marktöffnung in Deutschland: *Wipperfurth, Das Postwesen* (2005); *Werthmann, Staatliche Regulierung des Postwesens* (2004).

<sup>1095</sup> Entscheidung der Kommission vom 20.12.1989, ABl. 1990 Nr. L10/47, „Eilkurierdienste Niederlande“; Entscheidung 90/456/EWG vom 1.08.1990, ABl. 1990 Nr. L 233/19, „Eilkurierdienste Spanien“.

zember 2010 vorgesehen.<sup>1096</sup> Im Vergleich ist die Entwicklung aber dennoch weiter als in anderen Volkswirtschaften. Dementsprechend unterstützen die ehemaligen Monopolanbieter in Europa die GATS-Verhandlungen in diesem Bereich.<sup>1097</sup>

Auch außerhalb der Industriestaaten ist der Markt in Bewegung. In China wurden die vier großen internationalen Expressanbieter (UPS, DHL, Fedex und TNT) im Kampf um ein „level playing field“ mit dem Expresszustellungsarm von China Post allerdings durch das Postgesetz von 2009 deutlich zurückgeworfen. Denn dieses verbietet ausländische Anbieter vom lukrativen inländischen Markt für die Expresszustellung von Briefen.<sup>1098</sup> In der Folge hat DHL das chinesische Inlandsgeschäft aufgegeben.<sup>1099</sup> In vielen Entwicklungsländern ist wegen des viel geringeren Briefaufkommens (und nicht ausreichend profitablen Routen für eine Quersubventionierung) von vornherein fraglich, ob der Nachbau des Monopolmodells mit Universaldienstverpflichtung sinnvoll ist.<sup>1100</sup> Die dortige Postverwaltung ist häufig in einem desolaten Zustand.<sup>1101</sup> Vielerorts kommt es wegen der Ineffizienz des Monopolisten de facto bereits zu Wettbewerb.<sup>1102</sup> Daraus wurde in der Literatur der Vorschlag abgeleitet, in diesen Ländern statt auf einen Universaldienst, der nicht finanzierbar und eine bloße legale Fiktion ist, auf eine Legalisierung des Wettbewerbs zu setzen und diesem einen Rahmen zu geben, der sich am Referenzpapier orientiert.<sup>1103</sup>

### 3. Unzureichende internationale Regeln

Auch wenn die Post- und Expressmärkte in Bewegung geraten sind, sehen die Unternehmen sich – gerade im internationalen Verkehr – noch erheblichen Hindernissen gegenüber.<sup>1104</sup> Diese führen im Ergebnis dazu, dass der grenzüberschreitende Versand – bei vergleichbarer Distanz – nach wie vor erheblich teurer ist als ein rein innerstaatlicher Versand, was sich wie-

---

<sup>1096</sup> Wobei für elf, vorwiegend osteuropäische Mitgliedstaaten eine verlängerte Frist bis zum 31. Dezember 2012 gilt, vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 der RL 2008/6/EG.

<sup>1097</sup> Vgl. *PostEurop*, Position Paper on Recent Developments in the WTO/GATS Negotiations, 19. Juni 2006.

<sup>1098</sup> Vgl. China Daily vom 25.04.2009: Controversial postal law gets green light, abzurufen unter: [www.chinadaily.com.cn](http://www.chinadaily.com.cn); eine englische Übersetzung des Postgesetzes findet sich auf der Internetseite der Procedural Law Research Institution an der China University of Political Science and Law (CUPL), unter: [www.procedurallaw.cn](http://www.procedurallaw.cn).

<sup>1099</sup> Handelsblatt vom 5.07.2011, S. 19: DHL gibt chinesisches Inlandsgeschäft auf.

<sup>1100</sup> *Kenny*, Questioning the Monopoly-Supported Postal USO in Developing Countries in: *Crew/Kleindorfer* (2006), S. 75 ff.

<sup>1101</sup> Vgl. die Beiträge in: *Guislain* (Hrsg.), *The Postal Sector in Developing and Transition Countries* (2004).

<sup>1102</sup> In Lateinamerika werden angeblich nur 20 % des traditionellen Briefmarktes von der Staatspost bedient; *Guermazi/Segni*, *Postal Policy and Regulatory Reform in Developing Countries*, in: *Guislain* (Hrsg.), S. 42 [43].

<sup>1103</sup> *Guermazi/Segni*, *Postal Policy and Regulatory Reform in Developing Countries*, in: *Guislain* (Hrsg.), S. 42 [47 ff.]. Zu abweichenden Vorstellungen: *Ansón/Cuadra/Linhares/Ronderos/Toledano*, *First Steps towards New Postal Economics Models for Developing Countries*, in: *Crew/Kleindorfer* (2006b), S. 217.

<sup>1104</sup> Übersicht bei *Sokol*, *Express Delivery and the Postal Sector*, 23 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2003), S. 353 [355 ff.].

derum unmittelbar auf den internationalen Warenhandel auswirkt.<sup>1105</sup> Neben staatlichen Diskriminierungen wie der Ungleichbehandlung bei der Zollabfertigung, stellen wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen des Post-Monopolisten bzw. Ex-Monopolisten, die innerstaatlich nicht hinreichend begrenzt werden, ein regelmäßig auftretendes Problem dar.<sup>1106</sup>

Gerade insoweit fehlen bisher geeignete überstaatliche Instrumente. Veranschaulicht wurde dies beispielsweise in einem NAFTA-Verfahren zwischen UPS und Canada.<sup>1107</sup> Das US-amerikanische Dienstleistungsunternehmen UPS sah sich im Verhältnis zu Canada Post unfair behandelt. Canada Post ist Inhaber eines Monopols für die Briefzustellung, daneben aber auch in den Märkten für Express- und Paketzustellungen und dort in Konkurrenz zu UPS tätig. Gerügt wurden von UPS zum einen die unterschiedliche Behandlung in der Zollabfertigung und eine Benachteiligung in Bezug auf eine Subventionierung der Zustellkosten, die der Förderung der kanadischen Zeitschriftenindustrie dienen soll, d.h. staatliche Maßnahmen. Zum anderen machte die Beschwerde aber auch geltend, dass Canada Post der eigenen Express-tochter Zugang zu seiner postalischen Infrastruktur, seinem Netzwerk gewähre, UPS aber nicht. Der kanadische Staat würde diesen Missbrauch der Monopolinfrastuktur erlauben. Die Beschwerde war im Ergebnis nicht erfolgreich. Insbesondere für das Missbrauchsproblem stellen die Investitionsschutzregeln kein geeignetes Gegenmittel bereit. Denn einerseits sind Handlungen von Canada Post nicht als Handlungen von Kanada anzusehen, die den allgemeinen Regeln unterfallen würden, andererseits greifen die Sonderregeln für Monopole und Staatsunternehmen nur dann, wenn letztere delegierte Hoheitsgewalt ausüben. Reine Unternehmensentscheidungen – mit diskriminierendem Inhalt – werden nicht erfasst.

Das bestehende multilaterale Forum für den Sektor, die UPU, wird – ähnlich wie es im Telekommunikationsbereich der Fall war – bis heute zumeist nicht als geeigneter Lösungsweg, sondern eher als Teil des Problems angesehen. Diese zweitälteste Internationale Organisation fußt auf der Zusammenarbeit der nationalen Postverwaltungen, die auf ihrem jeweiligen Staatsgebiet über ein Monopol verfügen, und befasst sich mit Fragen der grenzüberschreitenden Erbringung von Postdienstleistungen, wobei auch hier die klassischerweise nicht kostenorientierten Terminierungsentgelte eine wichtige Rolle spielen.<sup>1108</sup>

---

<sup>1105</sup> Sokol, *Express Delivery and the Postal Sector*, 23 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2003), S. 353.

<sup>1106</sup> Vgl. die Beschwerden der Expressdienstleister in: *U.S. International Trade Commission*, *Express Delivery Services* (2004), S. 3-1 ff. und *Hindley*, *Trade Liberalization in Aviation Services* (2004), S. 44 ff.

<sup>1107</sup> ICSID, *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, Award on the Merits, 24. Mai 2007.

<sup>1108</sup> Vgl. *Burri-Nenova*, *International Regulation of Postal Communication*, in: Wolfrum (2009), Rn. 5 ff.

Ausführlich zur Struktur auch *Campbell/Dieke/Zauner*, *Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis* (2010), S. 103 ff.

Auch das GATS hat hier bisher kaum eine Rolle gespielt. Zwar werden Postdienstleistungen regelmäßig nicht der Ausnahme des Art. I:3 lit. b, c GATS unterfallen.<sup>1109</sup> Die Mitglieder haben jedoch von ihrer Flexibilität Gebrauch gemacht und in der Uruguay-Runde kaum Verpflichtungen übernommen. Nur eine Handvoll Mitglieder sind Verpflichtungen im Postsektor eingegangen.<sup>1110</sup> Da eine solch stiefmütterliche Behandlung nicht der wirtschaftlichen Bedeutung und Entwicklung des Sektors entspricht, überrascht es nicht, dass dieser in den bisherigen Verhandlungen der Doha-Runde wiederholt auf den Tisch gekommen ist.<sup>1111</sup> Allerdings ruft dies wegen der stark empfundenen „public service“-Konnotationen auch Widerstand hervor.<sup>1112</sup>

Dabei spiegeln nicht nur die konkreten Verpflichtungen, sondern auch der Rahmen des GATS selbst den zunehmenden Wettbewerb auf den Märkten für Post- und Kurierdienstleistungen nur unzureichend wider. Denn bereits die Klassifikationsliste (W/120) als Ausgangspunkt jeder Verpflichtung ist als überholt zu bezeichnen.<sup>1113</sup> Sie unterscheidet in ihrem Abschnitt „communication services“ zwischen „postal services“ und „courier services“ und verweist dabei auf die korrespondierenden Nummern der Central Product Classification (CPC) der Vereinten Nationen. Die CPC ihrerseits unterscheidet nach der Natur des Anbieters: „postal services“ sind danach solche, die von der jeweiligen nationalen Postverwaltung erbracht werden.<sup>1114</sup> Bei einem anderen Erbringer (der gleichen Leistung) handelt es sich um „courier services“. Danach besteht ein Verhältnis der gegenseitigen Ausschließlichkeit zwischen den Leistungen des staatlichen und der privaten Anbieter. Zudem führt diese rein formale Unterscheidung dazu, dass bei einer Privatisierung des staatlichen Postunternehmens von diesem keine „postal services“ mehr erbracht werden, selbst wenn Monopolrechte oder sonstige Vorrechte weiter bestehen.<sup>1115</sup> Als eigene Kategorie im Bereich der Transportdienstleistungen wird „Mail Transportation by Air“ eingestuft. Auch dies ist nicht mehr zeitgemäß, da der

---

<sup>1109</sup> T.M.C. Asser, *Study of the Relationship* (2004), S. 17 ff.; Luff, *International Regulation of Postal Services*, in: Geradin (2002), S. 39 [76]; Perrazzelli/Vergano, *Terminal Dues under the UPU Convention and the GATS*, 23 *Fordham Int'l L.J.* (2000), S. 736.

<sup>1110</sup> Smit, *Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor* (2000), S. 58; Senegal, Türkei, Mongolei, Gambia, Djibouti, Israel. Hinsichtlich der Kurierdienstleistungen waren es 31; vgl. Smit, *ibid.*, S. 59; andere Zahlen bei Luff, *International Regulation of Postal Services*, in: Geradin (2002), S. 39 [75].

<sup>1111</sup> Alverno/Levy, *The WTO Doha Development Agenda*, in: Crew/Kleindorfer (2004), S. 199 [202 ff.] zur Request/Offer-Phase.

<sup>1112</sup> Aus kanadischer Perspektive: Grieshaber-Otto/Sinclair, *Return to Sender* (2004); aus US-amerikanischer Perspektive: Harrington, *Weather may not stop USPS*, *Am. U. Int'l. L. Rev.* 19(2) (2003), S. 431.

<sup>1113</sup> Burri-Nenova, *International Regulation of Postal Communication*, in: Wolfrum (2009), Rn. 29 ff.; Campbell/Dieke/Zauner, *Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis* (2010), S. 72 ff.

<sup>1114</sup> Vgl. Explanatory Notes zur CPC, Version 1.1 (dort Ziffer 6811): „as rendered by the national postal administration“ (CPC 7511).

<sup>1115</sup> „National postal administration“ umfasst die Erbringung durch die Postverwaltung oder wohl auch durch ein öffentliches Unternehmen – bei einem privatisierten Unternehmen mit Monopolrechten kann man wohl nicht mehr von „national postal administration“ sprechen.

Lufttransport ein zentrales Element der internationalen Expressdienstleistungen ist.<sup>1116</sup> Die Neufassung der Klassifizierung ist noch umstritten, wobei sich in den Positionen zur Abgrenzung der Kategorien die Reichweite der angestrebten Verpflichtungen deutlich widerspiegelt. Den USA (und den dort ansässigen Expressdienstleistern) geht es um Verpflichtungen im Kurierdienstsektor. Um hier Verhandlungserfolge zu erzielen, plädieren sie für eine gesonderte Klassifizierung der „express delivery services“.<sup>1117</sup> Die EU hingegen verfolgt einen weitergehenden Ansatz, der den gesamten Postsektor umfasst. In der Klassifizierung sollen Post- und Kurierdienstleistungen zu einer einheitlichen Kategorie unter Einschluss der Expresszustellung verschmolzen werden.<sup>1118</sup> Für diesen integrativen Ansatz lässt sich anführen, dass fehlender Wettbewerb im Postsektor auf verschiedenen Wegen auf die Expressdienstleistungen übergreift.<sup>1119</sup> Einerseits gibt es Überschneidungen des Angebots im jeweiligen nationalen Markt, andererseits betreiben ehemals staatliche Monopolunternehmen, gestützt von ihren Monopolgewinnen eine Strategie der Expansion und Diversifizierung in den Expressdienstemarkt. Es ist also der gesamte Sektor zu betrachten. Dementsprechend beschränkt sich das letzte Verhandlungsdokument, die „Collective Request“ (EU, Japan, Neuseeland, USA) auch nicht auf die Expresszustellung.<sup>1120</sup>

#### **4. Inhalte eines möglichen Referenzpapiers**

Unabhängig von der konkreten Abgrenzung des liberalisierten Bereichs stellen sich Fragen des Schutzes der neu eintretenden Wettbewerber vor wettbewerbsverzerrenden Handlungen des (ehemaligen) Monopolanbieters. Auch hier hält der allgemeine Text des GATS keine ausreichenden Antworten bereit. Dementsprechend liegen Forderungen nach einem Referenzpapier ähnlich dem vorhandenen für den Telekommunikationssektor nahe.<sup>1121</sup> Zu diesem Sektor ergeben sich zunächst Ähnlichkeiten, die eher das Ergebnis gleicher politischer Vorgaben und Verwaltungsstrukturen sind, als dass sie aus der „Natur“ der Dienstleistung folgen.<sup>1122</sup> Zu nennen ist insbesondere das Problem der Quersubventionierung, die klassischerweise zur Erfüllung von Universaldienstleistungspflichten eingesetzt wurde. Andererseits lässt sich auch der Postsektor als „Netzindustrie“ verstehen, weist er doch wenn auch kein physikalisches so

---

<sup>1116</sup> Smit, Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor (2000), S. 56 f.; Sokol, Express Delivery and the Postal Sector, 23 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2003), S. 353 [354].

<sup>1117</sup> United States – Revised Services Offer, TN/S/O/USA/Rev.1 vom 31. Mai 2005, S. 54; Communication from the United States – Express delivery services, S/CSS/W/26 vom 18. Dezember 2000. Vgl. auch Plummer, The Case of Postal Versus Express Delivery Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 189 [196 ff.].

<sup>1118</sup> S/CSS/W/61 vom 23. März 2001.

<sup>1119</sup> Sokol, Express Delivery and the Postal Sector, 23 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2003), S. 353 [354].

<sup>1120</sup> *Collective Request for Postal and Courier Services, including Express Delivery.*

<sup>1121</sup> Smit, Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor (2000), S. 35 f.; Zhang, The liberalization of postal and courier services, in: Marchetti/Roy (2008), S. 378 [402 ff.].

doch ein „Dienstleistungsnetz“ auf.<sup>1123</sup> Inwieweit diese Netze vergleichbar sind, ist im Einzelnen zu untersuchen. In jedem Fall stellt sich bei fortbestehenden Exklusivbereichen das Problem des Übergreifens von Wettbewerbsbeschränkungen auf im Wettbewerb erbrachte Dienstleistungen.<sup>1124</sup>

Folglich wird von den Marktteilnehmern, auch von den europäischen (Ex-) Monopolanbietern,<sup>1125</sup> ein Referenzpapier gefordert und wurde von der EU ein entsprechender Vorschlag in die Verhandlungen eingebracht.<sup>1126</sup> Dieser knüpft bewusst an das Referenzpapier im Telekommunikationsbereich an und soll verhindern, dass Marktzugangs- und Inländerbehandlungsverpflichtungen ineffektiv werden, sowie ein gemeinsames Verständnis von Begriffen ermöglichen, die in Verpflichtungslisten häufig verwendet werden. Auch die USA haben sich bereit erklärt, zusätzliche Verpflichtungen zu übernehmen, um insbesondere die Quersubventionierung von Expressdiensten zu verhindern.<sup>1127</sup>

#### **a.) Verhinderung wettbewerbswidriger Praktiken**

Die privaten Express- oder Postdienstleister sehen sich häufig ähnlichen Problemen gegenüber wie die neuen Telekommunikationsanbieter. Nicht selten gehen diese auch vom gleichen Unternehmen aus, dem Nachfolger der ehemaligen staatlichen Post- und Telekommunikationsverwaltung.<sup>1128</sup> Für den Sektor ist charakteristisch, dass ehemalige oder noch aktuelle Monopolanbieter als marktbeherrschende Unternehmen auf verschiedenen vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten mit unterschiedlichem Grad an Wettbewerbsöffnung und –intensität tätig sind. Selbst bei fortbestehenden Exklusivbereichen gibt es daneben regelmäßig Segmente für höherwertige Dienstleistungen oder Paketdienste, die im Wettbewerb erbracht werden, und selbst bei völliger Marktöffnung bleiben dem Ex-Monopolisten regelmäßig zahlreiche rechtliche und faktische Vorteile und Behinderungsmöglichkeiten.

Typische Probleme liegen in der missbräuchlichen Ausübung von Exklusivrechten, der Ausdehnung auf liberalisierte Märkte – d.h. der faktischen Erweiterung rechtlicher Monopole

---

<sup>1122</sup> Roseman, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003). S. 83 [S. 102, FN 39].

<sup>1123</sup> Werthmann, Staatliche Regulierung des Postwesens (2004), S. 187 f.

<sup>1124</sup> So auch die Begründung der EU für ihren Vorschlag eines Referenzpapiers, *Communication from the European Communities and their member states*, TN/S/W/26, S. 3.

<sup>1125</sup> Vgl. *PostEurop*, WTO reference paper supported by PostEurop vom 25.05.2005.

<sup>1126</sup> *Communication from the European Communities and their member states, Proposal for a Reference Paper for Postal and Courier Services*, TN/S/W/26. Entsprechende Regeln wurden in Ermangelung von Fortschritten in den Doha-Verhandlungen inzwischen in das Economic Partnership Agreement zwischen der EU und den CARIFORUM-Staaten aufgenommen, das am 15. Oktober 2008 unterzeichnet wurde; hierzu: *Schloemann/Pitschas*, Cutting the Regulatory Edge? (2008), S. 12.

<sup>1127</sup> *United States – Revised Services Offer*, TN/S/O/USA/Rev.1 vom 31. Mai 2005, S. 54.

<sup>1128</sup> *Hindley*, Trade Liberalization in Aviation Services (2004), S. 44.

(„monopoly creep“)<sup>1129</sup> – wie auch im klassischen Missbrauch einer beherrschenden Stellung.<sup>1130</sup> Im Bereich der Exklusivstellung können überhöhte Preise verlangt werden.<sup>1131</sup> Dort erzielte Gewinne können auf der anderen Seite für Verdrängungspreise in offenen Märkten benutzt werden.<sup>1132</sup> Auch können Bündelangebote u.ä. zum „Transfer“ von Marktmacht genutzt werden.<sup>1133</sup> In dem Monopolbereich vorgelagerten Märkten kann es zu Diskriminierungen und Behinderungen kommen, z.B. gegenüber Dienstleistern der Postvorbereitung (Konsolidierern)<sup>1134</sup> im Verhältnis zu sonstigen Großkunden.<sup>1135</sup> Auf diese Probleme wurde im nationalen Recht – neben dem ohnehin bestehenden Kartellrecht – mit Vorgaben zur getrennten Rechnungsführung (§ 10 PostG), einer Regulierung der von einem marktbeherrschenden Unternehmen verlangten Entgelte (§§ 19 ff. PostG) und einer besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 32 PostG) reagiert.

#### aa.) Inhalt der Vorschläge

Der EU-Vorschlag eines Referenzpapiers sieht vor, dass „angemessene Maßnahmen beibehalten oder eingeführt werden sollen, um Anbieter, die aufgrund ihrer Marktstellung allein oder gemeinsam die Bedingungen für eine Beteiligung an dem entsprechenden Markt für Post- und Kurierdienstleistungen (hinsichtlich des Preises und der Erbringung) wesentlich beeinflussen können, von der Aufnahme oder dem Fortsetzen wettbewerbswidriger Praktiken abzuhalten“.<sup>1136</sup>

Anders als im Telekommunikations-Referenzpapier wird hier nicht der Begriff des „major supplier“ verwendet, sondern die Definition direkt in den Tatbestand übernommen. Dies mag zunächst redaktionelle Gründe haben, da der Begriff in anderen Vorschriften des Papiers nicht benötigt wird, hat aber auch den Vorteil, einige der mit diesem Begriff verbundene Aus-

---

<sup>1129</sup> Hindley, Trade Liberalization in Aviation Services (2004), S. 48.

<sup>1130</sup> Im Einzelnen: *Diez Estella*, Abusive Practices in the Postal Services?, E.C.L.R. 2006, 27(4), S. 184 und 27(5), S. 228.

<sup>1131</sup> Bsp.: *Deutsche Post II* (Überhöhte Preise für Zustellung internationaler eingehender Post, weil fälschlicherweise als ABA-Remailing eingestuft.), Entscheidung vom 25. Juli 2001, COMP/C-1/36.915, Abl. vom 15.12.2001, L 331/40.

<sup>1132</sup> Bsp.: *Deutsche Post I* (Unter-Kosten-Preise im offenen Markt für Pakete für Geschäftskunden, die durch Einnahmen aus dem Briefmonopol ermöglicht wurden.), Entscheidung vom 20. März 2001, COMP/35.141, Abl. vom 5.05.2001, L 125/27.

Ausführlich zu den Verfahren gegen die Deutsche Post: *Held*, Quersubventionierung auf dem Postdienstleistungsmarkt (2005).

<sup>1133</sup> Bsp.: *DePost / Hays*; Entscheidung vom 5. Dezember 2001, COMP/37.859, Abl. 2002 L 61.

<sup>1134</sup> Vgl. hierzu die Entscheidung des EuGH, vom 6. März 2008, Rs. C-287/06 bis C-292/06.

<sup>1135</sup> Zur Bewertung dieser Praktiken im europäischen Recht vor dem Hintergrund des „Prioritätenpapiers“ der Kommission zu Art. 82 EG: *Geradin/Henry*, Abuse of Dominance in the Postal Sector (2009), S. 9 ff.

<sup>1136</sup> „Appropriate measures will be maintained or introduced for the purpose of preventing suppliers who, alone or together, have the ability to affect materially the terms of participation (having regard to price and supply) in the relevant market for postal and courier services as a result of use of their position in the market, from engaging in or continuing anti-competitive practices.“

legungsschwierigkeiten zu vermeiden. Die Bestimmung der Adressaten weicht vom Telekommunikations-Referenzpapier insoweit ab, als dass allein auf die Stellung im Markt abgestellt und die zweite Alternative der „wesentlichen Einrichtung“ nicht übernommen wird. Als verbotenes Verhalten wird wiederum auf „anti-competitive practices“ abgestellt. Eine Liste von Beispielen soll nach Vorstellung der EU noch diskutiert werden. Daneben möchte die EU zusätzlich eine Liste mit Praktiken aufnehmen, die nicht „per se“ als wettbewerbswidrig angesehen werden.<sup>1137</sup> Damit soll möglicherweise einer zu extensiven Auslegung durch die Streitbeilegungsorgane ein Riegel vorgeschoben werden. In der Begründung zum Vorschlag wird auch deutlich herausgestellt, dass mit dem Referenzpapier ein Missbrauch der Marktmacht durch dominante Anbieter verhindert werden soll.<sup>1138</sup> Es soll also keine wettbewerbsrechtliche Generalklausel geschaffen werden, die beispielsweise auch Kartellabsprachen als solche erfassen würde.

Auch im „Collective Request“ werden zusätzliche Verpflichtungen gefordert.<sup>1139</sup> Diese sollen insbesondere „unangemessene Praktiken dominanter Anbieter, die negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen für Post- und Kurierdienstleistungen haben“, ansprechen.<sup>1140</sup> Angemessene Maßnahmen können danach die Anwendung einer getrennten Buchführung, Offenlegungspflichten oder die Entgeltregulierung umfassen. Der Begriff des „dominant supplier“ dürfte dabei in seiner Reichweite letztlich nicht anders zu verstehen sein, als die im EU-Vorschlag verwendete Definition. In der hier tatbestandlich umschriebenen negativen Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen klingt das in der WTO-Rechtspraxis anerkannte Ziel der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen an.<sup>1141</sup> Dies legt nahe, dass es auf eine Zugangshemmung oder Diskriminierung ankommt, die nach dem Referenzpapier hingegen gerade nicht verlangt wird. Allerdings ist die Forderung in der Umschreibung der Praktiken bisher so weit gefasst, dass daraus noch keine Eingrenzung der verbotenen Verhaltensweisen zu erkennen ist.

### **bb.) Einzelne Problembereiche**

Auch hier stellt sich die Frage, wie der Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität zu erreichen ist. Dabei ist einerseits zu überlegen, ob Beispiele wettbewerbswidrigen Verhal-

---

<sup>1137</sup> Communication from the European Communities and their member states, *Postal/Courier: Proposal for a Reference Paper*, TN/S/W/26 v. 17.01.2005, Introduction.

<sup>1138</sup> Communication from the European Communities and their member states, *Postal/Courier: Proposal for a Reference Paper*, TN/S/W/26 v. 17.01.2005, S. 3.

<sup>1139</sup> *Collective Request for Postal and Courier Services, including Express Delivery*.

<sup>1140</sup> „To address unreasonable practices by dominant suppliers that adversely affect the conditions of competition for postal and courier services, including express delivery ...“.

<sup>1141</sup> Zu diesem *Bender*, in: *Hilf/Oeter* (2005), GATT 1994, § 9, Rn. 50 ff.

tens in das Referenzpapier aufzunehmen sind und andererseits, ob bestimmte Maßnahmen vorgegeben werden sollten.

Da wettbewerbswidrige Quersubventionen im Postsektor ein wiederkehrendes Problem sind und ein entsprechendes Verbot aus dem Telekommunikations-Referenzpapier bekannt ist, liegt die Aufnahme als Beispielstatbestand hier nahe. Im kartellrechtlichen Verständnis wird mit der wettbewerbswidrigen Quersubventionierung allerdings nur eine relativ enge Fallgruppe umschrieben.<sup>1142</sup> Deren Voraussetzungen sind im Einzelnen schwer nachzuweisen. Der Nachweis kann durch eine getrennte Rechnungslegung vereinfacht werden, was für die Aufnahme einer entsprechenden Pflicht in das Referenzpapier spricht. Allerdings ist die getrennte Rechnungslegung auch hier wegen der praktischen Schwierigkeiten der Kostenzuordnung schwierig. Dies könnte dafür sprechen, eine strukturelle Separierung vorzunehmen.<sup>1143</sup> Es erscheint jedoch sehr optimistisch, von der Möglichkeit einer Einigung auf einen so radikalen Schritt im Rahmen des GATS auszugehen – auch eine Beweislastumkehr könnte die Durchsetzungsprobleme zumindest mildern.<sup>1144</sup> Langfristig die wirksamste Methode zur Verhinderung von Quersubventionen ist allerdings die Beseitigung der Quelle der erforderlichen finanziellen Mittel, d.h. der durch Exklusivität geschützten Bereiche.<sup>1145</sup>

Eng damit zusammen hängt die Frage, ob das Referenzpapier die ex ante-Regulierung der Entgelte des Anbieters mit marktbeherrschender Stellung verpflichtend vorgeben sollte. Zielrichtung kann dabei sowohl der Schutz vor überhöhten Preisen – insbesondere in exklusiven oder beherrschten Segmenten – sein, wie auch der Schutz vor zu niedrigen „Kampfpreisen“.<sup>1146</sup> Der erste Aspekt – zu hohe Preise, insbesondere gegenüber den Endverbrauchern – scheint primär für das Handelsrecht nicht von Bedeutung. Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass beide Aspekte häufig zusammenspielen: Die Ausbeutung der Nachfrager in einem Markt mit geringer Wettbewerbsintensität dient der Finanzierung von Preisunterbietun-

---

<sup>1142</sup> Siehe oben, S 138. Die Quersubventionierung als Problem des Wettbewerbsrecht ist zu unterscheiden von der Frage, ob auch eine subventions-/beihilfenrechtliche Problematik besteht (siehe unten, S. 261).

<sup>1143</sup> Sokol, *Express Delivery and the Postal Sector*, 23 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2003), S. 353 [361].

<sup>1144</sup> Hindley, *Trade Liberalization in Aviation Services* (2004), S. 55 f. Die Air Courier Conference of America hat sich für schärfere Disziplinen ausgesprochen, die auf den Nachweis einer Wettbewerbsschädigung verzichten. Dies kann so verstanden werden, dass als Maßstab einer Quersubventionierung nicht mehr die langfristigen Grenzkosten sondern ein höherer Wert, z.B. die „stand-alone-Kosten“, heranzuziehen sind. Dies würde letztlich ebenfalls zu einer strikten strukturellen Separierung führen, wodurch aber auch „economies of scope“, die den Verbrauchern zu Gute kommen, ausgeschaltet würden. Vgl. *Alverno/Levy, The WTO Doha Development Agenda*, in *Crew/Kleindorfer* (2004), S. 199 [208 ff.].

<sup>1145</sup> *OECD, Promoting Competition in Postal Services* (1999), S. 23. Dementsprechend hat die EU die Verpflichtung zum Erlass spezifischer Maßnahmen gegen Quersubventionen (Art. 12, 6. Spiegelstrich der RL 97/67/EG in der bisher geltenden Fassung) mit Wegfalls des reservierten Bereichs als überflüssig angesehen; vgl. Art. 1 Ziff. 14 der RL 2008/6/EG.

<sup>1146</sup> Vgl. § 20 Abs. 1 und 2 PostG. Der Fokus der Prüfung liegt dort allerdings eher auf überhöhten Preisen, vgl. § 21 Abs. 3 PostG.

gen in Wettbewerbsmärkten. Deshalb haben auch Wettbewerber ein Interesse an einer realistischen, nicht zu hohen Kappung. Die ex-ante Vorgabe von Preisen ist allerdings ein starker Eingriff in den Wettbewerb und die Freiheit des betroffenen Unternehmens, weshalb genau zu überlegen ist, in welchen Bereichen sie erforderlich ist. Soweit gesetzliche Monopole und Exklusivbereiche bestehen, ist eine strikte Entgeltregulierung angezeigt, um eine „Überkompensation“ eventueller Universaldienstpflichten zu verhindern und eine Quelle von Quersubventionierungen überhaupt nicht erst entstehen zu lassen. Ansonsten ist sie dort angezeigt, wo das allgemeine Kartellrecht nicht ausreicht, insbesondere weil die Anwendung des Missbrauchsverbotes zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen würde.<sup>1147</sup> Man kann in Übertragung der Anwendungsschwellen des neuen EU-Telekommunikationsrechts sagen, dass eine ex ante-Regulierung dort angezeigt ist, wo beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken bestehen, der Markt längerfristig nicht zu wirksamen Wettbewerb tendiert und die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um dem Marktversagen entgegenzuwirken.<sup>1148</sup> Selbst innerhalb der EU besteht aber keine Einigkeit über die angemessene Reichweite der ex-ante-Regulierung. Zu beachten ist zudem, dass auch das Telekommunikations-Referenzpapier zwar materielle Vorgaben für die Zusammenschaltungsentgelte, nicht aber eine Pflicht zur ex-ante-Regulierung enthält.<sup>1149</sup>

Gerade für den Bereich der Post- und Kurierdienstleistungen wird auch das Problem des „Exports“ von Wettbewerbsverzerrungen durch „nationale Champions“ gesehen, d.h. ehemalige Staatsunternehmen, die immer noch von Vorrechten oder Teilmonopolen profitieren, nutzen die dort erzielten Gewinne zur Expansion auf Auslandsmärkte und verzerren damit den Wettbewerb zu den „echt“ privaten Anbietern. Als Beispiel lässt sich die – nicht immer erfolgreiche – Expansion der Deutschen Post/DHL anführen.<sup>1150</sup> Ähnliches wird für die Umgestaltung der Japan Post befürchtet.<sup>1151</sup> Auf solche Fälle zielt vielleicht auch das von der Air Courier Conference of America angestrebte, umfassende Verbot von Quersubventionierungen.<sup>1152</sup> Wirksamstes Gegenmittel ist aber auch in diesem Fall die Verringerung von Spielräumen für den Export von Wettbewerbsverzerrungen durch die reziproke Öffnung des Heimatmarktes

---

<sup>1147</sup> So die Begründung des Regierungsentwurfs zum PostG, BT-Drs. 13/7774, S. 24.

<sup>1148</sup> So *Dieke/Schölermann*, Ex-ante Preisregulierung (2007).

<sup>1149</sup> Eine Regulierung von Endnutzerentgelten ist im Telekommunikationssektor die Ausnahme (vgl. § 39 TKG), da durch die Zugangspflichten dort Wettbewerber vorhanden sind, die die Spielräume des Netzbetreibers begrenzen.

<sup>1150</sup> Vgl. Entscheidung des EuG vom 20. März 2002, T-175/99: Finanzierung mit Gewinnen aus dem Monopolbereich als solches nicht problematisch. Anders wenn die Mittel über exzessive oder diskriminierende Preise oder sonst unfaire Praktiken gewonnen wurden.

<sup>1151</sup> *Cohen*, Policy Challenges and the Privatization of Japan Post (2006), S. 8 ff.; *Campbell/Porges*, How much postal reform in Japanes postal privatization?, in: *Crew/Kleindorfer/Campbell* (2008), S. 373 [378 f.].

<sup>1152</sup> *Alverno/Levy*, The WTO Doha Development Agenda, in *Crew/Kleindorfer* (2004), S. 199 [210].

unter Wettbewerbsbedingungen, geschützt durch ein WTO-Referenzpapier.<sup>1153</sup> Eine Verpflichtung des Herkunftsstaates auf wettbewerbsschützende Eingriffe oder einseitige Reaktionen im Zielland erscheinen demgegenüber weniger effektiv.

### b.) Zugangsrechte - „Essential facilities“ im Postsektor?

Im Vorschlag der EU für ein Referenzpapier im Postsektor ist eine Parallelvorschrift zu den Zusammenschaltungsregeln der Ziff. 2 RP nicht vorgesehen. Die EU scheint also davon auszugehen, dass hier selbst ein „disaggregierter“ Ansatz, bei dem einzelne monopolistische Engpassbereiche ausgemacht und einer Zugangsregulierung unterworfen werden, nicht zu den unabdingbaren Inhalten eines Regulierungsrahmens gehört. Allerdings ist auch der Postsektor durch eine vertikale Integration verschiedener Wertschöpfungsstufen gekennzeichnet, von denen einige Netzwerkcharakter haben. Dies gilt vor allen Dingen für das Zustellnetz. Denkbar wäre insoweit eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Anbieters auf Gewährung des Zugangs zu den Abgangs- oder Eingangsbriefzentren.<sup>1154</sup> In einem Markt mit funktionsfähigem Wettbewerb würde das Unternehmen von sich aus den Zugang anbieten, hier können aber Anreize bestehen, dies nicht zu tun.<sup>1155</sup> Die fehlende Bereitschaft, einen diskriminierungsfreien Netzzugang bereitzustellen, zeigt sich eindrucksvoll in den bisherigen Erfahrungen mit der Deutschen Post.<sup>1156</sup> Dabei sieht das deutsche Recht in § 28 PostG eine entsprechende Regelung vor.<sup>1157</sup> Sie soll verhindern, dass Engpasseinrichtungen auf Seiten des Marktbeherrschers die Entstehung wettbewerblicher Strukturen verhindern und zugleich zu Effizienzgewinnen durch eine Arbeitsteilung auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen führen.<sup>1158</sup>

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Zugangsverpflichtung im Postsektor erforderlich und angezeigt ist, ist unter Ökonomen allerdings umstritten.<sup>1159</sup> Relativ unbestritten ist dabei

---

<sup>1153</sup> *Cohen*, Policy Challenges and the Privatization of Japan Post (2006), S. 22 f.

<sup>1154</sup> Überblick über die Wertschöpfungskette bei *wik-Consult*, Zur Konsolidierungsdiskussion im deutschen Postmarkt (2005), S. 4 ff.

<sup>1155</sup> Vgl. *wik-Consult*, Zur Konsolidierungsdiskussion im deutschen Postmarkt (2005), S. 95. *Ambrosini/Klargaard*, Vertical Relations in the French Postal Market, in: *Crew/Kleindorfer* (2006b), S. 183 bestreiten das Vorliegen von Anreizen für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Tatsächlich bietet z.B. USPS auch ohne gesetzliche Verpflichtung schon lange entsprechende Teilleistungen an, vgl. *Thiele/Zauner*, Bedeutung des Netzzugangs im Briefmarkt, N&R 2011, S. 137 [138].

<sup>1156</sup> *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005, S. 48 ff.

<sup>1157</sup> Skeptisch zur Erforderlichkeit dieser Regelung: *Gerstner* in: Beck'scher PostG-Kommentar (2004), § 28, Rn. 6 ff.

<sup>1158</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum PostG, BT-Drs. 13/7774, S. 27.

<sup>1159</sup> Gegen Zugangspflichten: *De Bijl/van Damme/Larouche*, Regulating Access to Stimulate Competition in Postal Markets?, in: *Crew/Kleindorfer* (2006), S. 153; skeptisch auch *Van der Lijn/Meijer*, Is Mandatory Access in the Postal Sector the Key to Success?, in: *Crew/Kleindorfer* (2004), S. 87. Auf die Vorteile weisen *Kruse / Liebe*, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten (2005) und *Geradin*, Enhancing competition in the postal sector (2006), S. 9 ff. hin. Für eine sektorspezifische Zugangsregulierung auch *Montero*, Regulating Access to

zunächst, dass sich der Zustellbereich (zumindest außerhalb hochverdichteter Räume) auf Grund von Skaleneffekten (hier: „Economies of Density“) durch Subadditivität auszeichnet.<sup>1160</sup> Wesentlicher Unterschied zum Telekommunikationssektor ist allerdings, dass hier die „letzte Meile“ nicht mit irreversiblen Kosten („sunk costs“) behaftet ist. Es ist kein anderweitig nicht mehr verwendbares physisches Netzwerk zu schaffen, sondern nur die jeweils erforderliche Zahl von Zustellern zu beschäftigen. Strukturelle Markteintrittsbarrieren können insoweit höchstens aus Lernkurveneffekten (Erfahrung und Qualifikation der Zusteller) folgen, die irreversible Ausbildungs- und sonstige Anlaufkosten erforderlich machen.<sup>1161</sup> Diese sind schwer zu quantifizieren, in der Größenordnung aber jedenfalls nicht mit den Investitionen in ein Telekommunikationsnetz vergleichbar. Auch sonst weist die Zustellung – als solches betrachtet – keine großen (natürlichen) Markteintrittsbarrieren auf.<sup>1162</sup> Allerdings sind in der Realität wegen des vorherrschenden „Sending-Party-Pays“-Prinzips keine separaten Zustellmärkte anzutreffen, vielmehr liegt das Zustellnetz regelmäßig in den Händen eines vertikal hoch integrierten Ex-Monopolisten.<sup>1163</sup> Folgt hieraus für Neulinge das Erfordernis eines vertikal voll integrierten Markteintritts, so stehen einem solchen eventuell größere Hürden gegenüber. Insoweit bestünden wegen erheblicher Größenerfordernisse, gravierender Skalen- und Dichtenachteile über einen längeren Zeitraum und wegen Bestandsvorteilen des Ex-Monopolisten (z.B. Markentreue der Nutzer) erhebliche Herausforderungen für den Marktneuling. Hieraus wird teilweise geschlossen, dass Zugangsrechte notwendige Voraussetzung dafür sind, dass neu in den Markt eintretende Anbieter auch auf die Ebene der „end-to-end“-Dienstleistungen eintreten können.<sup>1164</sup> Es wird aber auch in Frage gestellt, ob Skaleneffekte als solche wirklich eine Markteintrittsbarriere darstellen.<sup>1165</sup> Entscheidend ist, ob ein ausreichender Marktanteil, wenn nicht „aus dem Stand“, so doch in angemessener Zeit zu erreichen ist. Wichtig ist dabei, wie groß der Marktanteil für die Profitabilität des Vorhabens sein muss. Dies lässt sich kaum pauschal beurteilen, da der Umfang der Skaleneffekte bei verschiedenen

---

Postal Networks in the European Union, in: Crew/Kleindorfer (2004), S. 311 [330]; bei fehlendem anderweitigen Wettbewerbsdruck auch Thiele/Zauner, Bedeutung des Netzzugangs im Briefmarkt, N&R 2011, S. 137 [143].

<sup>1160</sup> Ausführlich: Kruse / Liebe, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten (2005), S. 26 ff. Zum Begriff der Subadditivität siehe oben, S. 33.

<sup>1161</sup> So die *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005, S. 33 ff. sowie Werthmann, Staatliche Regulierung des Postwesens (2004), S. 233 ff.. Knieps, Ist das Briefbeförderungssystem eine Bottleneck-Ressource? in: Herdegen/Immenga/Knieps (2002), S. 71 [86] lässt Lernkosten nicht als irreversible Kosten gelten.

<sup>1162</sup> Dies ist relativ unstrittig, vgl. Knieps, Ist das Briefbeförderungssystem eine Bottleneck-Ressource? in: Herdegen/Immenga/Knieps (2002), S. 71 [89]; Kruse / Liebe, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten (2005), S. 54.

<sup>1163</sup> Kruse / Liebe, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten (2005), S. 67.

<sup>1164</sup> *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005, S. 13.

<sup>1165</sup> Dagegen: De Bijl/van Damme/Larouche, Regulating Access to Stimulate Competition in Postal Markets? in: Crew/Kleindorfer (2006), S. 153 [162].

Postprodukten und in unterschiedlich strukturierten Märkten verschieden ausfällt und sonstige Markt- und Regulierungsgegebenheiten (z.B. ein gesetzlicher Mindestlohn) zu berücksichtigen sind. Auch sind verschiedenste Formen des Markteintritts über Nischenmärkte, benachbarte Märkte oder geographische Teilmärkte vorstellbar und zu beobachten. Auch Newcomer von benachbarten Märkten, wie Paketanbieter oder Zeitungszustelldienste können von Verbundvorteilen („economies of scope“) profitieren.

Selbst bei bestehender Möglichkeit des Markteintritts durch Newcomer können aber – worauf Befürworter von Zugangsrechten hinweisen – volkswirtschaftliche Effizienzverluste entstehen, wenn auf die Vorteile der subadditiven Zustellung verzichtet wird. Zugespielt wird formuliert, dass eine Duplizierung der Zustellung einer volkswirtschaftlichen Ressourcenverschwendung gleich käme.<sup>1166</sup> Auf der anderen Seite besteht bei der Gewährung von Zugangsrechten allerdings die Gefahr, dass Anreize für andere Strategien und Innovationen entfallen. Auch insoweit können also Verluste an (dynamischer) Effizienz auftreten. Außerdem drohen Effizienzverluste beim Ex-Monopolisten, der einerseits keine Anreize zur effizienteren Zustellung mehr hat und andererseits seine logistischen Abläufe auch nicht mehr in gleicher Weise ändern und optimieren kann und evtl. zusätzliche Überkapazitäten bereithalten muss.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die relativen Vor- und Nachteile einer Zugangsverpflichtung jedenfalls stark von den strukturellen Gegebenheiten im jeweiligen Markt abhängen und eine generelle Regelung analog zu Ziff. 2 RP nicht angezeigt ist. Vielmehr sprechen die jeweils unterschiedlichen Gegebenheiten, die Einfluss auf die ökonomische Bewertung haben, für eine autonome Bestimmung auf nationaler Ebene.<sup>1167</sup> So überrascht es nicht, dass auch auf EU-Ebene eine allgemeine Zugangsregulierung nicht vorhanden und nicht geplant ist. Vorstellbar wäre es aber, im Referenzpapier Vorgaben für den Fall zu machen, dass eine Zugangspflicht postuliert wird.<sup>1168</sup>

Vorstellbar sind auch derivative Zugangsrechte, die sich im Grunde bereits aus dem Verbot missbräuchlichen Verhaltens ergeben können. Sie bedeuten, dass Vor- oder Teilleistungen,

---

<sup>1166</sup> *Kruse / Liebe*, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten (2005), S. 65. Jüngere Studien haben erhebliche economies of scale, density and scope ergeben, die gegen „end-to-end“-Wettbewerb und für eine Verbindung mit der Zustellung von Paketen (zumindest im ländlichen Raum) sprechen können; *Farsi/Filippini/Trinkner*, Economies of Scale, Density and Scope in Swiss Post's Mail Delivery, in: *Crew/Kleindorfer* (2006), S. 91.

<sup>1167</sup> *Wik-Consult*, Zur Konsolidierungsdiskussion im deutschen Postmarkt (2005), S. 96; *Geradin*, Enhancing competition in the postal sector (2006), S. 16; *Thiele/Zauner*, Bedeutung des Netzzugangs im Briefmarkt, N&R 2011, S. 137 [143].

<sup>1168</sup> *Geradin*, Enhancing competition in the postal sector (2006), S. 16. So könnte vorgesehen werden, dass, wenn Teilleistungen angeboten werden, die hierfür verlangten Preise auf vermiedenen Kosten beruhen müssen; vgl. Art. 12, 5. Gedankenstrich der RL 97/67 in der alten Fassung. Diese Tarifierungsvorschrift wurde mit der RL 2008/6/EG entfernt.

die bereits am Markt angeboten werden, nicht einzelnen Marktteilnehmern oder Nachfragergruppen ohne sachlichen Grund vorenthalten oder nur zu schlechteren Konditionen zugänglich gemacht werden dürfen. So müssten Großkundenrabatte für Unternehmen in gleicher Höhe auch den sogenannten „Konsolidierern“ gewährt werden.<sup>1169</sup> Ein entsprechendes Transparenz- und Diskriminierungsverbot könnte ausdrücklich in den Beispielkatalog des Referenzpapiers aufgenommen werden.<sup>1170</sup>

Unabhängig von der Zugangsfrage gibt es einzelne Komponenten der postalischen Infrastruktur, die Schnittstellencharakter haben und auf die ein gegenseitiger Zugriff erforderlich ist, um Interoperabilität zu gewährleisten. Dies betrifft eher Mechanismen der für ein Funktionieren des Marktes erforderlichen Koordination als echte Zugangsrechte.<sup>1171</sup> Besonders deutlich ist das hinsichtlich der Pflicht zur Information über Adressen und Adressänderungen, die für alle Anbieter gelten sollte. Ähnliches gilt aber auch für den Zugang zu Postfachanlagen. Für beides ist im geltenden deutschen Recht eine entsprechende Pflicht vorgesehen.<sup>1172</sup> Das wettbewerbswidrige Vorenthalten solcher Informationen oder Zugangsrechte könnte im Referenzpapier als Regelbeispiel formuliert werden.

### c.) Sonderproblem internationaler Zugang

Probleme des Zugangs zu fremden Zustellnetzen stellen sich in besonderer Weise im internationalen Postverkehr. Die Zustellung internationaler Sendungen wird unter dem Dach der UPU behandelt. Deren Organisation des grenzüberschreitenden Postverkehrs glich traditionellerweise einem „Kartell der Gebietsmonopole“.<sup>1173</sup> Dabei enthalten die Regeln bereits insoweit eine „Zugangspflicht“, als dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die Übernahme und Zustellung eingehender Briefpost und Pakete sicherzustellen, Art. 12 Weltpostvertrag.<sup>1174</sup> Hierbei handelt es sich jedoch im Ausgangspunkt um eine völkerrechtliche Kooperationspflicht und nicht um eine Marktregulierung. Dies zeigt sich besonders deutlich in den verlangten Entgelten. Vor 1969 gab es für die Zustellung eingehender internationaler Post

---

<sup>1169</sup> Vgl. Art. 12, 5. Gedankenstrich der RL 97/67 und zum Streit um die Behandlung der „Konsolidierer“ in Deutschland: EuGH, Urteil vom 6. März 2008, Rs. C-287/06 bis C-292/06, „*Deutsche Post AG*“; *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005, S. 6 ff.

<sup>1170</sup> Für eine Beschränkung auf eine solche Regelung in Europa: *Ecorys*, Development of competition in the European postal sector (2005), S. 32.

<sup>1171</sup> *Van der Lijn/Meijer*, Is Mandatory Access in the Postal Sector the Key to Success?, in: Crew/Kleindorfer (2004), S. 87 [88]; ähnl. *Knieps*, Ist das Briefbeförderungssystem eine Bottleneck-Ressource? in: Herdegen/Immenga/Knieps (2002), S. 71 [80 f.].

<sup>1172</sup> § 29 PostG; vgl. auch den neuen Art. 11 a der RL 97/67/EG in der Fassung der RL 2008/6/EG.

<sup>1173</sup> *Basedow*, Die Auswirkungen der Deregulierung im Transportwesen auf die Postdienste, in: Speckbacher (1991), S. 163.

<sup>1174</sup> So *Luff*, International Regulation of Postal Services, in: Geradin (2002), S. 39 [80]; vgl. auch *Burri-Nenova*, International Regulation of Postal Communication, in: Wolfrum (2009), Rn. 11 ff.

überhaupt keine Vergütung.<sup>1175</sup> Seitdem werden Endvergütungen („terminal dues“) ähnlich den Terminierungsentgelten im Telekommunikationssektor fällig, die auch klassischerweise nicht kostenorientiert, sondern meist zu niedrig waren. Inzwischen fand zwar eine Annäherung an die Kosten im Zielstaat statt, indem die Entgelte grundsätzlich nach einem bestimmten Prozentsatz der innerstaatlichen Entgelte berechnet werden, allerdings mit fixen Ober- und Untergrenzen.<sup>1176</sup> Auch gilt dieses System während eines Übergangszeitraums nur zwischen entwickelten Staaten, während für Entwicklungsländer ein spezielles Übergangsregime vorgesehen ist. Für den Briefverkehr mit ihnen werden weiterhin pauschale Entgelte pro Stück und pro Kilogramm berechnet, die niedriger als die kostenorientierten Tarife der Industriestaaten aber in der Regel höher als die internen Entgelte der Entwicklungsländer sind, die angeblich zur Kostendeckung nicht ausreichen. Es kommt insoweit also weiterhin zu einer Subventionierung. Unter dem Blickwinkel der Meistbegünstigungsverpflichtung des GATS sind diese UPU-Regeln problematisch.<sup>1177</sup> Überwiegend wird in der unterschiedlichen Behandlung von Industrie- und Entwicklungsländern ein Verstoß gesehen.<sup>1178</sup> Auch die Angemessenheit der sehr formalen Unterscheidung kann hinterfragt werden.<sup>1179</sup> Gleiches gilt für die pauschale Kostenbestimmung als Anteil am innerstaatlich zu entrichtenden Entgelt (z.B. 60 %), da Kosten und Entgelthöhen je nach Wettbewerbssituation erheblich voneinander abweichen können,<sup>1180</sup> sowie für die starren Ober- und Untergrenzen, die zur Folge haben, dass in vielen Industriestaaten die tatsächlichen Kosten nach wie vor nicht gedeckt werden.<sup>1181</sup>

Die verzerrten Entgeltstrukturen haben zu Arbitrage-Geschäften geführt, die versuchen, mittels „Remailing“ oder der Einschaltung sogenannter ETOEs („extra-territorial offices of exchange“) von den unterschiedlichen und nicht kostenorientierten Endvergütungen zu profitieren. „Remailing“ liegt vor, wenn Postsendungen in einem anderen als ihrem Ursprungsland

---

<sup>1175</sup> Zur Geschichte des Systems der Endvergütungen: *Campbell*, Evolution of Terminal Dues and Remail Provision, in: Geradin (2002), S. 3.

<sup>1176</sup> Dieser Prozentsatz stieg bis zum Jahr 2009 auf 68 % (Art. 29 Universal Postal Convention). Ausführlich hierzu: *Campbell/Dieke/Zauner*, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis (2010), S. 120 ff. Eine deutlich stärkere Kostenorientierung galt schon zwischen den EU-Ländern, die Vertragsparteien des sogenannten REIMS II-Abkommens sind; vgl. dazu *T.M.C. Asser Instituut*, Study of the Relationship (2004), S. 83 ff. Inzwischen wurden bereits die Nachfolgeabkommen „REIMS III“ und „REIMS IV“ ausgehandelt.

<sup>1177</sup> Wegen der Staatenmitgliedschaft in der UPU sind die Endvergütungsregeln als staatliche Maßnahme anzusehen; *Smit*, Anwendung der GATS-Prinzipien auf den Postsektor (2000), S. 21.

<sup>1178</sup> *Perrazzelli/Vergano*, Terminal Dues under the UPU Convention and the GATS, 23 *Fordham Int'l L.J.* (2000), S. 736 [740]; *T.M.C. Asser Instituut*, Study of the Relationship (2004), S. 79. Fraglich ist aber das Verhältnis der beiden Regelwerke zueinander (lex posterior, lex specialis); *Koenig/Kulenkampff et al.*, Reform des Weltpostvereins (2005), S. 108 ff. Im Ergebnis lässt sich dies wohl nicht durch eine klare Hierarchie lösen, sondern ist eine Kooperation erforderlich; *T.M.C. Asser Instituut*, Study of the Relationship (2004), S. 53.

<sup>1179</sup> *Harford/Eitan*, International Postal Arrangements, Trade and Competition Law, in: *Crew/Kleindorfer* (2004), S. 241 [248 f.].

<sup>1180</sup> *Harford/Eitan*, International Postal Arrangements, Trade and Competition Law, in: *Crew/Kleindorfer* (2004), S. 241 [247 f.].

<sup>1181</sup> *Campbell/Dieke/Zauner*, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis (2010), S. 126.

in den Postverkehr gebracht werden, um von niedrigeren Entgelten zu profitieren. Dies kann in der Form geschehen, dass Post aus Staat A nach Staat B verbracht wird, um von dort aus wieder in A zugestellt zu werden (sogenanntes „ABA-Remailing“). Es kann aber auch sein, dass die nach B verbrachten Postsendungen für Empfänger in Staat C gedacht sind („ABC-Remailing“). ETOEs hingegen sind Büros oder Einrichtungen, die ein Postunternehmen außerhalb seines Heimatstaates, d.h. auf dem Territorium eines anderen Staates errichtet, um das Geschäft auf Märkten außerhalb des Territoriums zu fördern. Unterfällt die dort ein- oder abgehende Post dem System der UPU, können die Inkonsistenzen im Endvergütungssystem ausgenutzt werden. So wurden von Entwicklungsländern ETOEs in den USA und Kanada installiert, die Post für den jeweils anderen Staat entgegennahmen, der Post im jeweiligen Zielstaat aber nur den von ihnen als Entwicklungsland zu zahlenden geringeren Endvergütungstarif bezahlten.<sup>1182</sup>

Diese Geschäfte hatten Reaktionen auf UPU-Ebene zur Folge: Im jetzigen Art. 27 der Universal Postal Convention wurde ein Remail-Verbot statuiert und in einer UPU-Resolution (Nr. C 44/2004) wurde klarstellt, dass die in ETOEs angenommene Post nicht den UPU-Regeln unterfällt und vom Zielland den innerstaatlichen Tarifen unterworfen werden kann. Diese Gegenmaßnahmen mögen bei einem bloßen Ausnutzen der unterschiedlichen Vergütungssysteme gerechtfertigt seien,<sup>1183</sup> können zugleich aber echten Wettbewerb behindern.<sup>1184</sup> So ist trotz Liberalisierung der Exportmärkte für internationale Sendungen ein Wettbewerb kaum möglich, wenn in den Zielmärkten die über ETOEs entgegengenommene Post nicht akzeptiert wird.<sup>1185</sup> Auch das als „Remailing“ gebrandmarkte Nachfragen von Postdienstleistungen in Drittstaaten kann nicht nur Umgehungsgründe haben, sondern auch auf der größeren Effizienz des Anbieters u.ä. beruhen.

Im Ergebnis vertragen sich die UPU-Regeln schlecht mit einer weiteren Umgestaltung zu Wettbewerbsmärkten. In diesen sind verschiedene Modelle internationaler Zustellung vorstellbar: bei einem liberalisiertem Zielmarkt mit mehreren „end-to-end“-Anbietern können mit diesen individuelle Tarife ausgehandelt werden, bei entsprechender Zugangsgewährung kann auch an einer „tieferen“ Stufe der Zustellkette des beherrschenden Unternehmens eingeliefert

---

<sup>1182</sup> *Harford/Eitan*, International Postal Arrangements, Trade and Competition Law, in: Crew/Kleindorfer (2004), S. 241 [251 f.]. Zu ETOEs auch: *Leong/Bahar/Papakrivopoulos*, ETOEs – Arbitrageurs or Vehicles of Change in Postal Liberalization? in: Crew/Kleindorfer (2005), S. 243.

<sup>1183</sup> Ausführlich zu den Effekten des Remailing unter dem aktuellen Terminal Dues-System: *Ghosal*, Competition in International Postal Markets, *World Competition* 25(2) (2002), S. 205.

<sup>1184</sup> *Harford/Eitan*, International Postal Arrangements, Trade and Competition Law, in: Crew/Kleindorfer (2004), S. 241 [250 ff.]; *Campbell/Dieke/Zauner*, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis (2010), S. 144.

werden, theoretisch kann auch selbst zugestellt werden oder der Zielmarktanbieter die Post bereits in Herkunftsland (über ETOEs) übernehmen.<sup>1186</sup> Eine Verpflichtung auf kostenorientierte Endvergütungen ist nur erforderlich, wenn ausländische Anbieter sich einem marktbeherrschenden Unternehmen gegenübersehen, welches allein die Zustellung bewirken kann. Ansonsten stellen Vereinbarungen über einheitliche Endvergütungen – vergleichbar der „Telmex“-Konstellation – ein (Preis-) Kartell dar.<sup>1187</sup> Deshalb spricht manches dafür, die Festlegung der Endvergütungen bei zunehmender Liberalisierung aus dem Rahmen der UPU herauszunehmen.<sup>1188</sup> Zumindest müssen dritte Anbieter die Zustellung grenzüberschreitender Postsendungen zu nicht-diskriminierenden Bedingungen, insbesondere Endvergütungen verlangen können.

#### **d.) Unabhängige Regulierungsbehörde**

Der EU-Vorschlag sieht zur Regulierungsbehörde eine Formulierung vor, die weitgehend der Ziff. 5 des Telekommunikationsreferenzpapiers entspricht. Eine entsprechende Verpflichtung wird auch im „collective request“ verlangt. Die Bedeutung einer solchen unabhängigen Instanz ist nahe liegend, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass der vorherrschende Postanbieter häufig aus demselben Arm der staatlichen Verwaltung stammt, wie der dominante Telekommunikationsanbieter. Aber auch hier stellt sich die Frage, ob eine Unabhängigkeit von den Anbietern ausreicht, zumal der Staat häufig weiterhin an diesen beteiligt ist.<sup>1189</sup> Wünschenswert wäre auch eine weitere Ausgestaltung der Mechanismen zur Sicherung der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Transparenz sowie des Rechtsschutzes.

### **5. Zwischenergebnis zu Post- und Kurierdienstleistungen**

Post- und Kurierdienstleistungen sind ein nahe liegender Kandidat für einen Regulierungsrahmen auf Basis des GATS, der sich die Erfahrungen mit dem Referenzpapier zu Basistelekommunikationsdienstleistungen zu Nutze macht. Hierfür sprechen nicht nur Ähnlichkeiten in der administrativen Geschichte und der Netzstruktur sondern auch die Erfahrungen mit den Schwierigkeiten privater Anbieter von Kurierdienstleistungen oder neuen Diensten, die sich

---

<sup>1185</sup> *Harford/Eitan*, International Postal Arrangements, Trade and Competition Law, in: *Crew/Kleindorfer* (2004), S. 241 [252].

<sup>1186</sup> Insbesondere bei Übernahmen einer Marktzugangspflicht sind „end-to-end“-Dienstleistungen durch konkurrierenden Anbieter unter Umgehung des Terminal Dues-Systems möglich; *Luff*, International Regulation of Postal Services, in: *Geradin* (2002), S. 39 [80].

<sup>1187</sup> Vgl. Freistellungsentscheidung der Kommission zu REIMS II vom 24. Oktober 2003, Abl. EG L 56 vom 24.02.2004, S. 76.

<sup>1188</sup> So auch bisher die Verhandlungsposition der Bundesrepublik laut *Koenig/Kulenkampff et al.*, Reform des Weltpostvereins (2005), S. 58. *Campbell/Dieke/Zauner*, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis (2010), scheinen angesichts der bescheidenen Erfolge der Doha-Runde eher Hoffnungen auf weitere Reformen im Rahmen des kommenden UPU-Kongress zu setzen, der 2012 – ebenfalls in Doha – stattfindet.

<sup>1189</sup> Vgl. *Geradin*, Enhancing competition in the postal sector (2006), S. 6 zum europäischen Recht.

den Absicherungs- und Expansionsbestrebungen des Universaldienstanbieters gegenüber sehen. Dies verlangt Sicherungsmechanismen unabhängig davon, inwiefern auch die klassischen Basis-Postdienstleistungen dem Wettbewerb geöffnet werden. Für eine, wenn auch zögerliche Öffnung spricht aber die Entwicklung in wichtigen Volkswirtschaften. Die Missbrauchsmöglichkeiten und –strategien des nationalen Ex-Monopolisten sind dem Telekommunikationssektor durchaus vergleichbar. Ein bedeutender Unterschied liegt aber in der Frage des Netzzugangs bzw. der Zusammenschaltung, die ein Kernelement des Referenzpapiers zu Basistelekommunikationsdienstleistungen bildet. Hier scheinen im Postsektor deutlich zurückhaltendere Regeln angebracht. Insofern stellt sich auch der Konflikt zwischen der Zugangseröffnung und dem Schutz dynamischer Effizienzen nicht in gleicher Weise. Vergleichbare Probleme ergeben sich allerdings wiederum für die genuin grenzüberschreitenden Dienstleistungen, die Zustellung über Landesgrenzen hinaus. Eine Einbeziehung dieser bisher von der UPU behandelten Materie und eine weitere Annäherung an Wettbewerbsbedingungen scheinen unvermeidbar. Damit stellt sich die Frage der „Arbeitsteilung“ zwischen den Regelungsforen, insbesondere auch im Hinblick auf den im 2. Abschnitt behandelten Universaldienst.

## II. Weitere Kandidaten für sektorspezifische Regulierung

In der Diskussion um die Fortentwicklung des GATS und als Reaktion auf den Erfolg des Referenzpapiers wurden zahlreiche weitere Sektoren genannt, die sich für eine ähnliche sektorspezifische Regulierung eignen würden. Diese sollen in der Folge kurz vorgestellt werden, zeigen sie doch, dass das Bedürfnis nach flankierenden wettbewerbsschützenden bzw. –fördernden Regeln keine Besonderheit des Telekommunikations- oder Postsektors ist.<sup>1190</sup>

---

<sup>1190</sup> Der relative Erfolg des Referenzpapiers hat dazu geführt, dass ein solches auch für Sektoren vorgeschlagen wurde, bei denen die Übertragbarkeit nicht unbedingt auf der Hand liegt. Es geht diesen Vorschlägen mitunter auch weniger um die konkreten Inhalte des Referenzpapiers als vielmehr um die grundsätzliche Idee. So wurde beispielsweise ein Referenzpapier für Vertriebsdienstleistungen angeregt; vgl. *Kearns*, International Competition Policy and the GATS, 22 U. Pa. Int'l Econ. L. 285, siehe auch *Commerce Global Union*, The Impact of GATS 2000 on Retail and Wholesale Trade, Background Document. Dabei handelt es sich um einen Sektor mit im Grundsatz funktionierendem Wettbewerb; vgl. *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 238; *Scherer*, Retail Distribution Channel Barriers to International Trade, 67 Antitrust L.J. (1999), S. 77. In Bezug auf audiovisuelle Medien wünschen sich manche, dass Wettbewerbsregeln – auch oder gerade im Interesse kultureller Diversität – vor zunehmender horizontaler und vertikaler Konzentration und dem Missbrauch beherrschender Stellungen schützen; *Graber*, Audiovisual Media and the Law of the WTO, in: Graber/Girsberger/Nenova (2004), S. 15 [61 f.]. Auch in einem Vorschlag zu einem Annex im Bereich Tourismus ist die Einführung von „Competitive Safeguards“ enthalten; Communication by Bolivia, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru and Venezuela, *Draft Annex on Tourism*, WTO-Dok. S/CSS/W/107 vom 26. September 2001. Angesichts des „Ent-Monopolisierungs-Hintergrunds“ des Referenzpapiers ist sogar eine generelle Übertragbarkeit der dort enthaltenen Regeln für marktbeherrschende Anbieter auf ehemals planwirtschaftlich gelenkte Volkswirtschaften vorstellbar; vgl. die Überlegungen von *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [381], der allerdings für ein breiteres, allgemeines Wettbewerbsabkommen plädiert.

## 1. Energiedienstleistungen (Strom, Gas)

Dienstleistungen rund um die Gewinnung, den Transport und die Vermarktung von Energie bilden einen Bereich, der in der WTO bisher aus verschiedenen Gründen kaum auf der Agenda stand. Noch während der Uruguay-Runde wurde der Energiesektor in weiten Teilen von Staatsunternehmen dominiert, die primär in ihrem nationalen Heimatmarkt tätig waren. Im GATS wurden dementsprechend kaum Verpflichtungen übernommen.<sup>1191</sup>

Seither gab es jedoch in vielen Staaten deutliche Veränderungen in der Eigentümerstruktur und dem Regulierungsregime.<sup>1192</sup> Es ist auch ein gestiegenes Interesse an gesicherten Regeln für den Handel und für Investitionen festzustellen.<sup>1193</sup> Hier kann ein multilateraler Rahmen, wie ihn das GATS bietet, ein geeigneter Ausgangspunkt sein. So hat auch der Generaldirektor der WTO, Pascal Lamy, in einer Rede vor dem 20. Weltenergiekongress betont, dass vorhersehbare und transparente Regeln energieimportierenden wie -exportierenden Staaten sowie den am Energiehandel beteiligten Unternehmen und den Verbrauchern Vorteile bringen und die WTO in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle spielen könne. Er hat darauf verwiesen, dass mit der Entbündelung integrierter Staatsunternehmen und in Folge technologischer Entwicklungen zunehmend Raum für private Akteure besteht und damit die Bedeutung von Energiedienstleistungen auch für die WTO zugenommen habe.<sup>1194</sup>

Der Sektor lässt sich aber nicht ohne weiteres in das bestehende GATT/GATS-System einfügen. Schwierigkeiten folgen bereits daraus, dass der Energieträger selbst regelmäßig eine Ware ist oder zumindest als Ware behandelt wird und damit dem GATT unterfällt – Belieferung, Verkauf etc., die sogenannten „downstream activities“, aber Dienstleistungen im Sinne des GATS sind.<sup>1195</sup> Zwar sind begleitende Dienstleistungen auch in anderen Bereichen des Warenhandels nicht ungewöhnlich. Hier aber ist die Unterscheidung zwischen der Herstellung oder Gewinnung des Produktes und den selbständigen Dienstleistungen weitgehend unklar, zumal wenn immer mehr früher selbst erbrachte Dienstleistungen im Wege des „Outsourcing“ an Dritte delegiert werden.<sup>1196</sup> So wird beispielsweise Strom inzwischen von den meisten

---

<sup>1191</sup> Vgl. im Einzelnen *Evans*, Strengthening Commitments in Energy Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 167 [174].

<sup>1192</sup> *Evans*, Strengthening Commitments in Energy Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 167 [168 f.]; *Cossy*, The liberalization of energy services, in: Marchetti/Roy (2008), S. 405 [406 ff.].

<sup>1193</sup> Dies hat sich bereits in den neunziger Jahren im Abschluss der sogenannten Energiecharta niedergeschlagen. Dazu: *Meggiolaro/Vergano*, Energy Services in the Current Round of WTO Negotiations, Int. T.L.R. 11(3) (2005), S. 97 [102]; *Albath*, Handel und Investitionen in Strom und Gas (2005), S. 23 ff., 139 ff.

<sup>1194</sup> *Pascal Lamy*, Doha Round will benefit energy trade, Rede vom 15. November 2007.

<sup>1195</sup> Zu den geltenden Regeln im Handels- und Investitionsrecht für die Sektoren Strom und Gas, vgl. *Albath*, Handel und Investitionen in Strom und Gas (2005).

<sup>1196</sup> Zu den diversen abgespalteten oder abspaltbaren Dienstleistungen im Öl- und Gasgeschäft siehe die Übersicht bei *Musselli/Zarrilli*, Oil and Gas Services, JIEL 8(2) (2005), S. 551 [555].

WTO-Mitgliedern als Ware behandelt.<sup>1197</sup> Was das aber für das Niederlassungsrecht und den Netzzugang der zunehmend wichtigen unabhängige Stromproduzenten heißt, ist weitgehend unklar.<sup>1198</sup> Insgesamt ist bisher im Einzelnen nicht geklärt, welche Energiedienstleistungen es überhaupt gibt.<sup>1199</sup>

Ein Abkommen in diesem Bereich sieht sich weiteren Schwierigkeiten gegenüber. Zunächst waren wichtige Energielieferanten, insbesondere Russland, bisher nicht WTO-Mitglied bzw. sind wie z.B. Saudi-Arabien erst vor relativ kurzer Zeit beigetreten. Ein Stolperstein für künftige Verhandlungen wird auch die fehlende Bereitschaft zur einseitigen Marktöffnung und das Aufbringen einer kritischen Masse an liberalisierungswilligen Staaten sein.<sup>1200</sup> Gerade angesichts der derzeit verstärkt wahrgenommenen strategischen Bedeutung des Zugangs zu Energie erscheint es nicht sehr wahrscheinlich, dass die Staaten sich auf Wettbewerbsprinzipien verpflichten lassen, auch wenn diese allein Annexdienstleistungen und nicht den Zugang zur Energie selbst betreffen.<sup>1201</sup>

Für die vorliegende Untersuchung von Interesse ist aber, dass wettbewerbsbehindernde Strukturen und Verhaltensweisen auch als eine Herausforderung für die Liberalisierung von Energiedienstleistungen gesehen werden. So haben sich neben verschiedenen Literaturstimmen auch die Vereinigten Staaten für ein Referenzpapier in diesem Bereich ausgesprochen.<sup>1202</sup> Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es sich hier wie bei der Telekommunikation um einen hochregulierten Sektor handle, der zwar einen Deregulierungsprozess durchlaufe, häufig aber noch von der Vorherrschaft großer Anbieter aus Monopoltagen gekennzeichnet sei. Der Vorschlag der USA sieht als Inhalt eines Regulierungsrahmens unter anderem die Verpflichtung auf diskriminierungsfreien Zugang und die Zusammenschaltung mit Energienetzwerken und Stromnetzen vor, soweit diese von staatlichen Einrichtungen oder marktbeherrschenden

---

<sup>1197</sup> Poretti/Rios-Herran, A Reference Paper on Energy Services, MJIL 3(1) (2006), S. 2 [16]; Luff, Multilateral Trade Issues and Liberalization, in: Geradin (2000), S. 331 [338]. Zu der Diskussion: Albatth, Handel und Investitionen in Strom und Gas (2005), S. 86 ff.

<sup>1198</sup> Evans, Strengthening Commitments in Energy Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 167 [176 f.].

<sup>1199</sup> Zu den Klassifizierungsproblemen: Evans, Strengthening Commitments in Energy Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 167 [174 ff.]; Meggiolaro/Vergano, Energy Services in the Current Round of WTO Negotiations, Int. T.L.R. 11(3) (2005), S. 97 [102 f.]; Musselli/Zarrilli, Oil and Gas Services, JIEL 8(2) (2005), S. 551 [558 ff.].

<sup>1200</sup> Poretti/Rios-Herran, A Reference Paper on Energy Services, MJIL 3(1) (2006), S. 2 [45 ff.] sehen die Aufnahme eines Reziprozitätserfordernisses in die Verpflichtungen als Möglichkeit an, das „free rider“-Problem zu überwinden. Die Vereinbarkeit solcher Vorbehalte mit dem Meistbegünstigungsprinzip ist aber zweifelhaft.

<sup>1201</sup> Nach Musselli/Zarrilli, Oil and Gas Services, JIEL 8(2) (2005), S. 551 [579] herrscht insb. bei den OPEC-Staaten eine diffuse Furcht vor einem Übergreifen von Wettbewerbsgedanken auf die Ölmarkt selbst.

<sup>1202</sup> WTO-Dok.: S/CSS/W/24 vom 18. Dezember 2000; ähnlich der Vorschlag von Norwegen, S/CSS/W/59 vom 21. März 2001. Allgemein für einen wettbewerbsfördernden Regulierungsrahmen spricht sich auch die EU aus, S/CSS/W/60 vom 23. März 2001. In der Literatur: Evans, Strengthening Commitments in Energy Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 167 [177 ff.]; Musselli/Zarrilli, Oil and Gas Services, JIEL 8(2) (2005), S. 551 [577 ff.]; Poretti/Rios-Herran, A Reference Paper on Energy Services, MJIL 3(1) (2006), S. 2 [35 ff.].

Anbietern kontrolliert werden. Desweiteren soll es eine Verpflichtung auf unabhängige Regulierungsinstanzen und auf Maßnahmen gegen bestimmte wettbewerbswidrige Praktiken in diesen Sektoren geben. Auch Pascal Lamy hat das Bestehen natürlicher Monopole und die Rolle von Staatsunternehmen als Besonderheit des Energiesektors benannt und in dem Fehlen von Wettbewerbsregeln und allgemeiner Disziplinen für das Vergabewesen mögliche Schwächen der bestehenden Regeln gesehen.<sup>1203</sup>

Tatsächlich sind in Bezug auf Netzinfrastrukturen die Parallelen zum Telekommunikationssektor besonders augenfällig.<sup>1204</sup> Es sind im Energiesektor aber eine Vielzahl möglicher Engpasseinrichtungen, z.B. auch in Gestalt von Verladeterminals für „liquefied natural gas“ (LNG), vorstellbar, was dafür sprechen könnte, Disziplinen nicht auf die Netzzusammenschaltung zu beschränken, sondern weitergehend den Zugang zu wesentlicher Energieinfrastruktur im Sinne der „essential facilities“-Doktrin zu verlangen.<sup>1205</sup> Daneben ist angesichts der Rolle von Staatsunternehmen eine unabhängige Regulierungsinstanz wichtig und stellen sich auch hier die im folgenden Abschnitt behandelten Fragen des universellen Zugangs (Universaldienst).<sup>1206</sup> Für die weitere Ausgestaltung wurden ebenfalls Regeln über die vertikale strukturelle Trennung von Produktion, Transport und Vertrieb<sup>1207</sup> und genauere Disziplinen gegen die Quersubventionierung diskutiert.<sup>1208</sup>

## 2. Transportdienstleistungen

Für den Wirtschaftszweig der internationalen Transportdienstleistungen, d.h. in erster Linie die entsprechenden See- und Luftverkehrsdienstleistungen, konnte das GATS bisher keine bedeutende Rolle spielen. Für diese internationalen Dienstleistungen „par excellence“ haben sich aufgrund wirtschaftlicher Besonderheiten und politischer Vorbehalte, im Luftverkehr auch als Folge des Prinzips der nationalen Luftsouveränität Regelungssysteme mit teilweise komplexem Eigenleben herausgebildet.<sup>1209</sup> Die Unterstellung unter das GATS würde einen Bruch mit diesen gewachsenen Strukturen bedeuten, zu dem die Mitgliedstaaten bisher nicht bereit waren. Die Marktteilnehmer haben sich ihrerseits – z.B. durch die Bildung von Konsor-

---

<sup>1203</sup> *Pascal Lamy*, Doha Round will benefit energy trade, Rede vom 15. November 2007.

<sup>1204</sup> *Evans*, Liberalizing Global Trade in Energy Services (2002); *Poretti/Rios-Herran*, A Reference Paper on Energy Services, MJIL 3(1) (2006), S. 2 [23 f.].

<sup>1205</sup> *Evans*, Strengthening Commitments in Energy Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 167 [178]; *Musselli/Zarrilli*, Oil and Gas Services, JIEL 8(2) (2005), S. 551 [578]; *Poretti/Rios-Herran*, A Reference Paper on Energy Services, MJIL 3(1) (2006), S. 2 [37 ff.].

<sup>1206</sup> *Miroudot/Pinali/Sauter*, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 47 ff.

<sup>1207</sup> *Musselli/Zarrilli*, Oil and Gas Services, JIEL 8(2) (2005), S. 551 [578].

<sup>1208</sup> *Poretti/Rios-Herran*, A Reference Paper on Energy Services, MJIL 3(1) (2006), S. 2 [41].

<sup>1209</sup> Zum Luftverkehr: *Hindley*, Trade Liberalization in Aviation Services (2004); *Wiebel*, Probleme einer multilateralen Liberalisierung des Luftverkehrs (2006); *Latrille*, Air transport liberalization: a world apart, in: *Marchetti/Roy* (2008), S. 264; *Köbele*, Annex on Air Transport Services, in: *Wolfrum et al.* (2008), Rn. 2 ff.

tien und Allianzen – in den bestehenden, nicht dem „reinen“ Wettbewerbsmodell entsprechenden Verhältnissen eingerichtet und üben nur mäßigen Druck auf Veränderungen aus.<sup>1210</sup>

Die im Referenzpapier angesprochenen Punkte des Wettbewerbsschutzes, des Universaldienstes, der Lizenzierungskriterien, unabhängiger Regulierer und der Zuteilung begrenzter Ressourcen haben aber alle auch Relevanz für die Transportsektoren. Dies gilt sogar für die Zusammenschaltung, wenn sie auf das allgemeinere Phänomen „wesentlicher Einrichtungen“ zurückgeführt wird, die hier Häfen und Flughäfen wären.<sup>1211</sup>

Häfen können wegen begrenzter Kapazitäten und Ausweichmöglichkeiten einen geradezu klassischen Fall der „wesentlichen Einrichtung“ darstellen.<sup>1212</sup> Dabei kann es durchaus unterschiedliche Modelle von Wettbewerb auf unterschiedlichen Stufen der Infrastruktur geben. So können Häfen, die hinreichend nahe beieinander liegen, miteinander im Wettbewerb stehen, innerhalb eines Hafens kann Wettbewerb zwischen verschiedenen Terminals, aber auch innerhalb eines Terminals kann Wettbewerb zwischen verschiedenen Dienstleistungsanbietern bestehen. Gibt es nur einen Anbieter, so ist schließlich Wettbewerb um das exklusive Recht der Dienstleistungserbringung vorstellbar.<sup>1213</sup> Das angezeigte Modell hängt maßgeblich von der Größe, dem Umfeld, aber auch dem Entwicklungsstand des Hafens ab. Wichtig ist in jedem Fall die Schaffung einer unabhängigen Regulierungsinstanz, die vom Betrieb des Hafens losgelöst ist.<sup>1214</sup> Bei einer zunehmenden Einbindung privater Anbieter von Hafendienstleistungen drohen zudem typische Fälle missbräuchlichen Verhaltens wie überhöhte Preise oder Bündelungspraktiken.

Im Luftverkehr stellt die Vergabe von „Slots“, d.h. von Start- und Landerechten an Flughäfen ein zentrales Problem dar.<sup>1215</sup> Flughafenbetreiber stehen in den meisten Fällen direkt oder indirekt unter dem Einfluss staatlicher Stellen und unterliegen in jedem Fall einer engen Regulierung. Die Vergabe der Slots bewegt sich damit vielfach in einem Graubereich zwischen

---

<sup>1210</sup> Hindley, Trade Liberalization in Aviation Services (2004), S. 57.

<sup>1211</sup> Janda, GATS Regulatory Disciplines Meet Global Public Goods, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 109 [121]. Das Referenzpapier als „Prototyp“ sieht auch Balasubramaniam, Market Acces and the GATS Air Transport Annexure, 72 J.Air L. & Com. (2007) 45 [57 f.].

<sup>1212</sup> Vgl. die „Hafen-Entscheidungen“ der Europäischen Kommission: KOMM. 11.06.1992, Az. IV/34 174 (nicht im ABl. veröffentlicht), 5 CMLRev (1992) 255, „Sealink I“; KOMM. 21.12.1993, ABl. 1994 Nr. L 15, S. 8 ff. „Sealink II“; KOMM. 21.12.1993, ABl. 1994 Nr. L 55, S. 52 ff. „Hafen von Rodby“. Die Nutzung von Hafendiensten zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen war als „dritte Säule“ bereits Teil der Verhandlungen über Seeverkehrsdienstleistungen, die allerdings zu keinem Ergebnis führten; vgl. Parameswaran, The Liberalization of Maritime Transport Services (2004), S. 342 f.

<sup>1213</sup> Miroudot/Pinali/Sauter, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 42 ff.

<sup>1214</sup> Miroudot/Pinali/Sauter, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 44.

<sup>1215</sup> Balasubramaniam, Market Acces and the GATS Air Transport Annexure, 72 J.Air L. & Com. (2007) 45 [51].

marktförmlichen Leistungsaustausch und exekutiver Rechtezuweisung.<sup>1216</sup> Hier drohen gleichermaßen staatliche Diskriminierungen zu Gunsten der „flag carrier“ wie auch privater Missbrauch von Monopolmacht, letzteres insbesondere, wenn die Infrastruktur komplett in privater Hand liegt.<sup>1217</sup> Die Abfertigungsdienstleistungen am Boden (ground handling) werden vielfach schon im Wettbewerb erbracht – dieser Prozess könnte durch eine Aufnahme in das GATS abgesichert und vertieft werden.<sup>1218</sup>

Im Bereich des internationalen Seetransports zeigen sich aber auch die Grenzen eines Wettbewerbsrahmens nach dem Vorbild des Referenzpapiers. Hier hat sich, soweit es sich um Stückgutverkehr handelt, in langer Übung eine Praxis der Preis- und Konditionenabsprachen in sogenannten „Linienkonferenzen“ herausgebildet.<sup>1219</sup> Diese waren nicht nur Folge des beschränkten staatlichen Zugriffs auf „Hoher See“, sondern können auch als eine Art privatwirtschaftliche Bewältigung internationaler Koordinierungsprobleme gesehen werden. Sie wurden in den nationalen Wettbewerbsordnungen „wohlwollend“ betrachtet und profitierten von weitgehenden Freistellungen, die ihrerseits nicht nur auf Jurisdiktionsproblemen, sondern auch auf der Vorstellung beruhten, dass die Konferenzen Unsicherheiten begrenzen, für Stabilität sorgen und den internationalen Handel (wie die nationale Handelsflotte) stützen. Die Einhaltung der Vereinbarungen wurde in den USA sogar durch eine staatliche Stelle, die Federal Maritime Commission, überwacht.<sup>1220</sup> Seit einigen Jahren wurde das System der Linienkonferenzen jedoch zunehmend als Problem und Grund für überhöhte Kosten des internationalen Transports ausgemacht.<sup>1221</sup> In den USA wurde der Shipping Act of 1984 mit dem U.S. Ocean Shipping Reform Act of 1998 reformiert, der zwar die Antitrust-Immunität beibehält, aber zumindest Abweichungen von den Kartellpreisen erleichtert.<sup>1222</sup> In der EU endete die Freistellung der Linienkonferenzen vom Kartellverbot zum 18. Oktober 2008.<sup>1223</sup> Auf Linien

---

<sup>1216</sup> Hindley, Trade Liberalization in Aviation Services (2004), S. 17 ff.

<sup>1217</sup> So plant Brasilien die Privatisierung zweier großer Flughäfen, um den großen Nachholbedarf in der Infrastruktur bis zur anstehenden Fussballweltmeisterschaft 2014 zu bewältigen, vgl. Handelsblatt vom 15.09.2008, S. 14.

<sup>1218</sup> Abeyratne, Ground Handling Services as a Trade Barrier, JWT 42(2) (2008), S. 261.

<sup>1219</sup> Vgl. dazu Oeter, Liner Conferences, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.), E.P.I.L., Bd. III, 1997, S. 223 ff.

<sup>1220</sup> Fink/Mattoo/Neagu, Trade in International Maritime Services, The World Bank Economic Review 16(1), S. 81 [87].

<sup>1221</sup> Fink/Mattoo/Neagu, Trade in International Maritime Services, The World Bank Economic Review 16(1), S. 81 [101 f.].

<sup>1222</sup> Fink/Mattoo/Neagu, Trade in International Maritime Services, The World Bank Economic Review 16(1), S. 81 [87].

<sup>1223</sup> Im September 2006 beschloss der Rat die Aufhebung der in der VO 4056/86 enthaltenen Freistellung vom Kartellverbot. Zugleich wurde der Anwendungsbereich der VO 1/2003 auf Kabotage- und Trampdienste erweitert. Als Orientierungshilfe hat die Kommission Leitlinien für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Seeverkehrsdienstleistungen angenommen (SEK (2008) 2151). Noch ausstehend ist die Reform der Freistellungsverordnung für Schifffahrtkonsortien (VO 823/2000), die am 25. April 2010 außer Kraft tritt. Sie soll nicht abgeschafft, aber an die anderen horizontalen Freistellungsverordnungen angepasst werden. Vgl. zum Ganzen auch die Pressemitteilung vom 1. Juli 2008, IP/08/1063.

von und nach Europa sind keine entsprechenden (Preis)-Kartelle, sondern nur noch ein eingeschränktes Marktinformationssystem möglich. Dass mit dem Ende der rechtlichen Privilegien auch die jahrzehntelang eingeübten Praktiken enden, wird man nicht ohne weiteres annehmen können. Hier wird sich auch – zumindest für kleinere Staaten – die Frage nach der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln stellen. In der Literatur wurde vorgeschlagen, ein Recht ausländischer Verbraucher vorzusehen, wettbewerbswidrige Praktiken in den Ländern vor Gericht zu bringen, deren Staatsangehörige die jeweilige Schifffahrtlinie besitzen oder kontrollieren.<sup>1224</sup> Die Eignung eines Referenzpapiers scheint insoweit aber zweifelhaft.<sup>1225</sup> Dieses müsste Reedereien oder sonstigen Transportdienstleistern, auch soweit sie nicht über essentielle Infrastruktur verfügen, wettbewerbswidriges Handeln verbieten. Es würde damit aber nicht den Handel mit Dienstleistungen und den Marktzugang von Dienstleistungsanbietern absichern, sondern eher die Nutzer solcher Dienstleistungen schützen und nicht-tarifäre Barrieren für den internationalen Warenhandel bekämpfen.

### 3. Umweltdienstleistungen (Abwasser, Müllabfuhr)

Im Bereich der umweltbezogenen Infrastrukturdienstleistungen sind in vielen Entwicklungs- und Schwellenländer große Investitionen erforderlich und ausländisches Know-How gefragt, so dass diese aus Sicht westlicher Dienstleistungskonzerne als attraktives Betätigungsfeld angesehen werden können.<sup>1226</sup> Dabei funktionieren sogenannte Umweltdienstleistungen häufig nicht ohne weiteres als Märkte. Sei es, dass sie wie die Abwasserentsorgung von physischen Netzwerken abhängig sind, die Eigenschaften natürlicher Monopole aufweisen, sei es, dass sie wie die Abfallentsorgung als öffentliche Güter angesehen werden können oder zumindest in Teilen deren Eigenschaften haben.<sup>1227</sup>

Bei einer Abkehr von der staatlichen oder kommunalen Eigenbringung dieser Dienstleistungen ist eine wettbewerbsstärkende Regulierung erforderlich, die von GATS-Verpflichtungen zwar nicht ersetzt aber durchaus unterstützt werden kann.<sup>1228</sup> Es geht dabei allerdings eher um

---

<sup>1224</sup> *Fink/Mattoo/Neagu*, Trade in International Maritime Services, The World Bank Economic Review 16(1), S. 81 [102 f.].

<sup>1225</sup> Skeptisch auch *Parameswaran*, The Liberalization of Maritime Transport Services (2004), S. 356 ff.

<sup>1226</sup> *Cossy*, Environmental Services and the GATS, in: Herrmann/Terhechte (2011), S. 239; speziell zu Indien: *Sawhney/Chanda*, Trade in Environmental Services, ICRIER 2004.

<sup>1227</sup> Die Abfallentsorgung zeitigt positive externe Effekte, da von Sauberkeit und Gesundheitsvorsorge alle profitieren; *Krajewski*, Environmental Services of General Interest, JEEPL 2004, 103 [108]; *Sawhney/Chanda*, Trade in Environmental Services, ICRIER 2004, S. 2 f.

<sup>1228</sup> *Krajewski*, Environmental Services of General Interest, JEEPL 2004, 103 [115]. Skeptisch: *Simpson*, Environmental Services and Competition, RECIEL 15(2) (2006), S. 160.

den „Wettbewerb um den Markt“, <sup>1229</sup> Universaldienste und staatliche Ausgleichszahlungen, die im 2. Abschnitt der vorliegenden Arbeit behandelt werden, weniger um wettbewerbsbeschränkendes Verhalten Privater. <sup>1230</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Die hier angeführten Sektoren, für die ein Regulierungsrahmen nach dem Vorbild des Referenzpapiers vorgeschlagen oder gefordert wird, bestätigen die eingangs getroffene Feststellung, dass in vielen Dienstleistungsbereichen mit einer bloßen Öffnung der Grenzen für ausländische Anbieter nicht viel gewonnen ist, sondern aufgrund der Regulierungsgeschichte, der Marktstruktur und aufgrund monopolistischer Engpasseinrichtungen Wettbewerbsdefizite (fort-) bestehen, die ein regulatorisches Gegensteuern auch im Interesse ausländischer Anbieter erfordern. Der relative Erfolg des Referenzpapiers im Vergleich zu allen anderen Versuchen, Wettbewerbsregeln auf internationaler Ebene zu verankern, erklärt, wieso dieses regelmäßig als Vorbild herangezogen wird. Die angesprochenen Sektoren zeigen aber auch, dass die Aussichten für eine baldige Liberalisierung und das Gewicht, das private Wettbewerbsbeschränkungen im Vergleich zu eher klassischen staatlichen Maßnahmen mit handelsbeschränkender Wirkung spielen, sehr unterschiedlich sind. Was die Vorstellungen vom Inhalt eines Regulierungsrahmens betrifft, lassen sich bestimmte wiederkehrende „Motive“ wie die Disziplinierung marktbeherrschender Anbieter, insbesondere solcher, die über wesentliche Infrastruktureinrichtungen verfügen, oder die Schaffung unabhängiger Regulierungsinstanzen ausmachen. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Sektoren auch in den wirtschaftlichen Gegebenheiten und den konkreten Wettbewerbsgefährdungen z.T. erheblich voneinander unterscheiden.

---

<sup>1229</sup> Die Einbindung Privater in die Erbringung solcher Dienstleistungen kann von Management-Verträgen über Build-Operate-Transfer-Vereinbarungen und alle Formen öffentlich-privater Partnerschaften bis hin zu vollständiger Privatisierung reichen; *Sawhney/Chanda*, Trade in Environmental Services, ICRIER 2004, S. 9 ff.

<sup>1230</sup> Auf Seiten der Entwicklungs- und Schwellenländer sind allerdings auch Ängste vor wettbewerbswidrigem Verhalten der in diesem Bereich tätigen westlichen Konzerne verbreitet; siehe *Sawhney/Chanda*, Trade in Environmental Services, ICRIER 2004, S. 32.

### C. Übertragung von Grundprinzipien auf die horizontale Ebene des GATS?

Trotz der festgestellten Unterschiede stellt sich schon in Anbetracht der geschilderten Vielzahl diskutierter Anwendungsfälle für ein Referenzpapier die Frage, ob die sektorspezifische „Re-Regulierung“ der richtige Weg oder nicht vielmehr die Aufnahme horizontaler Wettbewerbs- bzw. Regulierungsstandards in das GATS selbst anzustreben ist. Wenn es sich um inhaltlich ähnliche Herausforderungen und Regelungsbedürfnissen handelt, insbesondere um ähnliche Formen des Marktversagens, liegt es nahe, nach übergreifenden und inhaltlich konsistenten Lösungen zu suchen.<sup>1231</sup> Dabei soll hier nicht die Diskussion um Sinn oder Unsinn eines allgemeinen Wettbewerbsabkommens wiederholt werden. Die Frage kann vielmehr nur lauten, ob sich übergreifende Regeln zur Herstellung der Bestreitbarkeit von Dienstleistungsmärkten finden lassen.

Anzumerken ist zunächst, dass die ständige Spannung zwischen allgemeinen und sektorspezifischen Ansätzen das GATS ganz generell kennzeichnet. Die jeweiligen Vor- und Nachteile wurden schon in den Verhandlungen der Uruguay-Runde diskutiert. Auf der einen Seite stand und steht die Erwartung, dass ein umfassender Ansatz den „rule- or principle-oriented approach“ stärken würde, während sektorielle Verhandlungen eher „result- or power-oriented“ wären.<sup>1232</sup> Auf der anderen Seite erlauben sektorielle Regeln eine Berücksichtigung der Branchenbesonderheiten. Auch haben sie sich faktisch vielfach als einzig gangbarer Weg erwiesen, um überhaupt zu Ergebnissen zu kommen.<sup>1233</sup> So kam es zu der Aushandlung sektorieller Regeln im Telekommunikationssektor denn auch eher aus Verlegenheit, denn aus Vorsatz – Verhandlungen über allgemeine Wettbewerbsregeln waren seinerzeit schlicht nicht Teil der Agenda.<sup>1234</sup> Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend kurz auf die Vor- und Nachteile horizontaler Regeln (hierzu unter I.) und die diskutierten Ansätze für horizontale Grundprinzipien (hierzu unter II.) eingegangen werden.

#### I. Vor- und Nachteile horizontaler Regeln

Das größte Problem des bisher vorgestellten sektoriellen Ansatzes dürfte in der Gefahr einer Fragmentierung und Inkonsistenz der in verschiedenen Referenzrahmen und Verpflichtungs-

---

<sup>1231</sup> Vgl. zur Diskussion um eine Vereinheitlichung des Regulierungsrechts in Deutschland: *Burgi*, Übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung – Realisierung der Kodifikationsidee?, NJW 2006, 2439.

<sup>1232</sup> *Zdouc*, Legal Problems Arising under the GATS (2002), S. 54.

<sup>1233</sup> Aus diesem Grund wurde eine Aufspaltung nach Sektoren oder Teilnehmern (im Sinne einer „WTO der zwei Geschwindigkeiten“) auch in Bezug auf allgemeine Wettbewerbsregeln diskutiert; *Conrad*, Die Notwendigkeit, die Möglichkeiten und die Grenzen einer internationalen Wettbewerbsordnung, S. 227.

<sup>1234</sup> *Mavroidis/Neven*, The WTO Agreement on Telecommunications, in: Geradin (2000), S. 307 [311].

listen enthaltenen Inhalte liegen.<sup>1235</sup> Diese Gefahr droht insbesondere vor dem Hintergrund des Positivlistenansatzes im GATS. Hier werden mitunter Sektoren untergliedert und mit unterschiedlichen Liberalisierungsverpflichtungen versehen, die wirtschaftlich „ineinandergreifen“. Als Beispiel lassen sich Post- und Kurierdienstleistungen mit Luft- oder Straßentransport anführen.<sup>1236</sup> Dieses sektorspezifische „Regulierungsstückwerk“ kann erst recht zu Verzerrungen führen, wenn sich die technischen oder wirtschaftlichen Gegebenheiten ändern, so bei zunehmender Konvergenz zwischen verschiedenen Dienstleistungen, wie sie oben für den Telekommunikationssektor beschrieben wurde.<sup>1237</sup> Vielfach stammt die Trennung nach Sektoren noch aus Zeiten der klar abgegrenzten Monopole und löst sich inzwischen wegen der Entwicklung im Markt teilweise auf.<sup>1238</sup> Damit stellen sich auch neue Herausforderungen in Bezug auf den privilegierten Zugang zu Vorprodukten, Quersubventionierungen über verschiedene Sektoren und die Kohärenz der regulatorischen Entscheidungen.<sup>1239</sup> Eine Fragmentierung und inhaltliche Brüche in der Regulierung bedeuten erhöhte Transaktionskosten für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und Staaten und können letztlich zu einem verzerrten Ressourceneinsatz führen.

Ein weiteres, bei der Betrachtung des Referenzpapiers bereits angesprochenes, grundsätzliches Problem kann sich daraus ergeben, dass Leitlinien für die Auslegung wettbewerbsschützender Regeln im Sinne eines übergreifenden gedanklichen Konzepts fehlen.<sup>1240</sup> Gerade bei sektoraler Regulierung wurde das Problem gesehen, dass diese sich in erster Linie auf sektorspezifische Problemlagen und die Sicherstellung des Marktzugangs konzentriert, was als politische Priorität für eine Übergangsphase angemessen sein kann aber generell nicht zwingend zu der wettbewerbsrechtlich erwünschten Wohlfahrtsoptimierung führt.<sup>1241</sup> Solange keine Verständigung über Grundzüge des Wettbewerbsrechts erzielt werden kann, bestünde die Gefahr einer „sub-optimalen Interpretation“ der wettbewerbsrechtlichen Terminologie aufgreifenden Sonderregeln.<sup>1242</sup> Bei Ausgestaltung der Regeln wie bei der mitgliedstaatlichen Um- und Durchsetzung bringen sektorspezifische Regulierungen und Regulierungsinstanzen zudem

---

<sup>1235</sup> *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [382].

<sup>1236</sup> *OECD*, Liberalising Network Infrastructure Services and the GATS (2006), S. 37.

<sup>1237</sup> Vgl. auch *Öhlinger*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 191.

<sup>1238</sup> Deutlichstes Beispiel ist das Zusammenwachsen von Telefon, Internet und Fernsehen.

<sup>1239</sup> *Geradin*, Twenty years of liberalization of network industries in the European Union (2007), S. 11 f.

<sup>1240</sup> Siehe oben, S. 129 ff.; *Bronckers*, The WTO Reference Paper on Telecommunications, in: *Bronckers/Quick* (2000), S. 371 [S. 383 f.].

<sup>1241</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, *JWT* 31 (3) (1997), S. 5 [43].

<sup>1242</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services and the WTO, *JWT* 31 (3) (1997), S. 5 [43]. Wobei das Problem des unterschiedlichen Verständnisses und unterschiedlicher Leitbilder wohl selbst bei einer Vollharmonisierung fortbestehen würde.

wegen der größeren Nähe der handelnden Akteure gegenüber allgemeinen Wettbewerbsstandards eine erhöhte Gefahr des „regulatory capture“ mit sich.<sup>1243</sup>

So wünschenswert aber aus dogmatischer Sicht ein umfassender, „holistischer“ Ansatz sein mag, der am Besten auch noch die – bei wirtschaftlicher Betrachtung mitunter fragwürdige – Unterscheidungen zwischen Gütern und Dienstleistungen sowie zwischen Handel und Investitionen überflüssig macht,<sup>1244</sup> so unwahrscheinlich ist er in der Praxis.

Zu erinnern ist daran, dass es – anders als in der EU, wo die Politik der Liberalisierung und der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen logische Konsequenz des Gemeinsamen Marktes, diesem gewissermaßen inhärent ist – im WTO-System mit seinen differenziert ausgehandelten Marktzugangsstandards bisher nur um spezifische Regeln zur Verhinderung der Schmälerung konkreter Marktzugangsversprechen geht.<sup>1245</sup> Unmittelbares Ziel ist noch nicht das „level playing field“ im Sinne weltweiter Wettbewerbsprinzipien. Ein solcher Anspruch würde im derzeitigen Stadium eher die Balance zwischen der Liberalisierung und korrigierender Maßnahmen auf nationaler Ebene (Umweltschutz, Ausnahmen vom Wettbewerbsrecht, Universaldienst) stören.<sup>1246</sup>

Zwar haben sektorspezifische Abkommen den theoretischen Nachteil, in der Summe einen höheren Verhandlungsaufwand erforderlich zu machen. Wenn die Verknüpfung von Marktzugang mit internen Marktbedingungen unter dem Gesichtspunkt der Bestreitbarkeit des Dienstleistungsmarktes aber zu einem Verhandlungsdilemma führt,<sup>1247</sup> so lässt sich dieses wohl höchstens durch sektorspezifische Regeln überwinden, die unter Einbeziehung der wirtschaftlichen Akteure und mitgliedstaatlich zuständigen Stellen geschaffen werden.<sup>1248</sup> Die Erfahrung mit der bisherigen Liberalisierung unter dem GATS spricht generell dafür, dass vorbehaltlich einer Einigung auf eine grundsätzliche Wende zu einem Negativlisten-Ansatz, für die nichts ersichtlich ist, allein sektorielle Verhandlungen erfolgsversprechend sind.<sup>1249</sup> Im Falle eines Übergangs zum System der Negativlisten würde sich allerdings auch die Frage eines gemeinsamen Rahmens neu stellen.

---

<sup>1243</sup> Öhlinger, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001), S. 190.

<sup>1244</sup> Sauvé, Services and the International Contestability of Markets (1996), in: Sauvé, Trade Rules Behind Borders, S. 47 [50 f] und Sauvé/Beviglia Zampetti, Subsidiarity Perspectives on the New Trade Agenda (2001), *ibid.*, S. 493 [514 ff.].

<sup>1245</sup> Luff, Multilateral Trade Issues and Liberalization, in: Geradin (2000), S. 331.

<sup>1246</sup> Luff, Multilateral Trade Issues and Liberalization, in: Geradin (2000), S. 331 [333].

<sup>1247</sup> Tietje, Probleme der Liberalisierung (2005), S. 9 f.; Adlung/Roy, Turning Hills into Mountains? JWT 39(6) (2005), S. 1161 [1164].

<sup>1248</sup> In diese Richtung Adlung/Roy, Turning Hills into Mountains? JWT 39(6) (2005), S. 1161 [1189].

<sup>1249</sup> Hufbauer/Stephenson, Past Liberalization and Future Challenges, JIEL 10(3) (2007), S. 605 [630].

Unabhängig von dieser pessimistischen Einschätzung der Erfolgchancen übergreifender Lösungen lassen sich jedoch auch inhaltliche Vorzüge eines sektoriellen Ansatzes finden. Sektorielle Verhandlungen erlauben generell ein besseres Verständnis der gemeinsamen Ziele, eine klarere Vorstellung von der Organisation der Regulierung und den eingegangenen Verpflichtungen, womit letztlich auch eine klarere Sprache für Streitbeilegungsverfahren gefunden wird.<sup>1250</sup> Die Gefahr einer übermäßigen Entwicklung durch die Streitbeilegungsorgane („gap-filling role“) ist bei horizontalen Regeln wegen deren notwendig größerer Abstraktheit deutlich stärker gegeben. Dass die Reichweite horizontaler Regeln häufig schwer abzusehen ist, hat auch Auswirkungen auf den Verhandlungsprozess. Die Unsicherheit aufgrund fehlender Erfahrungswerte ist ein generelles Problem der „neuen“ GATS-Regeln, welches in Frage stellt, ob durch einen horizontalen Ansatz ein „Mehr“ an Liberalisierung erreicht werden kann. Regierungen handeln rational, wenn sie auf Unsicherheit mit Zurückhaltung bei der Eingehung von Verpflichtungen reagieren.<sup>1251</sup> Dies gilt gerade für Wettbewerbsvorschriften, die dem Anwender typischerweise große diskretionäre Spielräume zugestehen, zumal im WTO-Rahmen nur eingeschränkte Möglichkeiten für ausgestaltetes „Sekundärrecht“ bestehen. Die „fehlende Überschaubarkeit“ genereller Normen lässt die Staaten Verhandlungsnachteile bei sektoriellen Abkommen in Kauf nehmen. Für sektorspezifische Regeln spricht in diesem Zusammenhang auch, dass die erforderliche Einbindung der jeweiligen nationalen Regulierungsinstanz in die Verhandlungen möglich ist,<sup>1252</sup> und generell, dass alle Beteiligten (Unternehmen, Regulierer, sonstige Interessenträger) um die Verhandlungen „gebündelt“ werden können.<sup>1253</sup>

Zu beachten ist außerdem, dass wettbewerbsgerichtete Reformen im Einzelnen verschiedene Gestalten annehmen können und verschiedene Marktöffnungsgrade und Wettbewerbsmodelle auch verschiedene Formen der staatlichen Intervention und Regulierung verlangen. Ein über allgemeine Wettbewerbsstandards hinausgehendes einheitliches Modell regulatorischer Prinzipien könnte dem kaum gerecht werden.<sup>1254</sup> Ein gewisser Regulierungswettbewerb ist zudem gewollt. Dieser ermöglicht die „Entdeckung“ neuer besserer Regulierungsinstrumente und verhindert eine Überregulierung.<sup>1255</sup>

---

<sup>1250</sup> *Blouin*, The WTO Agreement on Basic Telecommunications, Telecommunications Policy 24 (2000), S. 135 [140].

<sup>1251</sup> *Evans*, Strengthening Commitments in Energy Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 167 [177].

<sup>1252</sup> *Jara/Domínguez*, Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations, *JWT* 40(1) (2006), S. 113 [119].

<sup>1253</sup> *Evans*, Strengthening Commitments in Energy Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 167 [177].

<sup>1254</sup> *Miroudot/Pinali/Sauter*, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 59 f.

<sup>1255</sup> Zugleich muss die Kooperation und die Angst vor einem Eingreifen der Streitbeilegungsorgane eine „Unterregulierung“ verhindern, insbesondere dort wo diese negative externe Effekte hervorruft. Zum Regulierungs-

Dass sektorspezifische Regulierung vielfach als „Übergangsrecht“ verstanden wird, welches mittel- bis langfristig durch allgemeine Standards des Kartellrechts abgelöst wird, spricht nicht ohne weiteres für Regeln auf horizontaler Ebene. Zunächst zeigt die mitgliedstaatliche Erfahrung, dass der „Übergangszeitraum“ einer speziellen Regulierung vielfach länger dauert, als ursprünglich angenommen. Die Einführung offen formulierter Tatbestände des allgemeinen Kartellrechts brächte auf WTO-Ebene, wie bereits dargestellt, erhebliche Unsicherheiten mit sich. Außerdem erscheint eine Berücksichtigung der Marktphasen auch in dem oben beschriebenen mehrschichtigen Regulierungsrahmen möglich.

Die sektorspezifischen Regeln können als „Versuchsfelder“ dienen, aus denen (vielleicht) später allgemeine Grundsätze „destilliert“ werden können. Hierfür scheinen nach dem Referenzpapier zu Basistelekommunikationsdienstleistungen aber in jedem Fall weitere sektoruelle „Testläufe“ erforderlich.<sup>1256</sup> Langfristig ist dann ein Nebeneinander horizontaler Grundsätze und konkreter sektorspezifischer Regeln vorstellbar, wie auch in den nationalen Rechtsordnungen das allgemeine Wettbewerbsrecht mitunter als Leitschnur und Sicherungsnetz der Sektorregulierung dient. Im Ergebnis könnte sich damit langfristig eine dreistufige Normierung ergeben: Auf dem höchsten Abstraktionsniveau stehen dann allgemein gültige horizontale Standards. Diese werden konkretisiert und justiziabel durch sektorspezifische Verpflichtungen. Bei deren Umsetzung und Auslegung können als solche nicht rechtsverbindliche Richtlinien und „Best Practices“ herangezogen werden.

## II. Diskutierte Ansätze für horizontale Grundprinzipien

Dass sich die Regeln des Referenzpapiers selbst nicht einfach auf die Ebene des GATS übertragen lassen, wird auch von Befürwortern horizontaler Grundprinzipien gesehen.<sup>1257</sup> So ist gerade die Eignung des Konzepts der „wesentlichen Einrichtungen“, das einen Kernbestandteil des Referenzpapiers ausmacht, für Regeln allgemeiner Natur fraglich.

Vorgeschlagen wurde stattdessen beispielsweise eine schrittweise Ausdehnung des Art. VI GATS, der sich mit der innerstaatlichen Regulierung befasst.<sup>1258</sup> Allerdings passen eventuelle wettbewerbliche Grundprinzipien selbst von der Struktur her nicht so sehr zu Art. VI GATS,

---

wettbewerb und Kooperation / gegenseitiger Anerkennung im Finanzsektor: *Bagheri/Nakajima*, Optimal Level of Financial Regulation Under the GATS, JIEL 5(2) (2002), S. 507 [520 ff.].

<sup>1256</sup> So auch *Roseman*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [103 f.]; *Mattoo/Sauvé*, Domestic Regulation and Trade in Services, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 221 [222].

<sup>1257</sup> *Warner*, Is there a Future for Trade and Competition Policy Rule Making?, Int. T.L.R. 6(3) (2000), S. 66 [77].

<sup>1258</sup> *Warner*, Is there a Future for Trade and Competition Policy Rule Making?, Int. T.L.R. 6(3) (2000), S. 66 [77], der auf die Entwicklung bei Art. VI GATT zu Anti-Dumping-Maßnahmen verweist; *Warner*, Competition

der einerseits rechtsstaatliche Mindeststandards aufstellt, andererseits vor „Überregulierung“ schützen will. Strukturelle Vorgaben wie die Verpflichtung zur Schaffung einer Wettbewerbs- oder Regulierungsaufsicht oder Anforderungen an den mitgliedstaatlichen Rechtsschutz gegenüber privatem Verhalten könnten aber hier angesiedelt werden. Die in Art. VI:4 GATS angelegte Erforderlichkeitsprüfung könnte auch einen Anknüpfungspunkt für den Ausgleich zwischen dem Wettbewerbsschutz und anderen Politikzielen bieten.<sup>1259</sup>

Für die Wettbewerbsregeln selbst ist eine Erweiterung des Art. VIII GATS näher liegend.<sup>1260</sup> Denn wie oben dargestellt kann Art. VIII:1 GATS als Ausgangspunkt für die Verpflichtung zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu „wesentlichen“ Vorleistungen angesehen werden, der in der Folge durch die Anlage zur Telekommunikation und die Zusammenschaltungspflicht des Referenzpapiers konkretisiert wurde. Art. VIII:2 GATS enthält demgegenüber die ersten Ansätze eines Missbrauchsverbots, wie es dann in Ziff. 1 des Referenzpapiers weiter ausgestaltet wurde. Mit einer Änderung des Art. VIII GATS würden diese Fortentwicklungen also an ihren Ausgangspunkt zurückgeführt. Vorstellbar wäre hier insbesondere eine Erweiterung des Anwendungsbereichs über die Inhaber rechtlicher Monopole oder exklusiver Rechte hinaus.<sup>1261</sup> Zu überlegen wäre auch, wie damit umzugehen ist, dass die Regeln bisher nur dem Schutz spezifischer Verpflichtungen dienen und dabei der Prüfmaßstab nicht hinreichend klar ist. Ein Verzicht auf den Bezug zu Marktöffnungsverpflichtungen liefe allerdings Gefahr, die Tatbestände uferlos zu machen. Insbesondere bei Art. VIII:1 GATS wäre eine andere Eingrenzung zu finden. Aber auch ein allgemeines Missbrauchsverbot in Art. VIII:2 GATS könnte erhebliche Probleme hervorrufen, gehören doch Aufgabe und Strenge der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu den Fragen, die international aber auch innerhalb einzelner Rechtsordnungen am intensivsten und strittigsten diskutiert werden.<sup>1262</sup> Eine Alternative könnte es darstellen, eine Qualifizierung oder Einschränkung solcher horizontaler Regeln über die Verpflichtungslisten zu erlauben. Damit würde zumindest insoweit ein Negativlistenansatz eingeführt.

---

Policy and GATS, in: Sauvé/Stern (2000), S. 364 [389]; *Feketekuty*, Regulatory Reform and Trade Liberalization in Services, in Sauvé/Stern (2000), S. 225 [238].

<sup>1259</sup> Warner, Is there a Future for Trade and Competition Policy Rule Making?, Int. T.L.R. 6(3) (2000), S. 66 [77].

<sup>1260</sup> Eine Verschärfung des bisher bewusst vage gehaltenen Art. IX GATS erscheint problematischer, will man nicht in die Diskussion um ein allgemeines Wettbewerbsabkommen einsteigen.

<sup>1261</sup> *Mattoo*, Dealing with Monopolies and State Enterprises (1997), S. 29.

<sup>1262</sup> Vgl. die Debatte um das Diskussionspapier und die „Prioritätensetzung“ der DG Wettbewerb zu Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG), abzurufen unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html> (Stand: 9.02.2012), sowie um das – inzwischen zurückgezogene – Positionspapier des DOJ zur Anwendung von Section 2 Sherman Act vom September 2008, insbesondere die Stellungnahme der FTC Commissioner Harbour, Leibowitz und Rosch hierzu, abzurufen unter <http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmt.pdf> (Stand: 9.02.2012).

An Stelle einer Veränderung der GATS-Vorschriften wäre es schließlich auch vorstellbar, einen Satz von Wettbewerbsregeln zu schaffen, der als horizontale „zusätzliche Verpflichtungen“ in die Verpflichtungslisten aufgenommen werden kann.<sup>1263</sup> Geschaffen würde damit ein Wahlregime nach Art des Referenzpapieres, allerdings mit (potentiell) sektorübergreifend geltenden Regeln.

### III. Zwischenergebnis

Die unter den Gesichtspunkten der Kohärenz und Einheitlichkeit der Rechtsordnung des GATS möglicherweise vorzugswürdigen Querschnittsregeln „aus einem Guss“ dürften nach den Erfahrungen mit den bisherigen Verhandlungen nicht nur zu ambitioniert sein. Sie wären nach den Feststellungen zum Regelungsinhalt des Referenzpapieres und der Übertragbarkeit auf andere Sektoren auch inhaltlich problematisch. Die Untersuchung hat gezeigt, dass es in verschiedenen Dienstleistungssektoren mit Infrastruktur-Charakter zwar durchaus eine vergleichbare Grundproblematik gibt, die unterschiedlichen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und der unterschiedliche Grad an Marktöffnung aber dafür sorgen, dass die konkreten Problemschwerpunkte an verschiedener Stelle liegen und eine differenzierte Antwort verlangen. Nicht zuletzt die „Telmex“-Entscheidung lässt es fraglich erscheinen, ob diese differenzierten Antworten von den Streitbeilegungsorganen aus allgemeinen Regeln abgeleitet werden können und sollen. Konkrete Standards im horizontalen Bereich des GATS sind demgegenüber nicht nur unrealistisch sondern wegen der bisher sehr dürftigen Erfahrung mit der Auslegung und Anwendung wettbewerbsbezogener Regeln auf internationaler Ebene auch problematisch. Insofern sollten die „experimentellen Züge“ des GATS nicht vorschnell aufgegeben werden. Verschiedene bereichsspezifische Modelle eines Regulierungsrahmens können dabei auch als Prozess der „iterativen Annäherung“ an eine mögliche (Grund-) Struktur guter Regulierung verstanden werden, die im übrigen auch auf nationaler Ebene noch nicht abschließend gefunden wurde.

---

<sup>1263</sup> Roseman, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 83 [103].

#### **D. Zwischenergebnis zur Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsmärkten**

Regeln, die über den Marktzugang hinaus der Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsmärkten dienen, sind für eine echte Marktöffnung und die Bestreitbarkeit wichtiger Dienstleistungsmärkte unabdingbar. Dies zeigt das Referenzpapier zu Basistelekommunikationsdienstleistungen, das anders als die mitunter etwas akademisch anmutende Suche nach allgemeinen internationalen Wettbewerbsstandards aus einem konkreten Bedürfnis und der ausgesprochen handelsdiplomatischen Sorge um die „echte“ Reziprozität der wechselseitig versprochenen Marktöffnung entstanden ist.

Inhaltlich reagiert das Referenzpapier auf Probleme, die sich in vielen anderen Dienstleistungsmärkten in ähnlicher Weise stellen: fortbestehende Marktbeherrschung durch ehemals staatlicher Monopolanbieter, die teilweise durch eine einseitig begünstigende mitgliedstaatliche Gesetzgebung gestützt wird, teilweise auch auf der Kontrolle wesentlicher Infrastruktureinrichtungen beruht, auf die Wettbewerber für ihren Markteintritt angewiesen sind, unzureichende staatliche Aufsicht und Verfahrensgarantien und ein Gemeinwohlbezug der erbrachten Dienstleistungen, der oft als diffuses Argument für die Beibehaltung des status quo herhalten muss.

Zugleich stellt das Referenzpapier eine Reaktion auf die Unzulänglichkeiten des GATS-Rahmens dar, der nicht nur die konkrete Verpflichtungstiefe von den Positivlisten der einzelnen Mitgliedstaaten abhängig macht, sondern auch konzeptionell unentschlossen bleibt zwischen der „reinen Liberalisierung“ als Marktöffnung „zu innerstaatlichen Bedingungen“ und dem Ziel einer Änderung der mitgliedstaatlichen Marktstrukturen und der für wettbewerblich gestaltete Märkte, bei denen die Anreiz- und Wettbewerbsregulierung an die Stelle staatlicher Monopolerbringung tritt, keine ausreichenden Standards vorgibt.

Nach dem Willen seiner Erschaffer soll das Referenzpapier zugleich solche Standards schaffen, die über das Streitbeilegungssystem der WTO „einklagbar“ sind, und aber auch als Mittel der Koordinierung und „road map“ für innerstaatliche Reformprozesse dienen. Damit ist ein Spannungsverhältnis angelegt, das bei einer Fortentwicklung des Instrumentes durch eine „normative Arbeitsteilung“ zwischen verpflichtendem Text und konkretisierenden Leitlinien abgemildert werden könnte.

Entsprechend seiner Entstehung aus einem konkreten Bedürfnis enthält das Referenzpapier keinen umfassenden Katalog wettbewerbsschützender Regeln. Die Beschränkungen in Anwendungsbereich und Zielrichtung zeigen sich bereits im zentralen Begriff des „major supp-

liers“. Zugleich ist aber, wie die „Telmex“-Entscheidung gezeigt hat, in der Zielrichtung des Referenzpapiers und seinen offenen Formulierungen eine Tendenz zu Ausweitung angelegt, wenn diese erforderlich scheint, um auf offensichtliche Wettbewerbsprobleme reagieren zu können. Dies gilt insbesondere für die wettbewerbsschützende Generalklausel, die in all ihrer Unbestimmtheit nicht ohne weiteres mit dem kartellrechtlichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gleich gesetzt werden kann. Dass die Regeln sich schon aufgrund ihrer Verortung in einem internationalen Abkommen von mitgliedstaatlichem Wettbewerbsrecht unterscheiden, hat sich auch in ihrem Umgang mit staatlich veranlassten Wettbewerbsbeschränkungen gezeigt. Zugleich übersteigen sie die handelsrechtliche Logik, indem sie Standards unabhängig von konkreten Zugangsproblemen setzten.

Die Zusammenschaltungsregeln als ein Kernelement des Referenzpapiers sind zunächst eine Antwort auf ein spezielles Wettbewerbsproblem, das aus den technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Telekommunikationssektors resultiert. Ähnliche Fragen des Zugangs zu wesentlicher Infrastruktur und zur Kostenkontrolle, z.B. auch in Zusammenhang mit Verdrängungspreisen oder Quersubventionierung, stellen sich aber auch in anderen Dienstleistungssektoren. Die Frage der angemessenen staatlichen Intervention ist in diesen Bereichen hoch komplex und einzelfallabhängig, muss sie doch dem Spannungsverhältnis zwischen Marktöffnung und Investitionsanreizen sowie Effizienz Rechnung tragen. Dementsprechend wurden auch insbesondere die Zusammenschaltungsregeln in der Literatur kontrovers diskutiert und dabei teilweise für zu weitgehend, teilweise aber auch für zu unbestimmt befunden. Das „Telmex“-Panel hat hier einen gangbaren Weg der Operationalisierung aufgezeigt und zugleich die Rolle der Streitbeilegungsorgane als Kontrollinstanz über die grundsätzliche Angemessenheit der mitgliedstaatliche Regulierungsbemühungen, nicht als „Weltregulierungsbehörde“ verdeutlicht. Die Heranziehung ausfüllender Sekundärnormen geschah dabei allerdings recht „freischaffend“, hier wären klare Regeln und Inbezugnahmen wünschenswert.

Die Erfahrung des Referenzpapiers hat auch gezeigt, dass sich der Wettbewerbsrahmen nicht auf den jeweiligen Mitgliedstaat, auf das „innerstaatliche Geschehen“, den Bereich der Modalität 3 beschränken lässt. Wettbewerbsverzerrungen und Zugangsprobleme können gerade auch dort auftreten, wo es Inhalt der Dienstleistung ist, Grenzen zu überwinden, wie bei internationalen Anrufen. Damit ist auch das internationale Regime dieser Dienstleistungen berührt, dass klassischerweise in speziellen Internationalen Organisationen angesiedelt und durch Koordinationsmechanismen wie die Accounting Rates gekennzeichnet war. Gleiches wird sich im Postsektor ergeben. Hier ist eine Koordinierung und Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen WTO und den hergebrachten internationalen Gremien erforderlich.

Interessant ist der mit dem Referenzpapier gewählte Ansatz auch im Hinblick auf die Struktur des GATS. Das Referenzpapier steht zwischen der rein mitgliedstaatlich gestalteten Verpflichtungsliste und den (wenigen) zwingenden Vorschriften des Abkommens selbst. Es erlaubt eine (äußere) Flexibilität bei der Übernahme der Regeln, muss aber auch inhaltlich ausreichend Spielraum lassen. Hier sind weitere Verfeinerungen vorstellbar, um die Regeln bei gleichzeitiger Wahrung des Spielraums mit Leben zu füllen. Die wirtschaftlichen und technologischen Veränderungen im Telekommunikationssektor seit Schaffung des Referenzpapiers zeigen, dass ein „lebendes Instrument“ erforderlich ist. Dabei ist auch hier – wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht – die Methode der Koordinierung, der regulatorischen Konvergenz auf „weichem Wege“ grundsätzlich möglich und erfolgsversprechend. Da die jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden Wohlfahrtsinteressen umfassend im Blick haben, verhindert dies eine übermäßige Privilegierung des Marktzugangs. Sie ist wegen des Auftretens „externer Effekte“ allerdings zu ergänzen um einen robusten Rahmen, der ein „Abweichen vom Pfad legitimer Regulierung“ verhindert. Dies ist die Rolle der Grundprinzipien des Referenzpapiers und ihrer Durchsetzbarkeit mit dem Streitbeilegungsverfahren. So lässt sich der „Telmex“-Fall als Beispiel anführen, das für eine Ergänzung des allgemeinen und grundsätzlich allein erfolgsversprechenden Netzwerkansatzes in den Bereichen spricht, wo dies notwendig ist, insbesondere weil „hybride“ Beschränkungen vorliegen, an denen der Staat beteiligt ist.<sup>1264</sup>

Die in der Folge betrachteten weiteren Sektoren, insbesondere die Post- und Kurierdienstleistungen zeigen, dass ein dem Referenzpapier vergleichbares Instrument in einer Vielzahl anderer Dienstleistungsbranchen sinnvoll und bei einem – derzeit nicht absehbaren – Fortschreiten der Verhandlungen zu erwarten ist. Dabei zeigte die Diskussion um „essential facilities“ im Postsektor aber auch, dass es nicht um eine unbesehene Übernahme der für Telekommunikationsleistungen ausgehandelten und angemessenen Regeln gehen kann. Im Einzelnen unterscheiden sich die Branchen und ihr Wettbewerbsgeschehen dann doch.

Dies spricht auch gegen eine – auf absehbare Zeit ohnehin unwahrscheinliche – „Hochstufung“ der Regeln in den allgemeinen Teil des GATS. Aus ihrem Branchenkontext gelöst können Regeln, die auf „essential facilities“ oder „wettbewerbswidrige Praktiken“ abstellen, schnell mehr Schaden als Nutzen anrichten. Am ehesten verallgemeinern lassen sich noch Anforderungen an innerstaatliche Strukturen wie die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde oder der Zugang zu Gericht. Da mit diesen aber administrative Kosten und Eingriffe in die staatliche Organisation verbunden sind, ist auch insoweit eine Verallgemeinerung unwahrscheinlich.

---

<sup>1264</sup> Fox, *The WTO's First Antitrust Case*, JIEL 9(2) (2006), S. 271 [290 f.].

## 2. Abschnitt: Die Sicherung nicht-ökonomischer Zwecke

Wettbewerbsmärkte für Dienstleistungen stoßen nicht nur wegen der Unvollkommenheit der Märkte, ihrem partiellen Versagen gerade in Netzwirtschaften auf Probleme, sondern auch deshalb, weil politisch bestimmte Marktergebnisse erwünscht sind, die sich bei einem reinen Wettbewerbsmarkt nicht einstellen würden. So waren die klassischen Staatsmonopole nicht allein eine Reaktion auf Marktversagen, sondern auch ein Instrument zur Erreichung sozial-, struktur- oder allgemein wirtschaftspolitischer Zielsetzungen. Die Erfüllung der zu Grunde liegenden „kollektiven Präferenzen“<sup>1265</sup> muss weiterhin gewährleistet sein, soll ein Regelwerk Akzeptanz finden. Dies kann in einem Wettbewerbsumfeld nur durch die „gemeinwohlorientierte Steuerung“ der privaten Leistungserbringer mittels staatlicher Regulierung geschehen.<sup>1266</sup> Den Staaten muss ausreichend politischer Spielraum verbleiben, um der entsprechenden Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden. Ohne dies werden auch weitere Liberalisierungsschritte nicht zu erreichen sein.

Es stellt sich deshalb die Frage, wie im GATS der Ausgleich zwischen den Marktmechanismen und deren Schutz auf der einen und der Verfolgung nicht marktgerechter Ergebnisse auf der anderen Seite hergestellt werden kann. Theoretisch vorstellbar wäre eine Ergänzung oder grundlegende Neuinterpretation des Abkommens. So wurde bereits dargestellt, dass mitunter gefordert wird, den Schutz bzw. die Förderung von Menschenrechten, insbesondere von sozialen Rechten, als gleichrangiges Ziel des GATS zu verstehen oder sogar ausdrücklich in den Zielkatalog aufzunehmen.<sup>1267</sup> Weitergehende Vorschläge verknüpfen einen „menschenrechtlichen Ansatz“ mit Forderungen nach einer „Demokratisierung“ der WTO.<sup>1268</sup> Ganz überwiegend wird jedoch die Ergänzung des Regelwerkes der WTO um handelsfremde Aspekte, wie sie bis zur Ministerkonferenz in Seattle 1999 vor allen Dingen in Gestalt einer „Sozialklausel“ gefordert wurde, heute kaum noch als aussichtsreicher Weg gesehen. Die Diskussion um den richtigen Umgang mit „linkage problems“ oder Zielkonflikten hat sich auf die Frage der Of-

---

<sup>1265</sup> Der Begriff der „kollektive Präferenzen“ wurde von Pascal Lamy für die gemeinsamen Grundüberzeugungen einer Gemeinschaft geprägt, die wie im „Hormonstreit“ mit den Regeln des Handelsrechts kollidieren können, vgl. dazu *Charnovitz*, *An Analysis of Pascal Lamy's Proposal on Collective Preferences*, *JIEL* 8 (2005), S. 449. Solche Präferenzen wirken viel direkter auf die Dienstleistungen und ihre Erbringer als unter dem GATT, wo die Güter als „Schnittstellen“ fungieren. Dass eine Ware nicht zugelassen wird, weil die Herstellung nicht den umweltpolitischen Vorstellungen im Zielstaat entspricht ist die (umstrittene) Ausnahme – dass ein Dienstleistungserbringer sich umfassender Regulierung zur Verfolgung verschiedenster Gemeinwohlbelange unterwerfen muss, der Regelfall.

<sup>1266</sup> *Moos*, *Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS* (2003), S. 60.

<sup>1267</sup> *Spagnuolo*, *I servizi pubblici nella WTO tra libero mercato e tutela dei diritti umani*, *Amministrazione in Cammino* 2006, S. 31; *Krajewski*, *Public interests, private rights and the "constitution" of GATS* (2002), S. 12 f., 28 f.

<sup>1268</sup> Vgl. *Beviglia-Zampetti*, *Trade Rules behind Borders: The Liberalization of Public Services and the Quest for Sustainable Development Governance* (2005), S. 8 ff., der u.a. eine „advisory assembly“ vorschlägt.

fenheit der WTO-Regeln gegenüber Politiken der Mitgliedstaaten aber auch gegenüber anderen normativen Bereichen des Völkerrechts verlagert. Dies wird realistischerweise auch bei GATS-Regeln im Bereich gemeinwohlbezogener Dienstleistungen im Vordergrund stehen. Die Bestimmung der nicht-ökonomischen Ziele wie der Reichweite der gewünschten Versorgung und die Wahl der Mittel zur ihrer Erreichung liegen grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten. Der Raum des rechtlich und politisch Möglichen wird dabei allerdings durch das GATS beschränkt, wie auch andere völkerrechtliche Abkommen – z.B. der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – diesen Möglichkeitsraum beschränken können.

Auf der Ebene der Mitgliedstaaten bestehen nicht nur verschiedene Vorstellungen vom „public service“, sondern auch eine gewachsene Vielzahl von Erbringungs- bzw. Finanzierungsweisen. Neben der Eigenerbringung durch Verwaltungsträger oder öffentliche Unternehmen stehen Systeme der direkten finanziellen Unterstützung, der Einräumung spezieller oder exklusiver Rechte bei gleichzeitiger Verpflichtung auf quersubventionierte einheitliche Tarife oder der Umlage von Beiträgen der Marktteilnehmer über sogenannte Universaldienstfonds. Diese staatlichen Ausgleichsmechanismen müssen in den Wettbewerbsrahmen einbezogen werden, soll nicht die Marktöffnung durch die Hintertür gemeinwohlbezogener Eingriffe wieder zunichte gemacht werden. Die „staatliche Dimension“ des Wettbewerbsrahmens muss Regeln enthalten, die Eingriffe in das Marktgeschehen erlauben, um bestimmte nicht-ökonomische Ziele zu erreichen, zugleich aber sicherstellen, dass diese den Wettbewerb so wenig wie möglich beeinträchtigen.

Dabei wird vielfach unterstellt, dass ein Konflikt besteht, der nur durch eine „Hierarchie“ aufgelöst werden kann, dass also entweder der Vorrang mitgliedstaatlicher Politikziele gelte oder aber der Vorrang der Marktfreiheit, der sich in der strikten Rechtfertigungsbedürftigkeit der nationalen Maßnahmen zeige. Es gibt grundsätzlich aber durchaus Wege zu einem funktionalen Ausgleich, der die bestmögliche Verwirklichung der verschiedenen Interessen erlaubt. Denn als Kern der nicht-ökonomischen Ziele lassen sich Gleichheitsvorstellungen ausmachen. Bei Dienstleistungen, die als elementar empfunden werden, soll Versorgungsgleichheit herrschen, eine „Zwei-Klassen-Versorgung“ vermieden werden.<sup>1269</sup> Die Entstehung bzw. Verstärkung von Ungleichheiten im Zugang zu wesentlichen Dienstleistungen ist auch die Hauptsor-

---

<sup>1269</sup> Chanda, *Social Services and the GATS*, *World Development* 31(12) (2003), S. 1997 [2007]. Diese verteilungspolitische Legitimationsbasis kann im Einzelnen durchaus angezweifelt werden. So sind Netze in verdichteten (eher armen) städtischen Räumen deutlich billiger zu haben als in (eher reichen) Vororten. Die Begründung wird erst recht in Frage gestellt, wenn in Entwicklungsländern aus Steuermitteln Einrichtungen zunächst ausgehend von den Wirtschaftszentren und nicht im „Hinterland“ geschaffen werden. Es handelt sich deshalb bei Universalangeboten mit Einheitstarifen um ein verteilungspolitisch zumindest unscharfes Instrument.

ge aus menschenrechtlicher Sicht.<sup>1270</sup> Daneben werden zwar auch gesamtgesellschaftliche Vorteile gesehen, die z.B. dadurch entstehen, dass alle Bürger an Kommunikation teilhaben können.<sup>1271</sup> Im Kern jedoch stehen der Effizienz („Efficiency“), die durch Wettbewerb erzwungen wird, Überlegungen der Gerechtigkeit und Gleichheit („Equity“) gegenüber.<sup>1272</sup> In diesem Verhältnis kann das erste Element, der Wettbewerb, als prozessorientiert beschrieben werden. Insoweit erfolgt gerade keine inhaltliche Bestimmung von Handlungen oder Ergebnissen. Diese ergibt erst der Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ im Sinne von Hayek. Das zweite Element ist demgegenüber ergebnisorientiert. Eine bestimmte Verteilung oder Grundversorgung soll – auf welchem Wege auch immer – erreicht werden. So verstanden zeigt sich, dass kein Gegeneinander bestehen muss, sondern ein Ausgleich möglich ist. Wettbewerbsmärkte können auch im Bereich elementarer Dienstleistungen zu effizienten Ergebnissen führen und damit das Ziel der Daseinsvorsorge optimieren.<sup>1273</sup> Ein Eingriff ist nur dort erforderlich, wo die Ergebnisse den Gleichheitszielen nicht entsprechen.

Zur Steuerung dieser Eingriffe enthält das GATS keine Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EG) entsprechende allgemeine Vorschrift. Die Erfahrung auf mitgliedstaatlicher aber auch auf europäischer Ebene zeigt, dass eine solche Steuerung über verschiedene, das Verhältnis des Staates zu den Wirtschaftsteilnehmern betreffende Rechtsinstrumente wie dem Subventionsrecht oder dem Recht der öffentlichen Aufträge möglich ist. Diese stehen dabei nicht isoliert nebeneinander, sondern weisen – da es letztlich um die gleichen ökonomischen Fragen geht – deutliche Querverbindungen auf. Daneben treten neue, spezifische Instrumentarien. Hervorzuheben ist das Konzept des Universaldienstes. Dieses erlaubt die Verfolgung bestimmter nicht-ökonomischer Ziele und Eingriffe in den Wettbewerb, soweit sie zu deren Erreichung erforderlich sind. Diese Eingriffe werden häufig in der finanziellen Förderung des unter Marktbedingungen nicht erbrachten Universaldienstes bestehen. Hierin kann eine Subvention liegen, wobei sich die Frage stellt, wann ein angemessener Ausgleich für die zusätzlichen Verpflichtungen des Universaldienstleisters und wann eine „Überkompensation“ vorliegt. Da dies mitunter schwer zu bestimmen ist, kann es sich anbieten, den Ausgleich zu „prozeduralisieren“,<sup>1274</sup> d.h. die Wettbewerbskonformität durch Verfahren, insbesondere über

---

<sup>1270</sup> *Report of the High Commissioner, Economic, Social and Cultural Rights, Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, UN-Dok.: E/CN.4/Sub.2/2002/9 vom 25. Juni 2002, S. 20 ff.; *Krajewski, National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 173.

<sup>1271</sup> So mag hinter dem einheitlichen Tarif für Postsendungen die Vorstellung stehen, dass hierdurch die Verbindung aller Bürger eines Staates sichergestellt wird, vgl. kritisch *Hindley, Trade Liberalization in Aviation Services* (2004), S. 47.

<sup>1272</sup> *Chanda, Social Services and the GATS, World Development* 31(12) (2003), S. 1997 [1997].

<sup>1273</sup> Vgl. bereits *Koenig, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb, EuZW* 2001, 481.

<sup>1274</sup> Vgl. zur „*Altmark Trans*“ - Rechtsprechung des EuGH: *Pöcker, Der EuGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung, EuZW* 2007, 167.

Ausschreibungswettbewerb im weitesten Sinne, sicherzustellen. Wenn der Vertrag durch einen vollständig offenen und wettbewerblichen Prozess vergeben wird, spricht dann andererseits eine Vermutung dafür, dass das Engelt nicht höher als angemessen ist.<sup>1275</sup> Umgekehrt kann eine Vergabe, die z.B. wegen der Verfolgung von „Sekundärzwecken“ nicht an den günstigsten Anbieter erfolgt, als verbotene Subvention angesehen werden.<sup>1276</sup>

Bei einer Verpflichtung auf Universaldienstleistungen stellen sich also Folgeprobleme, die eine Regelung im Bereich der Subventionen oder der Ausschreibung erforderlich machen können. Problematisch ist, dass diese verschiedenen Instrumente in der WTO an unterschiedlichen Stellen geregelt sind und die Regelungsdichte gerade in Bezug auf Dienstleistungen noch sehr gering ist. Für den Telekommunikationssektor wurde im Referenzpapier auf das Konzept des Universaldienstes zurückgegriffen. Gleiches gilt für den EU-Vorschlag im Postsektor. Dieser Ausgleichsmechanismus wird deshalb im Vordergrund der folgenden Betrachtungen stehen (hierzu unter A.). Die Regeln zur Subventionsvergabe (hierzu unter B.) und zum Ausschreibungswettbewerb (hierzu unter C.) sind demgegenüber im Anwendungsbereich des GATS nur rudimentär entwickelt. Ihre mögliche Rolle bei der Verfolgung nicht-ökonomischer Ziele im Bereich elementarer Dienstleistungen wurde bisher kaum diskutiert. Hier können im vorliegenden Abschnitt nur erste Überlegungen angestellt werden.

---

<sup>1275</sup> *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 85.

<sup>1276</sup> Für das Europarecht diskutiert z.B. von *Bartosch*, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG, EuZW 2001, 229; *Eilmansberger*, Überlegungen zum Zusammenspiel von Vergaberecht und Beihilferecht, WuW 2004, 384. Dies gilt grundsätzlich auch für die Subventionsregeln im Rahmen der WTO, d.h. im Bereich des Warenhandels. Es handelt sich insoweit um einen Kauf für mehr als die angemessene Gegenleistung (vgl. Art. 14 lit d SCM); siehe *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 85 f. auch zu der Frage, wie dies damit zu vereinbaren ist, dass die Nichtvertragsparteien des GPA in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht zur Inländerbehandlung verpflichtet sind.

## A. Das Konzept der „Universaldienstleistung“ und seine Grenzen

Der Begriff des „universal service“ stammt aus dem amerikanischen Telekommunikationsrecht und hat dort eine wechselvolle Geschichte hinter sich. Ursprünglich wurde er vom Präsidenten von AT&T für ein einheitliches Telefonsystem im Sinne einer universellen Zusammenschaltung geprägt und diente damit als Schlagwort gerade für ein Monopol von AT&T. Erst in den 70er Jahren änderte sich die Bedeutung hin zu dem Gedanken einer universellen Grundversorgung.<sup>1277</sup> Auch als Folge der Herauslösung der Regulierungsbehörde aus der allgemeinen Staatsverwaltung reduzierte sich der öffentliche Auftrag im Telefonbereich auf die flächendeckende Grundversorgung. Inhaltlich basiert der Universaldienst seitdem zwar auch auf den oft als Kernprinzipien des „public service“ genannten Grundsätzen der Universalität, Gleichheit und Kontinuität.<sup>1278</sup> Er war und ist aber, anders als die Konzepte der „Daseinsvorsorge“ oder des „service public“ in Europa, nicht verquickt mit weiteren Politikzielen.<sup>1279</sup> Infolge dessen ist der Begriff des Universaldienstes auch bei weitem nicht so „ideologisch aufgeladen“. Mit ihm verbunden ist der eher nüchterne Zweck des Schutzes der Verbraucher und ihrer Rechte und nicht die Verwirklichung weitergehender Vorstellungen vom allgemeinen Wohl.<sup>1280</sup> Damit einhergehend erwies sich das Konzept als offener gegenüber einem Wechsel zu einem wettbewerblichen System.

Diese „Systemoffenheit“ war auch der Grund für das Aufgreifen durch die Europäische Kommission.<sup>1281</sup> Sie verwendete den Universaldienst als begleitendes Instrument bei der Öffnung staatlich kontrollierter und monopolisierter Märkte. Dabei verfolgte sie ein doppeltes Ziel, dass zum einen in der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung, zum anderen in der Milderung des latenten Konflikts zwischen diesem Ziel und dem Wettbewerbssystem der Gemeinschaft lag.<sup>1282</sup> Bei der Übernahme des in Europa zuvor nicht verbreiteten Konzepts war eine wichtige Frage zum Grundverständnis des Universaldienstes zu beantworten. Diese

---

<sup>1277</sup> Young, *The Future of Universal Service*, IJL&IT 2005, S. 188; Mueller, *Universal service in telephone history*, *Telecommunications Policy* 17(5) (1993), 352 [362 ff.]; Mueller, *Telecommunications Access in the Age of Electronic Commerce*, *Fed. Communications L. J.* 49(3) (1997), 655.

<sup>1278</sup> Geradin, *The Opening of State Monopolies to Competition*, in: Geradin (2000), S. 181 [196]. Zu Grundprinzipien und typischen Inhalten auch: Krajewski, *National Regulation and Trade Liberalization in Services* (2003), S. 172 f.

<sup>1279</sup> Schweitzer, *Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst* (2001), S. 238 f.

<sup>1280</sup> Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht EG*, Art. 86 Abs. 2, Rn. 10; Ruiz Fabri/Crontiras, *L'Organisation mondiale du commerce et les services publics* (2003), S. 6.

<sup>1281</sup> Schweitzer, *Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst* (2001), S. 239.

<sup>1282</sup> Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht EG*, Art. 86 Abs. 2, Rn. 8. Gerade im Postsektor gab es daneben eine eigenständige Betonung der infrastrukturellen Dimension. Dort stand das Gemeinschaftsinteresse am Universaldienst als solches und nicht bloß als „Anhängsel“ der Liberalisierung zumindest zunächst im Vordergrund; Schweitzer, *Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst* (2001), S. 294 ff.

knüpft an die oben dargestellten Möglichkeiten der Bestimmung der „public services“ an und lässt sich dahingehend formulieren, ob der Universaldienst prinzipiell beliebige Ziel- und Aufgabenbestimmungen durch die gewählten Repräsentanten („volonté général“) aufnehmen soll oder aber nur das Interesse der Verbraucher an der Grundversorgung mit wesentlichen Leistungen, wobei sich dieses Interesse über den Markt (und dessen Versagen in Einzelfällen), d.h. den Marktdurchsetzungsgrad, manifestiert. Das Universaldienstkonzept der Kommission, wie es sich im EU-Telekommunikationsrecht niederschlug, entschied sich von Anfang an für letzteres, d.h. den objektiv bestimmten Universaldienst „im engeren Sinne“.<sup>1283</sup> Dies stellt sicher, dass zunächst der Markt entscheidet, welche Technik und welche Anwendungen sich durchsetzen und nicht staatliche Stellen frühzeitig einen bestimmten Standard vorgeben.<sup>1284</sup>

In Entwicklungsländern, die noch nicht über eine ausgebaute Infrastruktur verfügen, stellen sich die Probleme zwar etwas anders als bei der De-Monopolisierung ehemals staatlicher Anbieter mit umfassendem Netz. Hier geht es zunächst darum, den Anschluss möglichst aller Gebiete mit möglichst wenig staatlichen Mitteln zu erreichen. Dies geschieht häufig mit einer „universal access“-Politik, die nicht auf einen Anschluss in jedem Haus, sondern auf einen angemessenen Zugang setzt, der durch Tele-Center, geteilte Leitungen u.ä. vermittelt werden kann.<sup>1285</sup> Die Frage, wie verhindert werden kann, dass von dieser Politik Marktverzerrungen ausgehen, stellt sich aber in ähnlicher Weise.

Kennzeichnend für den Universaldienst ist die – aus den Prinzipien der Universalität und Gleichheit folgende – Verpflichtung, einzelne Leistungen unter Kosten anzubieten. Dies führt auf zwei Ebenen zu Problemen:<sup>1286</sup> Zunächst bei der Gewinnung der erforderlichen Finanzmittel für das nicht kostendeckende Angebot. Eine Quersubventionierung innerhalb des Unternehmens verlangt zur Erzielung der erforderlichen Überschüsse geschützte Exklusivbereiche und damit den Ausschluss von Wettbewerb. Dies kann durch andere, wettbewerbskonformere Finanzierungswege vermieden werden. Das weitere Problem ist der Missbrauch bzw. die Umleitung der Finanzmittel, beispielsweise um in Wettbewerbsmärkten einen Vorteil zu erlangen. Ein mögliches Gegenmittel ist es, die hierfür erforderlichen Finanzmittel zu beschneiden, indem zum Beispiel durch eine Ausschreibung des Universaldienstes sichergestellt

---

<sup>1283</sup> Schweitzer, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst (2001), S. 240 f.

<sup>1284</sup> Die tatsächliche Verbreitung ist auch im amerikanischen Telekommunikationsrecht ein wichtiger Gesichtspunkt für die Reichweite des Universaldienstes; vgl. 47 U.S.C. § 254 (c) (1).

<sup>1285</sup> Gao, Telecommunications Services: Reference Paper, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 56; ITU, Trends in Telecommunication Reform 2003: Promoting Universal Access to ICTS; GSR Universal Access Best Practice Regulatory Guidelines (2003); Manner, Achieving the Goal of Universal Access, CommLaw Conspectus 13 (2004), S. 85.

wird, dass die zugeführten Mittel gerade die zusätzlichen Kosten decken. Eine andere Möglichkeit kann die strukturelle Separierung des Anbieters in einen Teil für das Wettbewerbsgeschäft und einen Teil für das Universaldienstgeschäft sein.

Der Begriff des Universaldienstes kommt wie der „public service“ im Text des GATS selbst nicht vor – die allgemeinen Regeln können aber insoweit bereits gewisse Beschränkungen des Handlungsspielraums enthalten (hierzu unter I.). Ein erster Anklang des Konzeptes findet sich in der Anlage zur Telekommunikation (hierzu unter II.). Einen prominenten Platz nahm es erstmals im Referenzpapier ein (hierzu unter III.). Auch insoweit wird eine Übertragung auf den Postsektor diskutiert (hierzu unter IV.). Schließlich stellt sich die Frage, ob es sich darüber hinaus um ein ausbaufähiges Konzept handelt (hierzu unter V.).

## **I. Universaldienst und die allgemeinen Regeln des GATS**

Auch wenn der „Universaldienst“ in den allgemeinen Regeln des GATS nicht vorkommt, können dessen generellen Vorgaben, insbesondere zur innerstaatlichen Regulierung (Art. VI GATS) aber auch zur Inländerbehandlung und Marktzugang, Auswirkungen auf die Spielräume zur Ausgestaltung von Universaldienstpflichten haben.

### **1. Inländerbehandlung und Marktzugang**

Zu erinnern ist zunächst daran, dass bei einer vollständigen, nicht qualifizierten Verpflichtung auf Marktzugang nach Art. XVI:2 lit. a GATS Monopolbereiche oder exklusive Rechte nicht mehr möglich sind. Daraus wird deutlich, dass das „klassische“ Modell der Universaldienstleistung bzw. -finanzierung über vorbehaltene Exklusivbereiche und interne Quersubventionierung im grundsätzlichen Widerspruch zu den Bestrebungen des GATS steht.

Universaldienstverpflichtungen müssen sich darüber hinaus auch am Prinzip der Inländerbehandlung messen lassen.<sup>1287</sup> Dies mag für die Verpflichtung auf einen Universaldienst selbst weniger relevant sein, da hiervon typischerweise der innerstaatliche Altanbieter und nicht mögliche ausländische Marktneulinge betroffen sind, wenn es auch in Entwicklungsländern mitunter vorkommen mag, dass den westlichen Konzernen der Marktzutritt nur im Gegenzug zu bestimmten Aufbau- oder Ausbaupflichtungen gewährt wird, die von bestehenden innerstaatlichen Unternehmen nicht getragen werden müssen. Bedeutung kann das Gebot der Inländerbehandlung aber vor allen Dingen in Bezug auf mögliche Ausgleichsmechanismen erlangen. Kommt es hier zu einer Überkompensation des nationalen Ex-Monopolisten so

---

<sup>1286</sup> Vgl. zum Folgenden: *OECD, Promoting Competition in Postal Services* (1999), S. 51 ff.

<sup>1287</sup> *Türk/Krajewski, Right to water and trade in services*, in: Hein/Voegeli (Hrsg.) *GATS und globale Politik* (2004), S. 107 [118].

können hierdurch die Wettbewerbsbedingungen im Sinne des Art. XVII:3 GATS zu Lasten der ausländischen Dienstleistungserbringer verändert werden.<sup>1288</sup>

Ist eine Universaldienstregelung im Hinblick auf Art. XVI, XVII GATS problematisch, so bietet das GATS bisher keinen Ausgleichmechanismus. Denn die allgemeinen Ausnahmen des Art. XIV GATS können zur Rechtfertigung von „public service“-Regeln oder Universaldiensten, die sonstige Bestimmungen des GATS verletzen, nicht herangezogen werden. Sie eröffnen keine Möglichkeiten für rein verteilungspolitische Eingriffe.<sup>1289</sup> Insbesondere wird durch eine „Unterversorgung“ mit Dienstleistungen wie einem Telefonanschluss oder der Postzustellung nicht die öffentliche Moral oder öffentliche Ordnung bedroht, Art. XIV lit. a GATS.<sup>1290</sup>

## 2. Art. VI GATS

Welche Bedeutung die in Art. VI:4 und 5 GATS enthaltenen Schranken der mitgliedstaatlichen Dienstleistungsregulierung für Universaldienstleistungen haben, wird noch kontrovers diskutiert.<sup>1291</sup>

### a.) Anwendbarkeit im Hinblick auf Universaldienstverpflichtungen

Fraglich ist dabei schon, ob letztere überhaupt in den Anwendungsbereich dieser Disziplinen fallen. Erfasst werden nach dem Wortlaut des Art. VI:4 GATS Maßnahmen, die „Qualifikationserfordernisse und –verfahren, technische Normen und Zulassungserfordernisse“ betreffen.<sup>1292</sup> Sonstige Anforderungen an die Durchführung einer Dienstleistung scheinen nicht betroffen, so dass sich die Frage stellt, ob typische Universaldienstverpflichtungen unter diese Merkmale subsumiert werden können.<sup>1293</sup> Verpflichtungen auf eine flächendeckende Versorgung, einheitliche Preise oder Universaldienstabgaben werden sich kaum als Qualifikationserfordernisse einordnen lassen. Unklarer ist die Reichweite des Begriffs der „technischen

---

<sup>1288</sup> Hier erlangt wieder Bedeutung, dass die Subventionsvergabe zumeist vom Anwendungsbereich der Inländerbehandlung ausgenommen wurde.

<sup>1289</sup> Moos, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 303.

<sup>1290</sup> Laut Fußnote 5 zu Art. XIV GATS kann die Ausnahmeregelung in bezug auf die öffentliche Ordnung nur in Anspruch genommen werden, wenn eine wirkliche, ausreichend schwerwiegende Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft vorliegt.

<sup>1291</sup> Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455; Luff, Current international trade rules, in: Geradin/Luff (2004), S. 34 [40]. WTO, Facts and Fiction (2001), S. 12 sieht Mechanismen des „public service“ generell nicht in Anwendungsbereich. Ähnlich auch: Weiß, GATS and Domestic Regulation, in: Griller (2008), S. 369 [381] und Delimatsis, Towards a Necessity Test for Services (2006), S. 7 [FN 27].

<sup>1292</sup> Art. VI:4 GATS nennt „measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements“. In Art. VI:5 GATS heißt es scheinbar etwas enger, weil ohne Erwähnung der Verfahren: „licensing and qualification requirements and technical standards“. In den „Disciplines on domestic regulation in the Accountancy Sector“ sind aber „licensing requirements and procedures, technical standards and qualification requirements and procedures“ aufgenommen worden.

<sup>1293</sup> Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

Norm“. Bei einem weiten Verständnis handelt es sich um die „Regeln nach denen die Dienstleistung ausgeführt werden muss“. <sup>1294</sup> Dies ist aber vor dem Hintergrund der Herkunft und der Verwendung des Begriffs im WTO-Recht, insbesondere im Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT-Übereinkommen) zu sehen. Letzterem geht es um Standards für Produkte und produktbezogene Fertigungsmethoden, mit denen typischerweise die Qualität, Sicherheit und Interoperabilität sichergestellt und die Verbraucher geschützt werden sollen. <sup>1295</sup> Für die hier betrachtete Vorschrift legt dies nahe, dass es sich um Anforderungen handeln muss, die konkret die Leistung und ihre Ausführung betreffen, nicht um allgemeine Vorgaben für den Leistungserbringer. <sup>1296</sup> Hierfür spricht auch der Kontext der Vorschrift, insbesondere der Bezug zur Qualität der Dienstleistung in Art. VI:4 (b) GATS. Wird bereits die Zulassung an die Erfüllung bestimmter Universaldienstpflichten geknüpft, so scheint aber der Anwendungsbereich der Art. VI:4, 5 GATS eröffnet. Denn Zulassungserfordernisse sind nach der Definition, die in den Disziplinen für Wirtschaftsprüfungsdienste gefunden wurde, alle materiellen Anforderungen, die erfüllt sein müssen, um eine Genehmigung zum Praktizieren zu erhalten, und die nicht Qualifikationserfordernisse sind. <sup>1297</sup> Hierunter könnte z.B. eine räumliche Mindestabdeckung gehören.

### **b.) Universaldienste und Erforderlichkeit („necessity“)**

Soweit universaldienstbezogene Verpflichtungen erfasst sind, könnten sie – unter den weiteren einschränkenden Voraussetzungen des Art. VI:4 und 5 GATS <sup>1298</sup> – einer Erforderlichkeitsprüfung unterworfen sein.

Dabei stellt sich zunächst das Problem, dass Art. VI:4 (b) GATS als Richtgröße der Erforderlichkeit dem Wortlaut nach nur auf die Qualität der Dienstleistung abstellt. Universaldienstverpflichtungen, die allgemeine sozialpolitische Zwecke verfolgen (z.B. kostenlose

---

<sup>1294</sup> *Sinclair/Grieshaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 65. Auch das Sekretariat hat eine weite Definition der „technischen Norm“ verwendet; vgl. *Note by the Secretariat*, The Relevance of the Disciplines of the Agreements on Technical Barriers to Trade (TBT) and on Import Licensing Procedures to Art. VI:4 of the GATS, S/WPPS/W/9 vom 11. September 1996, Ziff. 4; *Note by the Secretariat*, Art. VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to All Services, S/C/W/96 vom 1. März 1999, Ziff. 4: „requirements which may apply both to the characteristics or definition of the service and to the manner in which it is performed“.

<sup>1295</sup> Vgl. *Jessen/Gehring*, Technische Handelshemmnisse (TBT), in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht (2005), S. 347 ff. Dabei handelt es sich in der Terminologie des TBT bei der Norm um eine nicht zwingende Vorschrift, während die zwingenden Vorgaben in „Technischen Vorschriften“ enthalten sind.

<sup>1296</sup> Nach *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 136 sollen jedoch Vorschriften, die Preiskontrollen vorsehen, technische Normen sein.

<sup>1297</sup> GATS-Rat, „Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector“, WTO-Dok. S/L/64 vom 17.12.1998, Ziff. 8.

<sup>1298</sup> Hierzu oben S. 82.

Krankenhausbetten für Arme), könnten nicht gerechtfertigt werden.<sup>1299</sup> Es herrscht aber relative Einigkeit, dass diese Formulierung zu eng ist. Entsprechend wird in den Verhandlungen der „Working Party on Domestic Regulation“ über einen weiteren oder offenen Zielkatalog diskutiert. Wie oben bereits erwähnt, wurde in den Disziplinen für Wirtschaftsprüfungsdienste bereits eine offene Formulierung („necessary to fulfil a legitimate objective“) verwendet. Zugleich wurde dort klargestellt, dass die Maßnahmen nicht handelsbeschränkender sein dürfen als nötig („not more trade-restrictive than necessary“) und es nicht allgemein um die belastende Wirkung geht, wie es der Wortlaut von Art. VI:4 (b) GATS nahelegt.<sup>1300</sup>

Über diese Unklarheiten des Art. VI:4 (b) GATS hinaus wird aber grundsätzlich in Frage gestellt, ob das Konzept der „Erforderlichkeit“ („necessity“) als Mittel zur Herstellung des Gleichgewichts zwischen Handelsliberalisierung und staatlicher Regulierung im öffentlichen Interesse geeignet ist.<sup>1301</sup> Die Erforderlichkeitsprüfung dient grundsätzlich als Instrument zum Ausgleich zwischen zwei Zielen bzw. gegenläufigen Rechten und Interessen, wobei die Verfolgung von Ziel A, dessen Legitimität vorausgesetzt, akzeptiert wird, auch wenn sie zur Beeinträchtigung von Ziel B führt – solange diese Beeinträchtigung zur Erreichung von Ziel A erforderlich ist. Dass die Anwendung dieses Prinzips im Handelsrecht auf Vorbehalte stößt und ihm ein gewisser „trade bias“ unterstellt wird, kann darin begründet liegen, dass handelsfremde Ziele sich einer Notwendigkeitsprüfung unterziehen müssen, während Maßnahmen der Handelsliberalisierung, die andere Ziele (z.B. den Umweltschutz) beeinträchtigen, nicht darauf untersucht werden, ob sie zur Erreichung der Marktöffnung tatsächlich notwendig sind.<sup>1302</sup> Die Erforderlichkeitsprüfung ist dabei im WTO-Recht in Ausnahmevorschriften wie in selbständigen Verpflichtungen anzutreffen.<sup>1303</sup>

Ob der Maßstab der Erforderlichkeit allein eine zielgerichtete und nicht unnötig handelsbeschränkende Regulierung verlangt („better regulation“) oder aber tief in die Gestaltungsspielräume des nationalen Rechtsetzers eingreift, entscheidet sich letztlich an der „Überprüfungstiefe“ in der Rechtsanwendung durch die Streitbeilegungsorgane. In dieser Anwendungspraxis

---

<sup>1299</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455, der aber selbst andeutet, dass „Qualität“ auch weiter verstanden werden könnte.

<sup>1300</sup> GATS-Rat, „Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector“, WTO-Dok. S/L/64 vom 17.12.1998, Ziff. 2. Vgl. auch den insoweit wortgleichen Art. 2.2 TBT („shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective...“).

<sup>1301</sup> Kritisch z.B.: *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 154 ff.; *Spagnuolo*, I servizi pubblici nella WTO tra libero mercato e tutela dei diritti umani, Amministrazione in Cammino 2006, S. 16 f.

<sup>1302</sup> *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 189.

<sup>1303</sup> Unterschiede ergeben sich vor allem mit Blick auf die Beweislast, die grundsätzlich bei der Partei liegt, die sich auf die Ausnahme oder Verpflichtung beruft. Im Einzelnen: *Delimatsis*, Towards a Necessity Test for Services (2006), S. 10.

hat sich eine grobe Linie herausgebildet, deren konkrete Umsetzung aber noch in Bewegung ist und sich mitunter nur schwer von den entschiedenen Einzelfällen lösen lässt.<sup>1304</sup>

Schon in GATT-Zeiten haben die Panel (zu Art. XX GATT) klargestellt, dass jedenfalls die Legitimität der vom Mitgliedstaat verfolgten Ziele grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird.<sup>1305</sup> Später wurde ergänzt, dass dies auch für den jeweils angestrebten Schutzstandard gilt.<sup>1306</sup> In dem Verfahren „US-Section 337“ hat ein GATT-Panel erstmals den für die „Erforderlichkeit“ selbst geltenden Prüfmaßstab klargestellt. Entscheidend ist danach, ob eine andere Maßnahme, die GATT-Vorschriften nicht verletzt oder welche ein geringeres Maß an Inkonsistenz aufweist, „reasonably available“ ist.<sup>1307</sup>

Die grundlegende Entscheidung des WTO-Appellate Body zum Konzept der „necessity“ ist dann in dem Verfahren „Korea-Beef“ ergangen. Dort stellte der Appellare Body zunächst fest, dass der Begriff der „Erforderlichkeit“ eine ganze Bandbreite von Verknüpfungen abdeckt, die von unerlässlich („indispensable“) bis zu „einen Beitrag leistend“ („making a contribution to“) reicht, wobei er den hier relevanten Maßstab eher am erstgenannten, oberen Ende dieser Bandbreite sah.<sup>1308</sup> Wenn die Maßnahmen nicht im engeren Sinne unerlässlich sind, wird nach dieser Entscheidung ein Prozess des „weighing and balancing“ erforderlich. Hierbei sind der Beitrag der handelsbeschränkenden Maßnahme zur Erreichung des Schutzzieles, die Bedeutung des Schutzgutes und die handelsbeschränkende Wirkung der Maßnahme zu berücksichtigen und miteinander in Verhältnis zu setzen.<sup>1309</sup> Ziel dieses Prozesses ist es zu bestimmen, ob eine andere Maßnahme „reasonably available“ ist. In diesem Abwägungsprozess scheint die Prüfung weniger streng zu sein, wenn und soweit Schutzgüter von zentraler Bedeutung betroffen sind.<sup>1310</sup> Es werden damit Elemente der Proportionalität eingefügt, die über die Erforderlichkeitsprüfung im strengen Sinne hinausgehen. Dies ermöglicht eine größere Flexibilität und ist unterschiedlichen Regelungsmodellen gegenüber offen, wurde aber wegen der damit verbundenen Bewertung des verfolgten Ziels auch als problematisch angesehen.<sup>1311</sup>

---

<sup>1304</sup> Siehe die Übersichten bei: *Andenas/Zleptnig*, Proportionality and balancing in WTO law, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 71; *Delimatsis*, Towards a Necessity Test for Services (2006), S. 10 ff.; *Sunde*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung (2006), S. 27 ff.

<sup>1305</sup> Vgl. zum Folgenden *Delimatsis*, Towards a Necessity Test for Services (2006), S. 12 ff.; *Wouters/Coppens*, Domestic Regulation within the Framework of GATS (2006), S. 44 f.

<sup>1306</sup> *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, angenommen am 5. April 2001, Ziff. 168.

<sup>1307</sup> GATT Panel Report, *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, angenommen am 7. November 1989, Ziff. 5.26.

<sup>1308</sup> *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161, 169/AB/R, angenommen am 12. Januar 2001, Ziff. 161.

<sup>1309</sup> *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161, 169/AB/R, angenommen am 12. Januar 2001, Ziff. 162-164.

<sup>1310</sup> *Delimatsis*, Towards a Necessity Test for Services (2006), S. 14.

<sup>1311</sup> Vgl. aber *Gaeditke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 192 f.

Zu der Verfügbarkeit von Alternativen hat der Appellate Body in „EC-Asbestos“ klargestellt, dass Schwierigkeiten bei der Implementierung und Verwaltungsaufwand eine Maßnahme „unavailable“ machen können.<sup>1312</sup>

Diese Standards gelten auch für das GATS. So war im Verfahren „US-Gambling“ die Bedeutung der „Erforderlichkeit“ im Rahmen der allgemeinen Ausnahme des Art. XIV lit (a) GATS auszulegen. Der Appellate Body bezog sich auf den Prozess des „weighing and balancing“, wie er in dem „Korea-Beef“-Report etabliert wurde. Er stellte klar, dass eine andere Maßnahme nicht „reasonably available“ ist, wenn sie nur theoretischer Natur ist, sei es, weil das Mitglied nicht in der Lage ist, sie zu ergreifen, oder weil sie eine unangemessene Belastung bedeuten würden, wie im Fall prohibitiv hoher Kosten oder substantieller technischer Schwierigkeiten.<sup>1313</sup> Mit der letzten Alternative scheint der Appellate Body dabei sogar über die bisherige Entscheidungspraxis hinauszugehen.<sup>1314</sup> In Bezug auf die Beweislast erklärte der Appellate Body, dass die verteidigende Partei, obwohl die Erforderlichkeitsprüfung hier Teil einer Ausnahmegesetzgebung ist, nicht von sich aus alle möglichen Alternativen ausräumen, sondern, wenn sie die Erforderlichkeit prima facie belegt hat, nur auf konkreten Vortrag der Beschwerdepartei erwidern muss.<sup>1315</sup> Dieser Standard nimmt damit Rücksicht auf die staatlichen Regulierungsinstanzen, die zunächst nur den gutgläubigen Erlass und die angemessene Natur der Maßnahme darlegen und nur auf glaubwürdig vorgetragene Alternativen reagieren müssen.<sup>1316</sup> Für den konkreten Fall hat der Appellate Body entschieden, dass Verhandlungen mit ungewissem Ergebnis keine angemessene Alternative zu den ergriffenen Maßnahmen waren.<sup>1317</sup>

Diese Anwendungspraxis legt nahe, dass eine Anwendung der Erforderlichkeitsprüfung auf Universaldienste den vom jeweiligen Staat für nötig befundenen „Versorgungsgrad“ zunächst unberührt lässt. Da die Ausgestaltung wettbewerblich optimaler Erbringungs- oder Ausgleichsmechanismen zudem eine anspruchsvolle und nicht nur auf einem Wege zu bewältigende Aufgabe ist, spricht auch einiges dafür, dem jeweiligen Staat eine weitreichende Entscheidungsprärogative einzuräumen. Die gegnerische Partei, die sich hier auf die fehlende

---

<sup>1312</sup> *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, angenommen am 5. April 2001, Ziff. 174.

<sup>1313</sup> *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005, Ziff. 304 ff.

<sup>1314</sup> *Krajewski, Playing by the Rules of the Game?*, LIEI 32(4) (2005), S. 417 [442 f.]. Dieser Standard wurde auf das GATT übertragen von *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, angenommen am 19. Mai 2005, Ziff. 70.

<sup>1315</sup> *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005, Ziff. 309 ff.

<sup>1316</sup> *Leroux, Eleven Years of GATS Case Law*, JIEL 10(4) (2007), S. 749 [789].

<sup>1317</sup> *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20. April 2005, Ziff. 317.

Erforderlichkeit beruht, müsste konkret darlegen, dass und weshalb die Ziele ebenso gut ohne die angegriffene Maßnahme erreicht werden könnten.

### 3. Zwischenergebnis

Als mitgliedstaatliche Regulierung werden Universaldienstvorgaben von den allgemeinen Regeln des GATS erfasst. Vorstellbar ist insbesondere, dass sie sich am Maßstab der Inländerbehandlung und am „necessity“-Test des Art. VI GATS messen lassen müssen. Aufgrund der Struktur dieser Vorschriften, deren Anwendung maßgeblich von den mitgliedstaatlichen Verpflichtungslisten (Art. XVII GATS) bzw. der Erarbeitung konkreter Disziplinen (Art. VI:4 GATS) abhängen, können die Mitgliedstaaten den Grad ihrer Bindung in den einzelnen Sektoren aber steuern.

## II. Universaldienst in der Anlage zur Telekommunikation

Das Bestehen von Universaldienstverpflichtungen hat erstmals – zwar nicht im Wortlaut, aber der Sache nach – in der Anlage zur Telekommunikation Niederschlag gefunden.<sup>1318</sup> Nach Ziff. 5 e) der TK-Anlage können Gemeinwohlverpflichtungen („public service responsibilities“) der Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze und -dienste als Rechtfertigungsgrund für Bedingungen der Zugangs- und Nutzungsgewährung in Bezug auf diese Netze und -dienste herangezogen werden. Nach Ansicht des Panel im Verfahren „Mexico-Telecommunications“ sollen die für Zugang und Nutzung verlangten Entgelte allerdings keine „Bedingungen“ im Sinne der Vorschrift sein, womit die Bedeutung dieser Rechtfertigungsmöglichkeit deutlich relativiert würde.<sup>1319</sup>

Die auferlegten Bedingungen müssen erforderlich („necessary“) sein, um die Gemeinwohlverpflichtung und insbesondere die Fähigkeit zu sichern, die Netze und Dienste der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen. Mit diesem Fall der Erforderlichkeitsprüfung hat sich das Panel im „Telmex“-Verfahren in Hilferwägungen befasst. Es hat festgestellt, dass die „Erforderlichkeit“ hier nicht im Sinne einer „Unerlässlichkeit“ verstanden werden kann, weil das bei einer Anwendung auf Entgelte darauf hinausliefe, dass solche nur in Höhe der Kosten verlangt werden können. Wenn „erforderlich“ aber eher als „einen Beitrag leistend“ verstan-

---

<sup>1318</sup> *Krajewski*, Universal Service Provisions in International Agreements of the EU, in: Szyszczak/Davies/Andenaes/Bekkedal (2011), S. 231 [237].

<sup>1319</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.327.

den wird, verlangt dies nach Ansicht des Panel eine Prüfung der „Angemessenheit“ im Sinne von Ziff. 5 a) der TK-Anlage, so dass der Vorschrift keine eigene Bedeutung zukommt.<sup>1320</sup>

### III. Universaldienst im Referenzpapier

Die Aufnahme einer Regelung zu Universaldiensten in das Referenzpapier war während der Verhandlungen lange umstritten. Manche sahen sie mit der Begründung als unnötig an, dass der Universaldienst als innerstaatliche Regulierung bereits von Art. VI GATS erfasst sei.<sup>1321</sup> Verlangt wurde eine Regelung von Vertretern der am wenigsten entwickelten Länder und insbesondere von Indien.<sup>1322</sup> In dem letztlich gefundenen Ergebnis spiegeln sich unterschiedliche Vorstellungen von der Bedeutung des Universaldienstes und den Wegen zu seiner Sicherstellung wider.<sup>1323</sup> Der rechtliche Gehalt der Ziff. 3 RP ist infolgedessen alles andere als eindeutig.

#### 1. Recht zur autonomen Bestimmung durch die Mitgliedstaaten, Ziff. 3 S. 1 RP

In Satz 1 der Ziff. 3 RP wird zunächst festgehalten: „Jedes Mitglied hat das Recht, die Art der Universaldienstleistungsverpflichtung festzulegen, die es beizubehalten wünscht.“<sup>1324</sup> Das Referenzpapier gibt damit keinen bestimmten Standard vor, sondern lässt einen weiten Raum für eine autonome Festlegung durch die Mitgliedstaaten.<sup>1325</sup> Dies passt zu der oben beschriebenen Entscheidungspraxis zur Erforderlichkeitsprüfung. Das Recht der Mitgliedstaaten bezieht sich dem Wortlaut nach nur auf die „Art“ der Universaldienstverpflichtung, wird aber auch deren „Umfang“ meinen. So erscheint es vorstellbar, dass über einen Festnetzanschluss hinaus auch Mobilfunkdienste oder der Zugang zum Internet in den Universaldienst einbezogen werden.<sup>1326</sup>

---

<sup>1320</sup> *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.337-7.343. Für Entwicklungsländer sieht Ziff. 5 g) über die vorgenannte allgemeine Regel hinaus die Möglichkeit vor, Bedingungen für den Zugang aufzustellen, die erforderlich sind, um die inländische Telekommunikationsinfrastruktur und –kapazität zu stärken. Diese Bedingungen müssen nach Ansicht des „Telmex“-Panel aber in der Verpflichtungsliste des Mitgliedsstaates aufgeführt werden; *Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, angenommen am 1. Juni 2004, Ziff. 7.388.

<sup>1321</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [84], die mit der jetzigen Regelung klarstellt, dass die Disziplinen des Art. VI GATS den Universaldienst erfassen; ähnlich *Tuthill*, *The GATS and new rules for regulators*, *Telecommunications Policy* 21(9/10) (1997), S. 783 [790].

<sup>1322</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [84].

<sup>1323</sup> Vgl. *Roseman*, *Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services*, in: *Mattoo/Sauvé* (2003), S. 83 [89] zu dem Mentalitätsunterschied zwischen USA und EU.

<sup>1324</sup> „Any member has the right to define the kind of universal service obligation it wishes to maintain.“

<sup>1325</sup> *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), E 27, Rn. 272; kritisch: *Moos*, *Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS* (2003), S. 286. *Fredebeul-Krein/Freytag*, *The case for a more binding WTO agreement*, *Telecommunications Policy* 23 (1999), S. 625 [642] fordern, zumindest Kriterien für den maximalen Umfang der Dienste vorzugeben.

<sup>1326</sup> *Elkettani*, *WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum TKG*, S. 197 [239].

Diese Festlegungshoheit der Mitgliedstaaten erscheint zunächst einleuchtend, gibt es doch keine einheitliche Definition der Universaldienstleistungen, sondern höchstens regelmäßig damit verbundene Grundelemente wie den häufig genannten Dreiklang von „availability, accessibility and affordability“.<sup>1327</sup> Die Grundvorstellung ist, dass ein bestimmtes Basispaket an Diensten allen Nutzern unabhängig von der geographischen Lage zu der gleichen Qualität und dem gleichen Preis zur Verfügung stehen muss.<sup>1328</sup> Was diese Basisversorgung umfasst, kann sich im Einzelnen deutlich unterscheiden. Der Verzicht auf jede inhaltliche Konkretisierung in Ziff. 3 S. 1 RP wirft dennoch Fragen auf.

Nicht ganz eindeutig ist bereits, ob die Mitgliedstaaten ohne weiteres neue Universaldienstpflichten einführen können. Das „right to define“ könnte allein auf den Zeitpunkt des Eingehens der GATS-Verpflichtung bezogen sein oder aber auch danach weiter bestehen. Für ein reines Festschreiben des status quo kann immerhin angeführt werden, dass Satz 1 von „beibehalten“ spricht. Dennoch wird man wohl davon ausgehen müssen, dass die Regel gegenüber nachträglichen Änderungen des Universaldienstes offen ist, da die Anpassung der Universaldienststandards an geänderte Marktbedingungen zu deren Wesen gehört.<sup>1329</sup>

Dann stellt sich aber die Frage, ob die Definition des Universaldienstes wirklich im freien Ermessen der Staaten liegt oder aber der Begriff des Universaldienstes inhaltlich aufgeladen wird, d.h. eine „Objektivierung“ stattfindet. Wie bereits erwähnt gibt es im Telekommunikationsrecht der EU enge Grenzen für die Erweiterung des Universaldienstes: Der Universaldienst ist auf Angebote beschränkt, die bereits der Mehrheit der Verbraucher zur Verfügung stehen und deren Nichtverfügbarkeit zur gesellschaftlichen Ausgrenzung führt. Es handelt sich um eine markt- und bedarfsbezogene Bestimmung der Wesentlichkeit und besteht gerade kein freies politisches Ermessen.<sup>1330</sup> Auch in den USA soll die zuständige Behörde bei der Bestimmung der Reichweite des Universaldienstes berücksichtigen, inwieweit die jeweilige Dienstleistung durch Entscheidungen der Verbraucher am Markt bereits von einer substantiellen Mehrheit genutzt werden.<sup>1331</sup> Würde der Universaldienst in diesem Sinne verstanden, so wäre der Spielraum der Mitgliedstaaten deutlich eingeschränkt. Der den Universaldienst nicht weiter qualifizierende Wortlaut spricht gegen ein solches Verständnis. Überzeugend scheint aber die Annahme, dass zumindest solche Dienste nicht zum Universaldienst erklärt werden

---

<sup>1327</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 11.

<sup>1328</sup> Z.B. *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 172 f.

<sup>1329</sup> Die Frage stellt sich derzeit insbesondere im Hinblick auf Breitband-Internetzugänge, vgl. *Voon/Mitchell*, International Trade Law Implications of Australia's National Broadband Network (2011), S. 34.

<sup>1330</sup> Vgl. Anhang V zur RL 2002/22/EG.

<sup>1331</sup> 47 U.S.C. § 254 (c) (1).

dürfen, die bereits unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden oder offensichtlich erbracht werden können.<sup>1332</sup>

Fraglich ist auch, wie mit Tendenzen umzugehen ist, das Aufgabenspektrum des Universaldienstes weiter zu fassen als es das oben beschriebene klassische Verständnis nahe legt und es als „gemeinwohlorientiertes Lenkungsinstrument“ auch zur Verfolgung sozial-, bildungs- oder gesundheitspolitischer Ziele zu verwenden.<sup>1333</sup> So kennt das US-amerikanische Telekommunikationsrecht einen „erweiterten“ Universaldienst, der für spezielle Einrichtungen (Schulen, Bibliotheken, Gesundheitszentren) auch den Zugang zu höherwertigen Dienstleistungen umfasst und über den allgemeinen Universaldienstmechanismus finanziert wird.<sup>1334</sup> Anders als der Universaldienst im engeren Sinne verfolgen diese besonderen Zugangsrechte bzw. Gewährleistungsverpflichtungen eher bildungspolitische oder industriepolitische Ziele (Förderung neuer Technologien). Der Universaldienst nähert sich damit dem weit verstandenen (nicht auf Marktversagen bezogenen) „public service“-Konzept. Hierin könnte eine unverhältnismäßige Belastung eintretender ausländischer Marktteilnehmer entweder durch deren direkte Verpflichtung oder durch die mittelbare Heranziehung über eine Universaldienstabgabe gesehen werden.

## **2. Anforderungen an den Universaldienst, Ziff. 3 S. 2 RP**

Satz 2 ergänzt zunächst, dass die von den Mitgliedstaaten bestimmten Universaldienstverpflichtungen nicht als „wettbewerbswidrig per se“ angesehen werden. Damit sollte nach der Vorstellung der Verhandlungsführer nicht die Reichweite der Verpflichtungen beschränkt, sondern nur Bedenken Indiens ausgeräumt werden, dass jedes Universaldienstsystem unabhängig von der Implementierung als wettbewerbswidrig angegriffen werden kann.<sup>1335</sup>

Als einschränkende Voraussetzung verlangt Ziff. 3 S. 2 RP jedoch, dass die Verpflichtungen auf transparente, nichtdiskriminierende und wettbewerbsneutrale Art gehandhabt werden und nicht belastender sind, als es für die Art der vom Mitgliedstaat definierten Universaldienstleistung erforderlich ist.<sup>1336</sup> Diese Anforderungen stammen aus Vorschlägen der USA, die der Aufnahme der Universaldienste in das Referenzpapier skeptisch gegenüber standen.<sup>1337</sup> Sie

---

<sup>1332</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [239].

<sup>1333</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 103 ff., 109.

<sup>1334</sup> 47 U.S.C. § 254 (c) (3) und (h).

<sup>1335</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [84].

<sup>1336</sup> „Such obligations will not be regarded as anti-competitive per se, provided they are administered in a transparent, non-discriminatory and competitively neutral manner and are not more burdensome than necessary for the kind of universal service defined by the Member.“

<sup>1337</sup> *Sherman*, „Wildly Enthusiastic“, 51 Fed. Comm. L. J. (1998), S. 61 [84].

beziehen sich auf verschiedene Stufen der Ausgestaltung und Umsetzung der Universaldienstpolitik.<sup>1338</sup>

### a.) Anforderungen an die Anwendung der Verpflichtung

Der erste Teil der Anforderungen betrifft die Anwendung der Universaldienstverpflichtungen („are administered“). Er ergänzt damit Art. VI:1 GATS, der bereits verlangt, dass alle allgemein anwendbaren Maßnahmen, die den Handel mit Dienstleistungen berühren, „angemessen, objektiv und unparteiisch“ angewendet werden.<sup>1339</sup> Mit Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und Wettbewerbsneutralität finden sich hier bekannte Grundprinzipien, deren Geltung z.B. auch für ein WTO-Wettbewerbsrecht gefordert wurde.<sup>1340</sup> In Bezug auf Transparenz und Diskriminierungsfreiheit scheint es sich zunächst nur um eine besondere Ausformung der Art. III und XVII GATS zu handeln. Ob die Regeln damit allein „deklaratorischen Charakter“ haben,<sup>1341</sup> ist aber unklar. So bedeutet Transparenz in der Anwendung zunächst, dass die Anbieter von auf sie zukommenden Universaldienstverpflichtungen im voraus Kenntnis erlangen können.<sup>1342</sup> Vorstellbar ist aber auch, die geforderte Transparenz auf das gesamte Universaldienstsystem zu beziehen und hieraus z.B. eine Verpflichtung zur Einführung einer getrennten Rechnungslegung beim Universaldienstleister abzuleiten. Das Diskriminierungsverbot kann auf der Ebene der Auswahl der verpflichteten Unternehmen eine Rolle spielen. Alle Betreiber müssen die gleiche Chance haben, benannt zu werden und dies muss wohl auch verfahrensmäßig abgesichert werden.<sup>1343</sup> Unklarheit herrscht in der Literatur über die Bedeutung der geforderten „Wettbewerbsneutralität“. Teilweise wird hier die Frage verortet, ob bestimmte Finanzierungsmodelle, z.B. solche, die auf Quersubventionen beruhen, wettbewerbsneutral sein können,<sup>1344</sup> oder die Forderung abgeleitet, dass grundsätzlich alle Anbieter gleichermaßen zu den Kosten herangezogen werden müssen.<sup>1345</sup> Die „Wettbewerbsneutralität“ bezieht sich hier dem Wortlaut nach allerdings nur auf die Anwendung der Regeln, nicht auf die Regeln selbst. Sie verlangt, dass die Anwendung der Regeln nicht selbst wettbewerbsverzerrend

---

<sup>1338</sup> Vgl. *Gao*, Telecommunications Services: Reference Paper, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 58 f.; undifferenziert hingegen: *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [239].

<sup>1339</sup> „In sectors where specific commitments are undertaken, each Member shall ensure that all measures of general application affecting trade in services are administered in a reasonable, objective and impartial manner.“

<sup>1340</sup> *Grieshaber-Otto/Sinclair*, Return to Sender (2004), S. 131.

<sup>1341</sup> So *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 285.

<sup>1342</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 12.

<sup>1343</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [239].

<sup>1344</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 171, 175 f.

<sup>1345</sup> *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [240].

sein soll. Dies lässt sich als Gebot der prozeduralen Fairness verstehen.<sup>1346</sup> Die Ausgestaltung der Regeln scheint demgegenüber nur an dem folgenden zweiten Teil des Satz 2 zu messen zu sein.

### **b.) Anforderungen an die Verpflichtung selbst**

Dieser verlangt, dass die Verpflichtungen selbst nicht belastender sind, als für den definierten Universaldienst erforderlich. Diese Erforderlichkeitsprüfung geht über die allgemeinen Standards des GATS hinaus.<sup>1347</sup> Was sie aber genau verlangt, ist unklar. Da die Bestimmung der Art des Universaldienstes nach Ziff. 3 S. 1 RP ausdrücklich den Mitgliedstaaten vorbehalten wurde, kann dieses Übermaßverbot wohl nicht auf die Festlegung des Umfangs des Universaldienstes angewendet werden, etwa dergestalt, dass nur Dienste, die nach dem Entwicklungsstand des jeweiligen Landes als Grundversorgung anzusehen sind, zum Universaldienst erklärt werden können.<sup>1348</sup> Es wird eher um die Mittel zur Erreichung des Universaldienstzieles gehen. Schließlich gibt es zur Sicherstellung eines Universaldienstes von Auflagen in Lizenzen über die Berücksichtigung bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten mit Inhabern lokaler Netze bis zur Einrichtung eines Ausgleichsfonds die verschiedensten Methoden.<sup>1349</sup>

Bei näherem Hinsehen wenig eindeutig ist insoweit die Vorgabe, dass die Universaldienstverpflichtungen nicht „belastender“ („more burdensome“) sein dürfen als erforderlich. Dem Wortlaut nach bezieht sich die Erforderlichkeitsprüfung nur auf die Universaldienstverpflichtung. Eine solche Verpflichtung kann zunächst die Pflicht zur eigenhändigen Erbringung des Dienstes sein, die aber typischerweise eher den einheimischen Ex-Monopolisten trifft. Als belastende Verpflichtung lässt sich auch noch die Pflicht zur Leistung finanzieller Beiträge in einen Universaldienstfonds u.ä. ansehen. Solche Pflichten dürfen keine Belastung neuer Marktteilnehmer darstellen, die diese vom Markteintritt abhält oder ausländische Anbieter zum Verlassen eines Marktes zwingt.<sup>1350</sup> Im Vordergrund steht jedoch für Marktneulinge regelmäßig nicht so sehr das Problem der eigenen Inanspruchnahme als vielmehr jenes der Bevorzugung, der „Überkompensation“ des Universaldienstverpflichteten. Eine Überzahlung der Universaldienstpflicht, die z.B. aus der Gewährung von Monopolrechten oder direkt aus staatlichen Mitteln erfolgt, stellt aber streng genommen keine (unverhältnismäßige) Verpflichtung

---

<sup>1346</sup> *Grieshaber-Otto/Sinclair*, Return to Sender (2004), S. 131.

<sup>1347</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 285.

<sup>1348</sup> So aber *Elkettani*, WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, S. 197 [239]. Der Satz 2 nimmt aber noch einmal ausdrücklich Bezug auf die Bestimmung durch den Mitgliedstaat („... for the kind of universal service defined by the member.“).

<sup>1349</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 174 f.

<sup>1350</sup> *Guermazi*, Exploring the Reference Paper (2004), S. 12.

der anderen Marktteilnehmer dar. Ihnen wird keine Verpflichtung auferlegt.<sup>1351</sup> Richtigerweise müsste es deshalb wohl heißen, dass der Universaldienst nicht handels- oder wettbewerbsverzerrender als nötig ausgestaltet werden darf.<sup>1352</sup>

In der Folge stellt sich die Frage, wie weit der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Bestimmung der Finanzierung des Universaldienstes gehen soll. Denn nach der „reinen“ ökonomischen Lehre werden Universaldienstziele möglicherweise am Besten durch gezielte, aus allgemeinen Steuermitteln stammende Subventionen für Anschlüsse in entlegenen Gegenden verfolgt.<sup>1353</sup> Insbesondere für den Fall, dass bei der Frage nach der „Verfügbarkeit“ („availability“) alternativer Maßnahmen höhere Kosten für die Regierung unbeachtet bleiben, wurde deshalb die Gefahr gesehen, dass dann auch Finanzierungen über höhere als kostenorientierte Zusammenschaltungsentgelte und sonstige Kostenteilungsregeln verboten sein könnten und im Ergebnis nur noch direkte Zuwendungen erlaubt wären.<sup>1354</sup> Dies ist jedoch wenig realistisch. Wie oben dargestellt berücksichtigt die Rechtsprechung zur „Erforderlichkeit“ durchaus Kosten oder technische Schwierigkeiten, die eine alternative Maßnahme zu einer unangemessenen Belastung machen, und ist z.B. der Universaldienstfonds ein anerkanntes Instrument, das auch in den USA vorgesehen ist.<sup>1355</sup> Wegen der einzelfallabhängigen Entscheidungspraxis bleiben aber Unsicherheiten. So stellt sich z.B. die Frage, ob die Bedeutung des Universaldienstziels in einen Abwägungsprozess einzubeziehen wäre.<sup>1356</sup>

### c.) Funktion der Universaldienstvorschrift

Offen ist auch die Frage, wie die Vorschrift zum Universaldienst in der Systematik des Referenzpapiers und des GATS zu verorten und wie das Verhältnis zu anderen Regeln ist. Für die Beweislast ist z.B. entscheidend, ob der „necessity test“ in Bezug auf die Universaldienstpflichten hier Teil einer Verpflichtung oder einer Ausnahmegesetzvorschrift ist. Bei einer Ausnah-

---

<sup>1351</sup> Bei einer Finanzierung über einen Monopolbereich lässt sich höchstens die Verpflichtung, dort nicht tätig zu werden, konstruieren. Bei einer direkten Ausgleichszahlung kann die Verpflichtung in der Duldung einer Ungleichbehandlung gesehen werden, die ansonsten (als de facto-Diskriminierung) gegen das Gebot der Inländerbehandlung verstoßen würde.

<sup>1352</sup> Es findet sich damit hier eine ähnliche Ungenauigkeit wie bei Art. VI:4 GATS (s.o.).

<sup>1353</sup> *Hoekman/Low/Mavroidis*, Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations, S. 127.

<sup>1354</sup> *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services (2003), S. 177. *Griehhaber-Otto/Sinclair*, Return to Sender (2004), S. 137 sehen die Gefahr, dass nur noch Gutschein-Systeme für Verbraucher möglich sind.

<sup>1355</sup> *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 389 f. Eine typische Ausgestaltung ist auch ein Universaldienstfonds in Verbindung mit Auktionen um die geringste Subvention (insb. für den Infrastrukturausbau), z.B. in Chile oder der Dominikanischen Republik *Miroudot/Pinali/Sauter*, The Impact of Pro-competitive Reforms (2007), S. 35, 38. Für ein noch weniger strenges Verständnis der „Erforderlichkeit“: *Gao*, Telecommunication Services: Reference Paper, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 59.

<sup>1356</sup> Vgl. *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 23 allgemein zu einer Bewertung der im Dienstleistungssektor verfolgten Gemeinwohlbelange durch die Streitbeilegungsorgane.

me muss der regelnde Staat die Erforderlichkeit nachweisen, während dies bei einer selbständigen Verpflichtung der Beschwerdestaat tun muss.<sup>1357</sup> Dem Wortlaut nach scheint es sich hier zunächst um eine Art Rechtfertigungsgrund oder Ausnahmetatbestand zu handeln.<sup>1358</sup>

Fraglich ist dann aber, gegenüber der Verletzung welcher Vorschriften er rechtfertigende Wirkung entfalten soll. Als „additional commitment“ in den spezifischen Verpflichtungen kann das Referenzpapier zunächst generell keine Abweichungen von den allgemeinen Regeln des GATS rechtfertigen.<sup>1359</sup> Aber auch in Bezug auf Marktzugangs- und Inländerbehandlungszusagen in den Listen spezifischer Verpflichtungen wird Ziff. 3 RP kaum Wirkung entfalten können. Denn gemäß Art. XVIII GATS enthält die Spalte „Zusätzliche Verpflichtungen“ Maßnahmen, die den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigen und gerade nicht Art. XVI oder XVII GATS unterfallen.<sup>1360</sup> Sollen dem Universaldienstverpflichteten Exklusivrechte oder reservierte Bereiche vorbehalten werden, so müssen diese wohl wegen Art. XVI:2 GATS unabhängig von dem Referenzpapier ausdrücklich in der Verpflichtungsliste erscheinen.<sup>1361</sup>

Es bleiben also Verpflichtungen aus dem Referenzpapier selbst. Zu denken ist vor allen Dingen an die Wettbewerbsregeln der Ziff. 1 RP. Denn Folge einer Ausgestaltung des Universaldienstes, die Ziff. 3 entspricht, ist dem Wortlaut nach, dass dieser nicht als „per se wettbewerbswidrig“ angesehen wird. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, scheint der Universaldienst also als wettbewerbswidrig einzustufen zu sein. Ziff. 1 RP verpflichtet die Staaten aber positiv, bestimmte Maßnahmen gegen wettbewerbswidrige Handlungen marktstarker Anbieter zu unternehmen. Ziff. 3 RP stellt demgegenüber bestimmte staatliche Maßnahmen, nämlich die Verpflichtung von Marktteilnehmern auf einen Universaldienst, als nicht per se wettbewerbswidrig frei – solche staatliche veranlassten Wettbewerbsbeeinträchtigungen sind anscheinend zunächst überhaupt nicht im Fokus der Ziff. 1 RP. In der „Telmex“-Entscheidung wurde jedoch klargestellt, dass auch staatliche Verpflichtungen zu wettbewerbswidrigem

---

<sup>1357</sup> *Delimatsis*, Towards a Necessity Test for Services (2006), S. 10.

<sup>1358</sup> *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 284 f. spricht von einer – gegenüber Art. XIV GATS klarstellenden – Ausnahmebestimmung. *Krajewski*, Universal Service Provisions in International Agreements of the EU, in: *Szysczak/Davies/Andenaes/Bekkedal* (2011), S. 231 [238] zieht eine Parallele zu Art. 106 Abs. 2 AEUV.

<sup>1359</sup> *Burri Nenova*, The Law of the WTO and the Communications Law of the EC, *JWT* 41(4), S. 833 [848]; *Moos*, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 303. So kann eine staatliche Auflagen an den Universaldienstverpflichteten, die gegen Art. VI:5 GATS verstößt, schon aus systematischen Gründen nicht von Ziff. 3 RP gerechtfertigt werden, der überdies eher strengere Anforderungen enthält.

<sup>1360</sup> Nach den „Scheduling Guidelines“ werden die „Zusätzlichen Verpflichtungen“ in der Form von zusätzlichen Verpflichtungszusagen, nicht in der Form von Beschränkungen ausgedrückt; vgl. *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments* (2001), S/L/92, S. 7. Ausführlich hierzu: *Bigos*, Contemplating GATS Art. XVIII on Additional Commitments, *JWT* 42(4) (2008), S. 723.

<sup>1361</sup> Vgl. aber *Bigos*, Contemplating GATS Art. XVIII on Additional Commitments, *JWT* 42(4) (2008), S. 723 [765 f.] zur entgegenstehenden Praxis in verschiedenen Verpflichtungslisten.

Verhalten Ziff. 1 RP unterfallen. Es müsste also ein wettbewerbswidriges Verhalten eines Unternehmens vorliegen, das staatlich angeordnet und zur Aufrechterhaltung des Universaldienstes erforderlich ist. Dann könnte eine Rechtfertigungssituation angenommen werden. Dies wurde in der Telmex-Konstellation geltend gemacht,<sup>1362</sup> ist in echten Missbrauchskonstellationen aber kaum vorstellbar. So ist die Quersubventionierung zur Finanzierung eines Universaldienstes als solche bereits nicht wettbewerbswidrig.

Eine rechtfertigende Wirkung des Ziff. 3 RP ist somit kaum zu erkennen. Es zeigt sich, dass nicht zu Unrecht vermutet wurde, dass die Einbeziehung der Regeln zum Universaldienst eher dazu diene, antizipierten Versuchen der Mitglieder mit dieser Argumentation von den Verpflichtungen abzurücken, zu begegnen, als dazu, eine echte Ausnahme zu schaffen.<sup>1363</sup> Man könnte die Vorschrift im Umkehrschluss sogar so verstehen, dass es sich um einen eigenständigen Verbotstatbestand handelt, der nicht erforderliche Universaldienstpflichten und deren nicht ordnungsgemäße Anwendung als wettbewerbswidrig untersagt. Die Offenheit der Vorschrift hinsichtlich der Ziele („the kind of universal service defined by the Member“) spricht für eine solche selbständige Verpflichtung.

#### IV. Universaldienst im Postsektor

Der Ursprung des Universaldienstes im Postsektor kann bis ins Jahr 1840 zurückverfolgt werden. Damals wurde mit den Reformen von Rowland Hill im Vereinigten Königreich die „Penny Post“ mit der Vorauszahlung des Porto über Briefmarken als der entscheidenden Innovation eingeführt. Da für den einheitlichen Preis einer Marke die Verteilung im ganzen Land gewährt wurde, waren damit die Charakteristika der umfassenden räumlichen Erschließung zu einheitlichen Preisen eingeführt.<sup>1364</sup> Später sind weitere Merkmale hinzugekommen, insbesondere eine gewisse Einheitlichkeit im Service, wie das Vorhalten von Briefkästen und Postschaltern sowie Qualitätsstandards, z.B. maximale Zustellungszeiten. Der allgemein zugängliche flächendeckende Postdienst blickt damit auf eine lange Geschichte zurück. Seine historische Bedeutung lag darin, lange vor dem Aufkommen moderner Kommunikationsmittel die – z.T. erst entstehenden – Nationen zusammen zu binden.<sup>1365</sup>

---

<sup>1362</sup> Das wettbewerbswidrige Preiskartell hinsichtlich der Terminierungsentgelte sollte zur Finanzierung des Universaldienstes dienen.

<sup>1363</sup> *McLarty*, *Liberalized Telecommunications Trade*, 51 Fed. Comm. L.J. (1998), S. 1 [32].

<sup>1364</sup> *PWC*, *The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment* (2006), S. 4.

<sup>1365</sup> So wird die Funktion des Postdienstes im US-Gesetz ausdrücklich beschrieben mit „the obligation to provide postal services to bind the Nation together through the personal, education, literary, and business correspondence of the people“, vgl. 39 U.S.C. § 101(a).

## 1. Definition des Universaldienstes

Der EU-Vorschlag zu einem Referenzpapier im Postsektor enthält anders als das zuvor betrachtete Telekom-Referenzpapier eine Definition des Universaldienstes. Danach ist unter dem Universaldienst die dauerhafte Bereitstellung von Postdienstleistungen einer festgelegten Qualität an jedem Punkt des Gebietes eines Mitglieds, zu erschwinglichen Preisen für alle Benutzer zu verstehen.<sup>1366</sup> Diese Definition orientiert sich an den Vorgaben der UPU.<sup>1367</sup> Art. 3 Abs. 1 des Weltpostvertrages verlangt von den Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, „dass alle Benutzer/Kunden Zugang zu einem Postuniversaldienst haben, der in einem qualitativ guten Angebot an Basispostdiensten besteht, die an jedem Punkt ihres Gebietes zu erschwinglichen Preisen jederzeit bereitgestellt werden.“<sup>1368</sup> Laut Kommentierung zu Art. 3 im sogenannten „Letter Post Manual“ sieht die UPU sich als Garant des Rechts der Menschen auf Kommunikation und Information und meint, dass jüngste Entwicklungen, insbesondere der zunehmende Einzug der Logik des Marktes geeignet seien, dieses Recht zu beeinträchtigen.

Die verwendete Definition beschränkt sich im Wesentlichen auf die anerkannten Grundelemente des Universaldienstes: Universalität, Dauerhaftigkeit, Qualität und Erschwinglichkeit. Letzteres verlangt dabei nicht zwingend die absolute Tarifeinheit im Raum.<sup>1369</sup> Die Aufnahme einer Definition in das Referenzpapier hat den Vorteil, einige der oben beschriebenen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des (zulässigen) Universaldienstes zu vermeiden. Sie bringt aber ihrerseits Probleme mit sich. Die Definition steht zunächst in einem Spannungsverhältnis zu Ziff. 2 des RP-Vorschlags der EU, wo, wie im Telekommunikationssektor, den Mitgliedstaaten das Recht zur Definition der Art von Universaldienstverpflichtungen, die sie beibehalten wollen, eingeräumt wird. Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass sich die Ausgestaltung des Universaldienstes in den verschiedenen Regionen der Welt im Einzelnen deutlich unterscheidet.<sup>1370</sup> Dies ist Folge der sehr unterschiedlichen Kostenstrukturen wegen der demogra-

---

<sup>1366</sup> „Universal Service is the permanent provision of a postal service of specified quality at all points in the territory of a Member at affordable prices for all users.“

<sup>1367</sup> Art. 1.1 Universal Postal Convention (Weltpostvertrag): „universal postal service: the permanent provision of quality basic postal services at all points in a member country’s territory, for all customers, at affordable prices“.

<sup>1368</sup> „In order to support the concept of the single postal territory of the Union, member countries shall ensure that all users/customers enjoy the right to a universal postal service involving the permanent provision of quality basic postal services at all points in their territory, at affordable prices.“ Abgedruckt im „Letter Post Manual“ der Universal Postal Union (2009), im Internet abzurufen unter: [www.upu.int](http://www.upu.int).

<sup>1369</sup> Für das EU-Recht: *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst (2001), S. 244. Hiervon scheint auch die UPU nicht auszugehen; vgl. UPU, Memorandum on Universal Postal Service Obligations and Standards (Sept. 2002), S. 19.

<sup>1370</sup> Einen Überblick gibt: UPU, Memorandum on Universal Postal Service Obligations and Standards (2002), S. 49 ff.

phischen und geographischen Gegebenheiten und Gebrauchsgewohnheiten aber auch des unterschiedlichen Entwicklungsstandes: In Industriestaaten scheint der Post-Universaldienst wegen der zunehmenden Substitution durch andere Kommunikationswege für schnelle Nachrichten künftig tendenziell reduzierbar. Auf der anderen Seite kann ein allgemeiner Universaldienst Entwicklungsländer mit sehr geringer Nachfrage nach Postdienstleistungen überfordern.<sup>1371</sup> Die Aufnahme eines einheitlichen Universaldienstverständnisses in das Referenzpapier könnte außerdem so (miss-)verstanden werden, dass die WTO sich wie die EU bzw. die Europäische Kommission selbst zum „Gewährleistungsträger“<sup>1372</sup> des Universaldienstes aufschwingt.<sup>1373</sup> Dafür ließe sich durchaus die Rolle der entsprechenden Dienstleistungen als „Infrastruktur der Globalisierung“ und somit als Komplementär zur Zollsenkung und Marktöffnung anführen. Auch in der EU werden aber gerade die – recht detaillierten – Vorgaben zum Universaldienst vor dem Hintergrund geänderter Nutzungsmuster zunehmend kritisch gesehen und wird für eine größere Freiheit der Mitgliedstaaten plädiert.<sup>1374</sup> Vorliegend handelt es sich um ein „internationales öffentliches Gut“, das bereits von der UPU in das Zentrum ihrer Bemühungen gestellt wurde und das dort besser aufgehoben scheint.

## 2. Anforderungen an den Universaldienst

Die Anforderungen an den Universaldienst übernimmt der EU-Vorschlag aus dem TK-Referenzpapier. Die Universaldienstverpflichtungen müssen nach Ziff. 2 S. 2 des Vorschlags auf eine transparente, nichtdiskriminierende und wettbewerbsneutrale Art gehandhabt werden und dürfen nicht belastender sein, als es für die Art der vom Mitgliedstaat definierten Universaldienstleistung erforderlich ist.

Auch zur Finanzierung des Universaldienstes im Postsektor sind zahlreiche Modelle vorstellbar, die von einem reservierten Bereich über Ausgleichsfonds, direkte staatliche Finanzierungen, „pay or play“-Verpflichtungen und Aufschlägen auf die Gebühr für einen Netzzugang bis hin zum Ausschreibungswettbewerb reichen. Welche Methode am Besten geeignet ist, hängt maßgeblich von den jeweiligen Marktcharakteristika und der Gewichtung der Regulierungs-

---

<sup>1371</sup> *Guermazi/Segni*, Postal Policy and Regulatory Reform in Developing Countries, in: Guislain (Hrsg.), S. 42 [44 f.].

<sup>1372</sup> *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst (2001), S. 278.

<sup>1373</sup> Vgl. zu entsprechenden Ansätzen positiver Verpflichtungen in bilateralen Abkommen der EU: *Krajewski*, Universal Service Provisions in International Agreements of the EU, in: *Szysczczak/Davies/Andenaes/Bekkedal* (2011), S. 231 [246 ff.]

<sup>1374</sup> *PWC*, The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment (2006), S. 14. Sie wurden mit der neuen RL 2008/6/EG aber nur leicht modifiziert. Nach Art. 3 Abs. 2 unternehmen die Mitgliedstaaten „Schritte, um zu gewährleisten, dass der Universaldienst an mindestens fünf Arbeitstagen pro Woche gewährleistet ist, sofern keine besonderen Umstände oder außergewöhnlichen geografischen Gegebenheiten vorliegen, und das dieser Dienst mindestens Folgendes umfasst: eine Abholung; eine Hauszustellung an jede natürliche

ziele durch die Regulierungsinstanz ab.<sup>1375</sup> Da die wettbewerbliche Umgestaltung des Postsektors in den meisten Staaten noch am Anfang steht, sind hier weniger Erfahrungswerte vorhanden. Als besonders problematisch hat sich jedenfalls die klassische Finanzierung des Universaldienstes über einen Exklusivbereich erwiesen. Sie ist intransparent und unpräzise und eine „Überkompensation“ deshalb wahrscheinlich.<sup>1376</sup> Das Problem lässt sich zugespitzt damit beschreiben, dass bei diesem Modell das Eintreiben der „Sondersteuer“ auf kostengünstige Strecken bzw. Briefe und deren Verwendung für die Subventionierung teurerer Strecken bzw. Briefe komplett in der Hand der Postverwaltung bzw. des Universaldienstleisters gelegt werden.<sup>1377</sup> Die Gefahr einer Überkompensation kann zwar theoretisch durch eine begleitende Entgeltregulierung begrenzt werden. Dies ist aber faktisch schwierig. Die Kosten des Universaldienstes werden nicht ermittelt und sind (z.B. in Deutschland) nicht bekannt, so dass sich gar nicht feststellen lässt, ob der Exklusivbereich im gegebenen Umfang notwendig ist.<sup>1378</sup> Soweit Mitgliedstaaten sich in Teilsegmenten Exklusivbereiche vorbehalten, sich für wettbewerbliche Marktsegmente aber dem Referenzpapier unterwerfen, stellt sich deshalb die Frage, ob sich die typischen Problem einer übermäßigen Ausdehnung des Monopolbereichs<sup>1379</sup> und der „Überkompensation“, die zu Verzerrungen auf dem wettbewerblichen Teil führen, mit Ziff. 1 und 2 des vorgeschlagenen Referenzpapiers erfassen lassen.

Aber auch im Telekommunikationssektor erprobte Modelle der Universaldienstfinanzierung bringen Probleme und offene Fragen mit sich. Bei einer Finanzierung über einen Fonds, der aus Abgaben der Marktteilnehmer gespeist wird, stellt sich vor allen Dingen das Problem der Abgrenzung der Verpflichteten, da der Postsektor im Randbereich viele Überschneidungen mit anderen Sektoren aufweist.<sup>1380</sup> Auch Ausschreibungen zur Ermittlung des Universaldienstbringers haben ihre Tücken. Bei einer Ausschreibung des Gesamtmarktes wird es häufig auf den bisherigen Monopolisten hinauslaufen. Bei einer Ausschreibung von Einzelmärkten besteht die Gefahr eines „Flickenteppichs“, der ein System innerstaatlicher Terminierungsentgelte erforderlich macht.<sup>1381</sup>

---

oder juristische Person oder, ausnahmsweise, unter von der nationalen Regulierungsbehörde zu beurteilenden Bedingungen, eine Zustellung an geeignete Einrichtungen.“

<sup>1375</sup> Ausführlich: *Oxera*, Funding Universal Service Obligations (2007), S. 18 ff., wo auch die Vorteile und Schwächen der verschiedenen Modelle herausgestellt werden.

<sup>1376</sup> *Geradin*, Enhancing competition in the postal sector (2006), S. 6.

<sup>1377</sup> *Hindley*, Trade Liberalization in Aviation Services (2004), S. 47.

<sup>1378</sup> *Tschinski*, Die gesetzliche Exklusivlizenz der Deutschen Post AG (2007), S. 171 ff.; siehe auch *Zhang*, The liberalization of postal and courier services, in: Marchetti/Roy (2008), S. 378 [401].

<sup>1379</sup> *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 21. Dezember 2000, Abl. 2001, L 63/59 zu „hybrid mail services“ in Italien.

<sup>1380</sup> *Visco Comandini*, The Provision and Funding of Universal Service, in: Geradin (2002), S. 221 [229]; *Zhang*, The liberalization of postal and courier services, in: Marchetti/Roy (2008), S. 378 [402].

<sup>1381</sup> Relativ unproblematisch ist dies noch, wenn sowieso Zugangsrechte bestehen.

## V. Universaldienst als ausbaufähiges Konzept?

Das Referenzpapier hat mit dem Universaldienst auf der Ebene des GATS ein Konzept eingeführt, das weniger „ideologisch aufgeladen“ ist als Begriffe wie „service public“ oder „Daseinsvorsorge“, in den bisher betrachteten Sektoren aber grundsätzlich geeignet scheint, einen Ausgleich zwischen Marktmechanismen und vom Markt nicht bedienten Gemeinwohlbelangen herzustellen. Dabei entsprang die Aufnahme der Universaldienstvorschrift in das Referenzpapier zunächst eher weniger einer allgemeinen Überzeugung von der Notwendigkeit eines Ausgleichsmechanismus als verhandlungstaktischen Überlegungen. Soll dieses Konzept ausgebaut und eventuell auf weitere Sektoren ausgedehnt werden, so zeigen die bisherigen Betrachtungen, dass sich verschiedene grundsätzliche Fragen stellen.

Eine erste Frage ist, ob die Reichweite des Universaldienstes vollständig autonom von den Mitgliedstaaten zu bestimmen sein soll und welchen Spielraum diese dabei haben. Selbst beim Fehlen einer Definition des Universaldienstes wie sie der EU-Vorschlag im Postsektor vorsieht, könnten Beschränkungen der möglichen Inhalte aus dem Konzept bzw. dem Wortlaut selbst folgen. Es ist unklar, wie die Streitbeilegungsorgane den Begriff der „universal service obligation“ auslegen würden. Im Wort angelegt scheint zunächst nur die Universalität der Dienstleistungsverpflichtung. Ob die anderen typischerweise mit dem Universaldienst verbundenen Eigenschaften zwingend in diesen Begriff hineinzulesen sind, ist fraglich. Vorstellbar wäre es, den Universaldienst mit Zielen der „Daseinsvorsorge“ oder des „service public“ zu erweitern. Auch die Versorgung entlegener Gegenden mit Busverkehr, der Zugang zu medizinischer Behandlung oder zu Bildung für alle kann als Universaldienst verstanden werden. Dabei beschreibt der Universaldienst allerdings in jedem Fall keinen Ausnahmebereich, sondern nur ein Ziel und eine auf dieses Ziel gerichtete Verpflichtung. Eng damit verbunden ist die Frage, auf welche weiteren Sektoren das Konzept des Universaldienstes passt. Wird es zwingend mit einer gleichen Mindestversorgung im Raum verbunden, so ist es möglicherweise für Sektoren, wo es um eine andere Art der „Grundversorgung“ geht (z.B. Rundfunk), zu eng. Dort könnte eine weitere Formulierung des öffentlichen Auftrags im Sinne eines „public service“ oder von „Dienstleistungen im öffentlichen Interesse“ erforderlich sein.

In Bezug auf die Inhalte des Universaldienstes stellt sich auch die Frage des Verhältnisses zu anderen internationalen Organisationen, die sich dem Universaldienst verpflichtet sehen. So wurde oben bereits angesprochen, dass die Sicherstellung des globalen Universaldienstes im Postsektor häufig als zentrale verbleibende Funktion der UPU angesehen wird. Die UPU bezieht sich dabei auf das Menschenrecht auf Kommunikation und setzt sich das Ziel, auf länge-

re Sicht einen gemeinsamen Mindeststandard zu erarbeiten.<sup>1382</sup> Nun kann man durchaus in Frage stellen, ob multilaterale Standards für den innerstaatlichen Universaldienst erforderlich und wünschenswert sind.<sup>1383</sup> Wenn gemeinsame Definitionen und Standards für den Universaldienst gefunden werden, scheinen hier die klassischen sektorbezogenen Internationalen Organisationen aber allemal geeigneter als die WTO, der die Übernahme einer „transnationalen Gewährleistungsverantwortung“<sup>1384</sup> eher fernliegt. Hier wäre an eine institutionalisierte Zusammenarbeit, evtl. nach dem Muster des SPS-Übereinkommens, zu denken, von der beide Seiten profitieren könnten: die standard-setzende internationale Organisation durch die Anerkennung ihrer Standards im Streitbeilegungssystem der WTO und die WTO durch die Legitimität der bewährten internationalen Organisationen, die anerkannte (internationale) öffentliche Güter schützen.<sup>1385</sup> Die WTO würde hierdurch fester in das Netzwerk intergouvernementaler Institutionen eingefügt.

Hinsichtlich der Anforderungen an die Ausgestaltung des Universaldienstes stellt sich die oben bereits diskutierte Frage, inwieweit die Erforderlichkeitsprüfung („necessity“) den geeigneten Maßstab bietet. Die oben dargestellte Entscheidungspraxis zeigt, dass die Streitbeilegungsorgane den Mitgliedstaaten durchaus Spielräume für unterschiedliche Regelungsmodelle lassen. Angesichts der Vielzahl möglicher Ausgestaltungen und des Fehlens weiterer Vorgaben ist aber bis zu einer Entscheidung im Einzelfall weitgehend unklar, ob ein Universaldienstmodell vor dem Hintergrund des Referenzpapiers tragfähig ist. Naheliegend scheint es, die „Erforderlichkeit“ als materielles Kriterium umzuwandeln bzw. auszuformen in konkrete formale, verfahrenstechnische Voraussetzungen wie eine Ausschreibungspflicht oder Vorgaben zur Berechnung des Ausgleichsbetrages.<sup>1386</sup> Eine Ausgestaltung dieser Anforderungen durch die Streitbeilegung scheint dann aber nicht optimal. Auf der anderen Seite ist fraglich, inwieweit genauere Vorgaben zur Auswahl des Universaldiensteanbieters und zur Berechnung und Verteilung der Kosten in das Referenzpapier aufgenommen werden sollten.<sup>1387</sup> Vorstellbar ist auch hier ein „gestuftes“ Regelungsmodell, dass über die grundsätzli-

---

<sup>1382</sup> Vgl. UPU, „Memorandum on Universal Postal Service Obligations and Standards“.

<sup>1383</sup> Koenig/Kulenkampff et al., Reform des Weltpostvereins (2005), S. 169 sehen nur den internationalen Universaldienst im Sinne eines diskriminierungsfreien Zugangs zu den nationalen Postnetzen in den Aufgabenbereich der UPU fallen.

<sup>1384</sup> Simon, Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009), S. 169.

<sup>1385</sup> Vgl. für den Bereich der Transportdienstleistungen: Janda, GATS Regulatory Disciplines Meet Global Public Goods, in: Mattoo/Sauvé (2003), S. 109 [123].

<sup>1386</sup> Entsprechende Ansätze finden sich in Art. 100 Abs. 3 des EU-CARIFORUM Economic Partnership Agreements, vgl. Krajewski, Universal Service Provisions in International Agreements of the EU, in: Szyszczak/Davies/Andenaes/Bekkedal (2011), S. 231 [246].

<sup>1387</sup> Dafür Fredebeul-Krein/Freytag, The case for a more binding WTO agreement, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625 [642]. Für zusätzliche Transparenzanforderungen in Bezug auf die Auswahl des Universal-

chen Anforderungen hinausgehende Aspekte der Koordinierung über unverbindliche Richtlinien und „Best Practice“-Beispiele überlässt.

Schließlich müssten die Rechtsnatur und die systematische Stellung der Universaldienst-Vorschrift überdacht werden. Die Aufnahme in sektorspezifische zusätzliche Verpflichtungen beschränkt die Wirkungen erheblich. Dies könnte dafür sprechen, die Anerkennung des Universaldienstes und die grundlegenden Anforderungen an seine Ausgestaltung auf die horizontale Ebene des GATS zu heben. Als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, z.B. in Art. XIV GATS, könnte er auch Marktzugangs- und Inländerbehandlungsverpflichtungen begrenzen. Dies würde zu einer grundsätzlichen Ausgleichsnorm ähnlich dem Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EG) führen. Auch dieser wurde aber sekundärrechtlich konkretisiert.<sup>1388</sup> Weitere sektorspezifische Ausformungen scheinen auch hier nötig, zumal im Bereich des GATS – anders als im Europarecht – nicht auf allgemeine Regeln zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Subventionsgewährung zurückgegriffen werden kann. Wesentlicher Unterschied zum Europarecht bleibt, dass die Vorfrage des „ob“ einer Liberalisierung – solange es beim Positivlistenansatz bleibt – bei den Mitgliedstaaten liegt. Die Frage einer Rechtfertigung von Universaldienstpflichten stellt sich also nur, wenn überhaupt Verpflichtungen eingegangen werden.

## **VI. Internationaler Universaldienst – internationale Verteilungsprobleme**

Eine besondere Frage bleibt, wie mit internationalen Verteilungsproblemen umgegangen werden soll. So können hergebrachte Systems wie die „Accounting Rates“ im Telekommunikationsbereich oder die Terminierungsentgelte für Postdienstleistungen mit ihren Subventionierungseffekten zu Gunsten der Entwicklungsländer als eine Art Mechanismus der Universaldienstfinanzierung auf internationaler Ebene angesehen werden. Dieser globale Universaldienst lässt sich möglicherweise aus dem Grundsatz der Solidarität, einer internationalen Pflicht zum Ausgleich herleiten.<sup>1389</sup> Er hat über allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen hinaus aber eine besondere Berechtigung darin, dass auch die entwickelten Länder und die dort-

---

dienstleisters und die Finanzierung des Dienstes auch *Geradin/Kerf*, *Levelling the playing field*, in: *Geradin/Luff* (2004), S. 130 [155].

<sup>1388</sup> Vgl. zum europäischen Recht: *Mestmäcker/Schweitzer* in: *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht EG*, Art. 86 Abs. 2, Rn. 10 ff.

<sup>1389</sup> Entsprechende „Gedanken zur internationalen Solidarität“ finden sich bei *v. Schorlemer*, *Globale Telekommunikation und Entwicklungsländer* (2000), S. 427 ff. *Simon*, *Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht* (2009), S. 171 ff. sieht die Gewährleistungsverantwortung zukünftig auch bei einer „transnationalen Verantwortungsgemeinschaft“.

gen Nutzer von Post und Telekommunikation wegen der Netzeffekte von einer besseren Infrastruktur in Entwicklungsländern profitieren.<sup>1390</sup>

Den klassischen Systemen fehlte es allerdings an den Sicherungsmechanismen, die für einen guten Ausgleichsmechanismus erforderlich sind, insbesondere was die Rechnungslegung betrifft.<sup>1391</sup> Es gab dort keine Vorgaben zur Verwendung der „Accounting Rates“ oder Terminierungsentgelte, soweit sie die tatsächlichen Kosten der Terminierung überschreiten. Wenn monopolistische Unternehmen mit den überschüssigen Einnahmen aber nach Belieben verfahren können und diese nicht in die Infrastruktur fließen müssen, fällt es schwer, von einem Universaldienst zu sprechen.

Dessen ungeachtet haben die internationalen Transferzahlungen einen Beitrag zur Finanzierung dieser Dienstleistungen in den Entwicklungsländern geleistet, der bei wettbewerblicher Erbringung entfällt. Darüber hinaus kommt es tendenziell sogar zu einer Umkehrung der Finanzströme, weil Entwicklungsländer heute für weiterentwickelte, höherwertige Dienstleistungen wie Internet-Backbone-Dienste oder Expressdienste zahlen, deren Anbieter in den Industrieländern sitzen. Vorschläge, über ein „special and differential treatment“ der Entwicklungsländer diesen zumindest einen Teil der Zusatzeinnahmen aus den „Accounting Rates“ zu sichern und sie im Gegenzug zu Investition in den Netzausbau und zur Anpassung der (i.d.R. zu niedrigen) internen Preise sowie zur Veränderung der Markt- und Eigentumsstruktur zu zwingen,<sup>1392</sup> dürften von den Realitäten inzwischen überholt sein. Es bleibt die Idee einer internationalen Universaldienstpolitik, die allerdings wohl angemessener außerhalb der WTO zu verfolgen ist.

---

<sup>1390</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1030]; *Guermazi*, Reforming international accounting rates, in: Geradin/Luff (2004), S. 83 [104 ff.].

<sup>1391</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1030].

<sup>1392</sup> *Guermazi*, Reforming international accounting rates, in: Geradin/Luff (2004), S. 83 [115 ff.].

## VII. Zwischenergebnis zum Universaldienst

Das Konzept des Universaldienstes ist ein im nationalen und europäischen Recht bekannter Ausgleichsmechanismus und ein Begleitinstrument zur Öffnung ehemals monopolistischer Märkte, welches mit dem Referenzpapier erstmals ausdrücklich Aufnahme in das GATS erfahren hat. Diese Aufnahme entsprang allerdings eher verhandlungstaktischen Überlegungen, als dass sie auf grundsätzlichen systematischen Erwägungen beruhte. Dies zeigt sich in erheblichen inhaltlichen Unklarheiten der Regelung. Diese betreffen die systematische Verortung und Funktion der Bestimmung wie auch ihre inhaltlichen Anforderungen. Hier scheint eine Klärung und Konkretisierung angezeigt, bevor das Konzept auf andere Sektoren übertragen wird. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Reichweite des Bestimmungsrechts der Mitgliedstaaten und die Anforderungen an die Ausgestaltung des Universaldienstes. Das Universaldienstkonzept des Referenzpapiers stellt maßgeblich auf die „Erforderlichkeit“ einer staatlichen Maßnahme zur Erreichung einer bestimmten Versorgung ab. Zur Konkretisierung sind auch hier nichtbindende Richtlinien und gemeinsam erarbeitete „beste Praktiken“ unterhalb der Regelungsebene des GATS bzw. der Spezifischen Verpflichtungen vorstellbar. Anhaltspunkte zur Konkretisierung und Operationalisierung können dabei möglicherweise auch aus dem Subventions- und Vergaberecht entnommen werden, die in der Folge betrachtet werden.

## B. Das Subventionsrecht und die Finanzierung nicht-ökonomischer Zwecke

Mit der Öffnung auch gemeinwohlbezogener Dienstleistungssektoren und der Erbringung durch Private rückt der Staat vielfach in die Rolle des Finanziers. Politisch erwünschte Leistungen, die der Markt nicht anbieten würde, sind vom Staat in der einen oder anderen Form zu bezahlen. Wie bei jeder staatlichen Zuwendung an einzelne Marktteilnehmer entsteht das Problem einer drohenden Verzerrung des Wettbewerbs. Denn die Leistungen, die der Staat honoriert, lassen sich häufig nur schwer und unpräzise in Geld beziffern. Zugleich wird der Hang zur Diskriminierung ausländischer Anbieter durch den Bezug zum innerstaatlichen Gemeinwohl und die klassischerweise staatliche Erbringung verstärkt.

Zwar kommen Subventionen in den verschiedensten Dienstleistungssektoren, verstärkt in Bereichen wie Tourismus, Finanz- und Transportdienstleistungen, vor.<sup>1393</sup> In den Verhandlungen und der Praxis zum GATS haben sie bisher allerdings kaum eine Rolle gespielt. Die zahlreichen subventionsbezogenen Vorbehalte zur Inländerbehandlung zeigen, dass die Staaten hierin eine Einfluss- und Steuerungsmöglichkeit sehen, die sie nur ungern aus der Hand geben möchten. Vorliegend sind solche Subventionen von Interesse, die der Finanzierung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe dienen. Während Subventionen grundsätzlich dann problematisch sind, wenn sie die Grenzkosten eines Unternehmens senken und damit zu einer Senkung der Preise und einer Ausweitung der Menge (zu Lasten von Wettbewerbern) führen,<sup>1394</sup> ist eine Erhöhung des „output“ hier gerade Ziel der Maßnahme und als solches legitim, weil und soweit der Markt diese Leistung nicht erbringt. Problematisch ist hier neben der Frage des Zugangs zu diesem besonderen Markt für Dienste am Gemeinwohl die Gefahr der „Überkompensation“ und der Verwendung der eingesetzten Mittel für andere Zwecke, d.h. wiederum die Quersubventionierung.

In der EU hat sich gezeigt, dass sich bei der Unterstützung des Universaldienstes im Beihilfenrecht vor allen Dingen zwei Fragen in Bezug auf den Beihilfebegriff stellen. Zum einen ist fraglich, ob bestimmte Unterstützungsleistungen wie reservierte Bereiche oder Universaldienstfonds Vorteile sind, die der Staat gewährt, ob sie aus „staatlichen Mitteln“ stammen. Dies ist zweifelhaft, soweit es allein auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht, z.B.

---

<sup>1393</sup> Einen gewissen Überblick bieten die Aufstellungen der Working Party on GATS Rules, die auf Trade Policy Reviews basieren, zuletzt S/WPGR/W/25/Add. 5 vom 27. März 2007.

<sup>1394</sup> Vgl. hierzu Sykes, *The Economics of WTO Rules on Subsidies* (2003), S. 5 f.; zur Frage, ob dieser Effekt Teil der Definition einer Subvention ist: *Diamond, Privatization and the Definition of Subsidy*, JIEL 11(3) (2008), S. 649 [654, 670].

Mittel aus einem Exklusivbereich für eine Quersubventionierung zu nutzen.<sup>1395</sup> Zum anderen stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Vorteil gewährt wird, wenn Geld für die Erfüllung bestimmter Universaldienstleistungen fließt, die der Markt nicht erbringen würde. Hieran schließt sich die Frage an, wie sichergestellt werden kann, dass Verpflichtung und Ausgleichszahlung in einem angemessenen finanziellen Verhältnis zueinander stehen. Diese Fragen wären auch von GATS-spezifischen Subventionsregeln zu beantworten, zu denen nachfolgend, nach einem kurzen Blick auf den status quo (hierzu unter I.), erste Überlegungen angestellt werden sollen (hierzu unter II.).

### I. Der status quo

Bisher unterliegen Subventionen im GATS den allgemeinen Regeln. Es gilt insbesondere das Meistbegünstigungsgebot für alle Sektoren, was aber kaum praktische Relevanz hat, da eine Differenzierung zwischen verschiedenen ausländischen Anbietern regelmäßig nicht das Problem ist, und der Grundsatz der Inländerbehandlung, allerdings nur in den Sektoren, wo Verpflichtungen übernommen worden und keine ausdrücklichen Vorbehalte bestehen.<sup>1396</sup> Schon deshalb ist die Bedeutung der Inländerbehandlung begrenzt. Gerade bei den hier betroffenen Dienstleistungen spielt zudem eine Rolle, ob bei der Frage der Gleichheit der Dienstleistungen und ihrer Erbringer auch außerhalb der Dienstleistung liegende Umstände wie die öffentliche, gemeinnützige oder private Natur des Dienstleistungserbringers berücksichtigt werden können. Dies würde die Wirkung der Inländerbehandlung weiter begrenzen. Darüber hinaus wurde in Frage gestellt, ob überhaupt Anreize bestehen, ausländische Anbieter, die unter der Modalität 3 oder – wo dies einmal zugelassen wird – unter der Modalität 4 in den Markt eintreten dürfen, bei der Verfolgung öffentlicher Zwecke zu diskriminieren.<sup>1397</sup> Schließlich werden niedergelassene Unternehmen ausländischer Herkunft häufig gar nicht als ausländische Dienstleistungserbringer angesehen. Anders ist das regelmäßig, wenn aus Gemeinwohlüberlegungen finanzierte Dienste von ausländischen Anbietern im Ausland erbracht werden, d.h. in Fällen der Modalität 1 oder 2. Zu denken ist beispielsweise an die Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen (Operation) im Ausland, die vom nationalen Finanzierungs- bzw. Erstattungssystem ausgenommen sind. Hier bestehen in Bezug auf die Anwendung des Inländerbehandlungsgrundsatzes eine Reihe offener Fragen. So ist die Reichweite und der rechtliche Status der Aussage in den „Scheduling Guidelines“, wonach das Prinzip der Inländerbehandlung nicht verlangt, die inländische Regelung bzw. Subvention auf einen Anbieter

---

<sup>1395</sup> v. Danwitz in: Badura et al., Beck'scher PostG-Kommentar (2004), Europarechtliche Grundlagen, Rn. 119.

<sup>1396</sup> Eine Aufstellung der Beschränkungen findet sich in S/WPGR/W/13 mit Add. 1 und Add. 2.

<sup>1397</sup> Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455; Adlung, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235 [251].

zu erstrecken, der sich im Ausland befindet,<sup>1398</sup> im Einzelnen unklar. Hier sind möglicherweise die Sachleistungssysteme, in denen der Staat Krankenhäuser oder Universitäten direkt finanziert von den Erstattungssystemen zu unterscheiden, in denen die Zahlungen verbraucherbezogen sind. Wenn auch bei letzteren eine Gleichbehandlung ausländischer Dienstleistungen nicht verlangt würde, wäre die Verpflichtung zur Inländerbehandlung weitgehend bedeutungslos.<sup>1399</sup>

Das Verhandlungsmandat des Art. XV GATS hat bisher keine Ergebnisse gezeitigt. Zwar stehen die Subventionsregeln auf der Agenda der „Working Party on GATS rules“, ohne dass hier aber bisher irgendwelche Fortschritte erzielt worden wären.<sup>1400</sup> Vielmehr standen in der Vergangenheit die ebenfalls hier angesiedelten Diskussionen über eine Schutzklausel („Safeguard Measures“) im Vordergrund. So wurden noch nicht einmal die erforderlichen Informationen über die Praktiken in den Mitgliedsstaaten und damit über das Ausmaß der Subventionierung ausgetauscht.<sup>1401</sup> Die Mitgliedsstaaten sind nicht nur unwillig, Informationen über ihre Subventionspraxis preiszugeben, sie zögern offensichtlich, mit Subventionsregeln für den Dienstleistungshandel eine weitere „terra incognita“ des internationalen Handelsrechts zu betreten.<sup>1402</sup> Die drohende Beschränkung des Spielraums zur Verfolgung legitimer Politikziele wird dabei als einer der Gründe angesehen, wieso Disziplinen gegen nicht-diskriminierende Subventionen in absehbarer Zeit unwahrscheinlich sind.<sup>1403</sup> Dementsprechend haben auch staatliche Zahlungen für gemeinwohlbezogene Dienstleistungen in den Verhandlungen bisher keine Rolle gespielt.

## II. Überlegungen zu GATS-spezifischen Subventionsregeln

Vorbilder für GATS-spezifische Subventionsregeln lassen sich im GATT-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM) und im „Agreement on Agriculture“ (AoA) finden. Beiden gemein ist, dass sie bestimmte Kategorien von Subventionen bilden, die als besonders problematisch oder als eher unproblematisch angesehen werden. Der konzeptionelle Hauptunterschied liegt bei den sonstigen Subventionen. Während sie im SCM anfecht-

---

<sup>1398</sup> Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS, WTO-Dok. S/L/92 vom 28. März 2001, S. 6

<sup>1399</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455 [FN 66]; *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235 [250]. Wobei allerdings auch gar nicht klar ist, dass Subventionen an Endverbraucher, die im GATT bzw. SCM nicht erfasst werden, unter künftige GATS-Regeln fallen würden bzw. sollen; *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 14 f.

<sup>1400</sup> *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235; *Sauvé*, Completing the GATS Framework, Aussenwirtschaft 57(3) (2002), S. 301 [324 ff.]; zum letzten Stand: Annual Report (2011), WTO-Dok. S/WPGR/22 vom 10. November 2011.

<sup>1401</sup> *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 43.

<sup>1402</sup> *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 1; *Poretti*, Art. XV GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 24.

bar sind, wenn nachteilige Auswirkungen nachgewiesen werden, setzt das AoA auf eine pauschale Reduzierung des Subventionsniveaus unabhängig vom Nachweis schädlicher Effekte im Einzelfall.<sup>1404</sup>

Dass sich die Erfahrungen aus dem Warenhandel nicht ohne weiteres auf das GATS übertragen lassen, zeigt sich aber schon bei den dort gefundenen Kategorien. Im SCM wie im AoA werden Exportsubventionen, d.h. solche, die rechtlich oder tatsächlich von der Ausfuhrleistung des Unternehmens abhängen, als besonders schädlich angesehen und mit den strengsten Regeln versehen. Im Dienstleistungsbereich sind Exportsubventionen vor dem Hintergrund der verschiedenen Erbringungsmodalitäten eine deutlich unklarere und wohl auch praktisch nicht so bedeutende Konstellation.<sup>1405</sup> Nach der bisherigen Struktur des GATS sind Export-sachverhalte zudem überhaupt nicht erfasst.<sup>1406</sup> Ein unter dem GATT nicht vorhandenes Problem, dass sich im Zusammenhang mit der Modalität 3 stellt, sind hingegen „Importsubventionen“, die das Zielland im „Standortwettbewerb“ gewährt, d.h. Maßnahmen wie Investitionsanreize für die Niederlassung ausländischer Unternehmen.<sup>1407</sup>

Auch wenn die vorhandenen Regeln aus dem Bereich des Warenhandels für grundsätzliche Fragen wie den Begriff der Subvention (hierzu unter 1.) durchaus als Vorbild dienen können, so wären aufgrund der eigenen Struktur für den Dienstleistungshandel in mancherlei Hinsicht auch neue Lösungen zu finden. Dies betrifft insbesondere die Frage, wie Zahlungen für gemeinwirtschaftliche Dienste eingegrenzt werden können (hierzu unter 2.), aber auch technische Aspekte wie die Art der Einbeziehung von Subventionsregeln (hierzu unter 3.) und Mechanismen zu deren Durchsetzung (hierzu unter 4.).

## 1. Begriff der Subvention

Der Begriff der Subvention ist im GATS nicht definiert. Es ist aber nahe liegend, von der Definition im Subventionsübereinkommen auszugehen, die auch die WTO-Mitglieder bei Ab-

---

<sup>1403</sup> *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235.

<sup>1404</sup> Zu den jeweiligen Vor- und Nachteilen: *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 35.

<sup>1405</sup> Vgl. *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 20; *Gauthier/O'Brien/Spencer*, Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 165 [179 f.]; *Poretti*, Art. XV GATS, in: *Wolfrum et al.* (2008), Rn. 10. Nach *Ahuja*, Subsidy Disciplines under GATS (2005), S. 22 f. können z.B. innerstaatliche Subventionen für die Tourismusbranche, mit denen ausländische Touristen angelockt werden sollen, wie Exportsubventionen wirken. Da hiervon aber auch innerstaatliche Urlauber profitieren, ist es kein klarer Fall. Es wäre auch schwer, die Vorteile, die an inländische von denen, die an ausländische Touristen gehen, zu trennen.

<sup>1406</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455.

<sup>1407</sup> *Gauthier/O'Brien/Spencer*, Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 165 [180]; *Poretti*, Art. XV GATS, in: *Wolfrum et al.* (2008), Rn. 12.

schluss des GATS und Erstellung der Verpflichtungslisten im Hinterkopf gehabt haben werden.<sup>1408</sup>

Eine Subvention setzt danach voraus, dass die Regierung oder eine öffentliche Körperschaft eine finanzielle Beihilfe leistet und hierdurch ein Vorteil gewährt wird, Art. 1.1 SCM.<sup>1409</sup> Die Subvention muss außerdem spezifisch sein, Art. 1.2 und 2 SCM. Auf den Merkmalen der Spezifität und des auf dem freien Markt nicht zu erlangenden Vorteils beruht letztlich die handelsverzerrende Wirkung der Subvention.<sup>1410</sup>

Die Streitbeilegungsorgane haben dem Subventionsbegriff eine sehr breite Bedeutung gegeben. Die finanzielle Beihilfe soll – anders als der Wortlaut („financial contribution by a government“) es nahe legt – nicht voraussetzen, dass dem gewährenden Staat Kosten entstehen. Entscheidend sei, ob der Empfänger besser stehe, als wenn er die Leistung auf dem freien Markt erworben hätte.<sup>1411</sup> Damit scheinen auch direkte Umlagesysteme, bei denen das Geld nicht durch den Staatshaushalt fließt, unter den Subventionsbegriff zu fallen. Dies kann für verschiedene Universaldienstsysteme wie Ausgleichsfonds oder Exklusivbereiche eine Bedeutung haben.

Die finanzielle Beihilfe muss weiterhin zu einem Vorteil beim Empfänger führen. Auch Kosten des Staates allein genügen nicht. Das SCM-Abkommen enthält keine ausdrückliche Definition des Vorteils. „Hochrelevanter Kontext“ soll aber in den Vorschriften zur Kalkulation der Höhe einer Subvention bzw. des gewährten Vorteils nach Art. 14 SCM zu sehen sein.<sup>1412</sup> Vorgesehen ist hier der Vergleich mit einem privaten Investor bzw. mit Marktbedingungen. So gilt die Erbringung von Dienstleistungen oder der Ankauf von Waren nach Art. 14 lit. d) SCM nur dann als ein Vorteil, wenn die Erbringung zu einem geringeren als dem angemessenen Entgelt bzw. der Ankauf zu einem höheren als dem angemessenen Entgelt erfolgt. Das angemessene Entgelt wird dabei in bezug auf die herrschenden Marktbedingungen für die Ware oder Dienstleistung im Land des Ankaufs oder der Erbringung bestimmt. Der Markt ist

---

<sup>1408</sup> *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235 [FN 5]. Für eine Übertragbarkeit der Subventions-Definition des SCM auch: *Gauthier/O'Brien/Spencer*, Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade, in: Sauvé/Stern (2000), S. 165 [178]; *Bellis*, Lack of clear regulatory framework, in: Geradin/Luff (2004), S. 275 [298]; *Ahuja*, Subsidy Disciplines under GATS (Nov. 2005), S. 20.

<sup>1409</sup> Art. 1.1: “For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: a) (1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member .... and b) a benefit is thereby conferred.”

<sup>1410</sup> *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 10, 13. Vgl. aber auch *Diamond*, Privatization and the Definition of Subsidy, JIEL 11(3) (2008), S. 649.

<sup>1411</sup> *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, angenommen am 20. August 1999, Ziff. 153 ff. Der Appellate Body behandelt diese Frage im Rahmen der Vorteilsgewährung („benefit“). Dort kommt es tatsächlich nicht darauf an, ob dem Staat Kosten entstehen. Richtigerweise stellt sich die Frage aber bei dem vorgelagerten Prüfungspunkt der „staatlichen finanziellen Beihilfe“.

damit der Maßstab: Nur wenn der Empfänger besser dasteht als unter Marktbedingungen, kann der staatliche finanzielle Beitrag als Subvention angesehen werden.<sup>1413</sup>

Fraglich ist, was gilt, wenn der Private als Gegenleistung bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen übernimmt. Auch hier liegt es nahe, keinen Vorteil anzunehmen, wenn lediglich ein angemessenes Entgelt gezahlt wird.<sup>1414</sup> Es stellt sich allerdings das Problem, dass es für die Erfüllung der entsprechenden Aufgaben in der Regel keinen Markt im herkömmlichen Sinne gibt. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen werden nicht von privaten Investoren finanziert. Es stellt sich die Frage, wie dann ein „angemessenes“ Entgelt bestimmt werden kann. Die Antwort liegt nahe, wenn man sieht, dass es sich hier letztlich um eine besondere Form des „public market“ handelt. Für solche öffentlichen Märkte wurden mit den Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge besondere Mechanismen geschaffen.<sup>1415</sup> Markt ist hier der Beschaffungsmarkt und Marktpreis der im Beschaffungsverfahren erzielte Preis. Diese Erkenntnis hat sich auch die „Altmark Trans“-Rechtsprechung des EuGH zu Eigen gemacht, indem sie vorrangig auf die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge abstellt, um sicherzustellen, dass ein Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht über das Maß des Erforderlichen hinausgeht.<sup>1416</sup> Eine solche „Prozeduralisierung“<sup>1417</sup> sieht sich vorliegend allerdings weiteren Schwierigkeiten gegenüber, da die entsprechenden Mechanismen – anders als im Europarecht – nicht ohne weiteres vorhanden sind.

## 2. Subventionen für gemeinwirtschaftliche Dienste als Ausnahmekategorie

In Anbetracht des vielfältigen Einsatzes staatlicher Zahlungen im Dienstleistungsbereich und des Unwillens der Mitgliedstaaten, ihre Handlungsspielräume zu beschränken, muss ein Subventionsregime unter dem GATS zwar eine Disziplinierung handelsverzerrender Beihilfen bewirken, gleichzeitig aber ausreichend Raum für die Verfolgung bestimmter per se akzeptierter Politikziele lassen.<sup>1418</sup> Dies kann über Aspekte der universellen Versorgung mit grundlegenden Dienstleistungen hinaus auch Ziele des Umweltschutzes oder der Entwicklungspolitik betreffen. Hierfür wird in der Literatur verlangt, eine Kategorie erlaubter Subventionen zur

---

<sup>1412</sup> *European Communities – Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea*, WT/DS299, Panel Report, angenommen am 17. Juni 2005, Ziff. 7.173.

<sup>1413</sup> *European Communities – Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea*, WT/DS299, Panel Report, angenommen am 17. Juni 2005, Ziff. 7.175. Ähnlich bereits *Canada – Aircraft*, WT/DS70/AB/R, AB Report, angenommen am 20. August 1999, Ziff. 157.

<sup>1414</sup> *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 43, 45.

<sup>1415</sup> *Bovis*, Financing Services of General Interest in the EU, ELJ 11(1) (2005), S. 79 [100].

<sup>1416</sup> EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, „Altmark Trans GmbH“; Rn. 87 ff.; zum Postsektor EuG, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. T-266/02, „Deutsche Post / Kommission“.

<sup>1417</sup> *Pöcker*, Der EuGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung, EuZW 2007, 167.

<sup>1418</sup> *Poretti*, Art. XV GATS, in: Wolftrum et al. (2008), Rn. 11, 39.

Verfolgung sozial- oder verteilungspolitischer Zwecke einzuführen,<sup>1419</sup> bei einem grundsätzlichen Verbot aller Subventionen eine positive Liste von Gemeinwohlbelangen zu schaffen, die öffentlich gefördert werden können,<sup>1420</sup> oder eine „exemption box“ bzw. „public policy box“ zu kreieren, die neben entwicklungspolitischen auch umwelt- oder sozialpolitisch motivierte Subventionen von den allgemeinen Regeln ausnehmen soll.<sup>1421</sup>

Eine gewisse Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Subvention wird bereits von dem Verhandlungsauftrag in Art. XV:1 S. 4 GATS verlangt, wonach die Verhandlungen die Rolle von Subventionen für die Entwicklungsprogramme von Entwicklungsländern anerkennen und Flexibilität in diesem Bereich gewähren sollen.<sup>1422</sup> Die Schaffung einer „Ausnahmekategorie“ hat auch Vorläufer im SCM-Übereinkommen wie im AoA. Die Regeln des SCM-Abkommens berücksichtigen nicht umfassend, ob mit den staatlichen Zahlungen legitime Zwecke verfolgt werden.<sup>1423</sup> Sie enthalten in Art. 8 SCM jedoch eine Kategorie der „non-actionable subsidies“, deren Geltung zwar am 31.12.1999 auslief, die aber wohl als eine Art „gentlemen’s agreement“ fortwirkt.<sup>1424</sup> In dieser „green light“-Kategorie werden Beihilfen für drei verschiedene Zielbereiche (Forschungstätigkeiten, benachteiligte Regionen, Anpassung an geänderte Umweltschutzvorschriften) unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anfechtbar erklärt. Im Rahmen des AoA wurde mit der sogenannten „green box“ eine Kategorie von Subventionen geschaffen, von denen keine oder nur geringe Handelsverzerrungen ausgehen sollen und die deshalb von den Reduktionsverpflichtungen ausgenommen sind.<sup>1425</sup> Hierunter fallen z.B. produktionsentkoppelte Direktzahlungen zur Einkommensstützung, Strukturanpassungsbeihilfen, Zahlungen im Rahmen von Umweltschutzprogrammen und Hilfen für benachteiligte Regionen. Die Anforderungen an zulässige Programme sind dabei jeweils näher beschrieben.

Bei der Aufnahme einer vergleichbaren Kategorie grundsätzlich erlaubter Beihilfen in ein Subventionsregime unter dem GATS würde sich vor allen Dingen die Frage stellen, wie ein Missbrauch und das Auftreten von Handelsverzerrungen vermieden werden könnte.<sup>1426</sup> Aus dem SCM-Abkommen lassen sich kaum Vorbilder für Sicherungsmechanismen gegen „Über-

---

<sup>1419</sup> Ruiz Fabri/Crontiras, L’Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 44; Sauvé, Completing the GATS Framework, *Aussenwirtschaft* 57(3) (2002), S. 301 [329].

<sup>1420</sup> Ahuja, *Subsidy Disciplines under GATS* (2005), S. 19 f.

<sup>1421</sup> Benitah, *Subsidies, Services and Sustainable Development* (2004), S. 21. Eugui / Werth, *Rediscovering Subsidies in Services Negotiations?*, *Bridges* No. 6 (2003), S. 16 sprechen von einer „Sustainable Development Box“.

<sup>1422</sup> Bellis, *Lack of a clear regulatory framework*, in: Geradin/Luff (2004), S. 275 [299].

<sup>1423</sup> Sykes, *The Economics of WTO Rules on Subsidies* (2003), S. 20.

<sup>1424</sup> Benitah, *Subsidies, Services and Sustainable Development* (2004), S. 38, FN 29.

<sup>1425</sup> Art. 6.1 AoA i.V.m. Anlage 2.

kompensationen“ ableiten. Ansätze einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gibt es allenfalls bei den Beihilfen zur Anpassung an neue Umweltvorschriften (Art. 8.2 c SCM). Diese müssen unmittelbar an die vom Unternehmen geplante Verringerung der Umweltbelastung geknüpft sein, im Verhältnis dazu stehen und keine Einsparungen an Herstellungskosten decken, die erzielt werden können. In der „green box“ des AoA wird als Grundvoraussetzung zur Vermeidung handelsverzerrender Effekte verlangt, dass die Mittel aus öffentlichen Programmen stammen und nicht den Effekt preisstützender Maßnahmen zu Gunsten der Produzenten haben. Dies wird für die verschiedenen Unterstützungsmaßnahmen weiter konkretisiert. So ist für die produktionsentkoppelte Einkommensstützung wichtig, dass deren Höhe keinen Bezug zu Produktionsmengen oder Preisen (nach dem Basisjahr für die Berechnung) aufweist und auch keine Produktion voraussetzt. Zahlungen unter Umweltschutzprogrammen müssen nicht nur klar umschriebenen Zielen dienen, sondern sind auch auf die zusätzlichen Kosten oder den Einkommensverlust zu beschränken, den die Befolgung des Programms verursacht.

Ob solche materiellen Vorgaben ausreichend wirksam sind, ist fraglich. Sie könnten durch Verfahrensvorgaben ergänzt werden. Vorbild könnte auch hier die „Altmark Trans“-Rechtsprechung sein. Danach ist eine Zahlung für die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Dienste dann keine Beihilfe, wenn das begünstigte Unternehmen (1.) tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut ist und diese klar definiert sind, (2.) die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs zuvor objektiv und transparent aufgestellt wurden, (3.) der Ausgleich nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der Verpflichtung zu decken und (4.) entweder die Wahl des Unternehmens im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt oder die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens bestimmt wird.<sup>1427</sup>

### 3. Art der Einbeziehung von Subventionsregeln

Wenn es um die Einbindung von Regeln zur Subventionsvergabe geht, ist theoretisch ein spezielles GATS-Subventionsabkommen ähnlich dem „Agreement on Subsidies and Countervailing Measures“ vorstellbar – die Notwendigkeit solch genereller Regeln wird von den Mitgliedstaaten bisher aber offenbar nicht gesehen.<sup>1428</sup> Alternativ könnte die Flexibilität des GATS genutzt werden, indem Disziplinen für die Subventionsvergabe, dort wo sie nötig er-

---

<sup>1426</sup> Vgl. *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 22 ff., der eng umschriebene Kategorien verlangt, allerdings gleichzeitig eine Vielzahl möglicher Fallgruppen nennt.

<sup>1427</sup> EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, „*Altmark Trans GmbH*“, Rn. 87 ff.

<sup>1428</sup> Zu der Übertragbarkeit des SCM-Abkommen auf den Dienstleistungsbereich: *Gauthier/O'Brien/Spencer*, Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 165 [S. 178 ff.].

scheinen, als „Zusätzliche Verpflichtung“ gemäß Art. XX:1 (c), XVIII GATS in die Listen der Mitgliedstaaten aufgenommen werden.<sup>1429</sup> Diesen Weg ist bisher kein Mitglied gegangen. Ein Grund dafür dürfte in der Angst liegen, dass ein Einlassen auf solch individuelle Disziplinen aufgrund der unterschiedlichen Verhandlungsmacht der Staaten zu unausgewogenen Ergebnissen führt.<sup>1430</sup> Um dieser Gefahr vorzubeugen und zugleich eine Zielmarke für die individuellen Verpflichtungen zu schaffen, könnte auch hier auf das Instrument des Referenzpapiers zurückgegriffen werden.<sup>1431</sup> In das Referenzpapier würde ein „idealer“ Regelungsrahmen für die Vergabe von Subventionen aufgenommen, den die Mitgliedstaaten komplett oder abgeändert, sektoriell oder horizontal in ihre Verpflichtungsliste übernehmen könnten.

#### 4. Durchsetzungsmechanismen

In den Durchsetzungsmechanismen müssen sich die Subventionsregeln wegen der anderen Natur des Dienstleistungshandels und des GATS deutlich vom SCM-Abkommen unterscheiden. Einseitige Gegenmaßnahmen (der sogenannte „Track I“, für die im GATT Ausgleichszölle ein probates Mittel sind, erscheinen hier nur schwer möglich.<sup>1432</sup> Dies gilt insbesondere für Investitionen, die unter der Modalität 3 getätigt wurden, und bei denen eine Zerschlagung kaum wünschenswert scheint.<sup>1433</sup> Es wäre auch schwieriger, „nachteilige Auswirkungen auf die Interessen anderer Mitglieder“ (Art. 5 SCM) nachzuweisen und zu beziffern. Die Fallgestaltungen und möglichen Effekte der vorstellbaren Beihilfen sind viel zahlreicher und unübersichtlicher. Insoweit wäre es naheliegender, auf das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung abzustellen (vgl. Art. 107 Abs. 1 AEUV).<sup>1434</sup>

Wegen der Schwierigkeiten einer Sanktionierung wurde der Ansatz des AoA mit seiner pauschalen Reduzierungsvorgabe als interessantes Vorbild für Dienstleistungen angesehen.<sup>1435</sup> Es dürfte im Unterschied zur Landwirtschaft im Dienstleistungsbereich jedoch bereits sehr schwer fallen, überhaupt eine Ausgangssumme der zu reduzierenden Subventionen zu beziffern. Auch würden prozentuale Reduzierungsverpflichtungen nicht im Ansatz der sehr unterschiedlichen Berechtigung oder Schädlichkeit verschiedener Subventionen gerecht.

---

<sup>1429</sup> *Adlung*, Public Services and the GATS, JIEL 9(2) (2006), S. 455. *Gauthier/O'Brien/Spencer*, Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 165 [S. 175] schlagen dies für die Emergency Safeguard Measures vor.

<sup>1430</sup> *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 9.

<sup>1431</sup> So auch *Adlung*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services, JIEL 10(2) (2007), S. 235, der sich aber für ein horizontales Referenzpapier ausspricht, dass alle Sektoren umfasst.

<sup>1432</sup> *Poretti*, Art. XV GATS, in: *Wolfrum et al.* (2008), Rn. 13 ff.

<sup>1433</sup> *Gauthier/O'Brien/Spencer*, Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 165 [180 f.]; vgl. auch *Benitah*, Subsidies, Services and Sustainable Development (2004), S. 33 f., der für einen „verfeinerten“ AoA-Ansatz plädiert.

<sup>1434</sup> *Ahuja*, Subsidy Disciplines under GATS (Nov. 2005), S. 17.

<sup>1435</sup> *Bellis*, Lack of clear regulatory framework, in: *Geradin/Luff* (2004), S. 275 [300].

Im Ergebnis liegt es auch hier in der Natur des GATS, dass Anforderungen an innerstaatliche Verfahren und Rechtsschutz eine größere Bedeutung erlangen. Die ex ante-Kontrolle des Verhaltens der Mitgliedstaaten sollte wichtiger sein als die Prozeduren für ex post-Gegenmaßnahmen.<sup>1436</sup> Disziplinen für die Vergabe von Subventionen könnten also vor allen Dingen verfahrensrechtlicher Natur sein und deren Einhaltung mittels vorgegebener innerstaatlicher Rechtsbehelfe und dann auch von den Streitbeilegungsorganen der WTO überprüft werden. Dies würde sich in die bisherigen Überlegungen zur Fortbildung des Referenzpapiers einfügen.

### **III. Zwischenergebnis zum Subventionsrecht**

Die Problematik der Universaldienste, ihrer Erbringung und Finanzierung, lässt sich auch aus dem Blickwinkel des Subventionsrechts betrachten. Entscheidend ist dabei, ob die Ausgleichszahlungen zur Erfüllung bestimmter, im öffentlichen Interesse liegender Ziele erfolgen und nicht über das hierfür Erforderliche hinausgehen. Unter dem status quo des GATS bestehen allerdings nur rudimentäre Vorschriften zur Subventionsvergabe. Aus den Regeln im Bereich des Warenhandels lassen sich aber zumindest Vorbilder für bestimmte „Sonderkategorien“ grundsätzlich akzeptabler Subventionen entnehmen. Die dort nur in Ansätzen vorhandenen Mechanismen zum Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen müssten allerdings fortentwickelt werden. Hier, wie auch hinsichtlich der Art der Einbeziehung und der Durchsetzung der Regeln müssten eigene, zu den Besonderheiten der Dienstleistungsmärkte passende Regeln gefunden werden, die auch eher auf die innerstaatliche Regulierung und Verfahren setzen könnten.

---

<sup>1436</sup> Ahuja, *Subsidy Disciplines under GATS* (2005), S. 21.

### C. Nicht-ökonomische Zwecke und Ausschreibungswettbewerb

Verfahrensrechtliche Regeln, die an der Schnittstelle zwischen privaten Unternehmen und dem Staat wirtschaftlich effiziente Ergebnisse sichern und Wettbewerbsverfälschungen vermeiden sollen, sind ein bewährtes Mittel insbesondere im öffentlichen Auftragswesen, aber auch bei der Vergabe von Lizenzen und ähnlichen Rechten.

Das öffentliche Auftragswesen oder die Vergabe öffentlicher Aufträge beschreibt die Situation, in welcher der Staat sich die zur Erfüllung seiner Aufgaben nötigen Mittel durch Vertrag mit der Privatwirtschaft beschafft. Der Staat tritt insoweit nicht als Regulierer, sondern als Nachfrager am Markt auf. Da der Staat sich – auch wenn er rechtsgeschäftlich handelt – schon auf Grund seiner Größe und Stellung, der Struktur seiner Entscheidungsfindung und im Hinblick auf die Verwendung öffentlicher Mittel von privaten Nachfragern unterscheidet,<sup>1437</sup> unterliegt er einem eigenen Rechtsregime. Das anwendbare Recht lässt sich plakativ als das Recht der „öffentlichen Märkte“ („public markets“) beschreiben, die der Staat zur Verfolgung des öffentlichen Interesses betritt.<sup>1438</sup> Solange der Staat die Daseinsvorsorge selbst erbringt, der „public service“ also unmittelbar Teil des Staates ist, handelt es sich auch insoweit um „klassisches“ Beschaffungswesen, wo der Staat sich etwa im Bildungs- oder Gesundheitswesen Einzelleistungen (Güter oder Dienstleistungen) besorgt, um sie als „Input“ bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu nutzen.

Mit dem Leitbild des Gewährleistungsstaates sind in den letzten Jahrzehnten aber zunehmend „neue Beschaffungsmärkte“ entstanden, die sich dadurch auszeichnen, dass der Staat die gesamte Erfüllung bestimmter Aufgaben auslagert und sich auf die Rolle des Finanzierers und Überwachers zurückzieht. Bei diesem „Outsourcing“ der Daseinsvorsorge werden bestimmte Funktionen der Daseinsvorsorge oder ganze Märkte auf Private übertragen. So kann selbst der Universaldienst unter dem Blickwinkel der staatlichen Beschaffung gesehen werden: Der Staat will die Ausübung einer Tätigkeit durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die dieser aufgrund der Marktverhältnisse ohne staatliche Gegenleistung nicht ausüben würde.<sup>1439</sup> Die Mechanismen des Vergaberechts z.B. die Vorgaben hinsichtlich Spezifikation, Qualifikation der Anbieter und Zuschlag können auch hier geeignete Mittel sein, um zu wettbewerbskonformen

---

<sup>1437</sup> Vgl. im Einzelnen: *Göttsche*, in: *Hilf/Oeter, WTO-Recht* (2005), S. 469.

<sup>1438</sup> *Bovis*, *Financing Services of General Interest in the EU*, *ELJ* 11(1) (2005), S. 79 [82]. Dass es um die Verfolgung öffentlicher Interessen geht, zeigt sich auch in der Ausnahme des Art. XIII GATS, die nur greift, wenn die Dienstleistungen für staatliche Zwecke beschafft werden und nicht zum kommerziellen Wiederverkauf oder zur Nutzung für die Erbringung kommerzieller Dienstleistungen.

<sup>1439</sup> *Weller*, *Auctions for Universal Service Obligations*, *Telecommunications Policy* 23(8) (1999), S. 645 [657].

Ergebnissen zu gelangen. So ist die Auktion um die geringste Subvention für die Bereitstellung des Universaldienstes eine bewährte Methode.<sup>1440</sup> Ähnliche Mechanismen, insbesondere Auktionsverfahren werden angewandt, wo es um die Gewährung von Rechten und die Verteilung knapper Ressourcen (z.B. Funkfrequenzen) geht. Hier gibt es auch Überschneidungen mit der zuvor genannten Fallgruppe. Denn solche Auktionen können neben der reinen Verteilungsfunktion auch den Zweck haben, mit bestimmten Auflagen die Erfüllung von Universaldienstverpflichtungen sicherzustellen.

Für das öffentliche Auftragswesen wurde auch auf der Ebene der WTO erkannt, dass die abstrakten Prinzipien der Nichtdiskriminierung, d.h. der Meistbegünstigung und der Inländergleichbehandlung, wie auch eine abstrakte Verpflichtung auf Transparenz zwar wichtig, nicht jedoch ausreichend sind. Mit dem „Agreement on Government Procurement“ (GPA), welches allerdings bis heute nur ein plurilaterales Abkommen ist, wurden das Diskriminierungsverbot „prozeduralisiert“ und die Transparenzvorgaben konkretisiert.<sup>1441</sup> Dieses Abkommen spielt allerdings, wie andere Ansätze auch, für den Dienstleistungshandel bisher nur eine begrenzte Rolle (hierzu unter I.). Da es jedoch einen ausgefeilten Verfahrensrahmen inklusive Vorgaben zum innerstaatlichen Rechtsschutz enthält, sollen seine Anwendbarkeit auf und Eignung für Universaldienstkonstellationen näher untersucht werden (hierzu unter II.). Als Alternative zu einer Erweiterung des GPA oder einer Übernahme seiner Regeln wäre eine Aufnahme bestimmter Verfahrenselemente in sektorspezifische Disziplinen vorstellbar (hierzu unter III.).

## **I. Dienstleistungshandel und Vergaberecht**

Bezüglich des Vergaberechts im Dienstleistungsbereich sind drei verschiedene Regelungsansätze bzw. Diskussionsforen zu unterscheiden:

Erstens und vor allem erfasst das plurilaterale GPA grundsätzlich auch Dienst- und Bauleistungen. Beim GPA steht allerdings bisher, vergleichbar dem GATS, die „äußere Flexibilität“ bei der Unterwerfung bestimmter Sektoren bzw. Vergabestellen im Vordergrund. Kritische Bereiche werden nicht in den Anwendungsbereich einbezogen. Mit Ausnahme der USA, die einen Negativlisten-Ansatz gewählt haben, sind nur die Servicesektoren erfasst, die die Staaten in ihrer Anlage 4 zum Anhang 1 positiv aufgeführt haben („positive list approach“). Hier wurden zumeist nur bescheidene Verpflichtungen übernommen. Es ist jedoch zu erwarten, dass das GPA insgesamt an Bedeutung gewinnen wird, da mehrere Staaten, insbesondere

---

<sup>1440</sup> Vgl. *Wallsten*, Reverse Auctions and Universal Telecommunications Service, Fed. Comm. L. J. 61(2) (2009), S. 373.

<sup>1441</sup> Vgl. zum GPA: *Göttsche*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht (2005), S. 467 ff. und ausführlich *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003) sowie die Beiträge in *Evenett/Hoekman*, The WTO and Government Procurement (2006).

China über eine Mitgliedschaft verhandeln.<sup>1442</sup> Außerdem wurde – außerhalb der Doha-Runde – eine überarbeitete Version ausverhandelt, auf die sich die beteiligten Staaten am 15. Dezember 2011, kurz vor der 8. WTO-Ministerkonferenz in Genf einigen konnten.<sup>1443</sup> Ob dies auch im Dienstleistungsbereich für Bewegung sorgt, bleibt abzuwarten.

Zweitens betrafen die Verhandlungen über Regeln für stärkere Transparenz im Beschaffungswesen auch den Dienstleistungssektor. Die Ministerkonferenz von Singapur hatte 1996 eine Arbeitsgruppe (Working Party on Transparency in Government Procurement) eingesetzt, um neben dem GPA einen weniger weitreichenden multilateralen Rahmen für alle Mitglieder zu finden. Mit dem Beschluss des Allgemeinen Rates, die „Singapur-Themen“ von den Verhandlungen der Doha-Runde auszunehmen, wurden diese Arbeiten jedoch suspendiert.<sup>1444</sup>

Drittens schließlich gehören multilaterale Verhandlungen über das öffentliche Beschaffungswesen im Dienstleistungsbereich zur „build in – Agenda“ des GATS. Denn Art. XIII GATS nimmt zwar in seinem Absatz 1 die Regeln mit Bezug zur öffentlichen Beschaffung von den Anforderungen der Meistbegünstigung, des Marktzugangs und der Inländerbehandlung aus. Im folgenden Absatz bestimmt er jedoch, dass zwei Jahre nach Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens Verhandlungen über die öffentliche Beschaffung stattfinden sollen. Die Diskussionen in der zuständigen „Working Party on GATS Rules“ sind indes nicht weit gediehen.<sup>1445</sup> Bereits die Reichweite des Mandats ist umstritten. Von Seiten der Entwicklungsländer wird ein im Verhältnis zum GPA weniger strenges Regime gefordert, da insbesondere die Vorgaben für den internen Rechtsschutz im GPA als zu weitgehend angesehen werden.

Eine Einigung auf substantielle Regeln scheint nicht sehr wahrscheinlich. Nach wie vor gibt es in vielen Ländern erhebliche politische Widerstände gegen die Bezahlung ausländischer Firmen mit Steuergeldern für Leistungen, die auch Inländer erbringen könnten. So ist eine internationale Ausschreibungspflicht für Branchen von beschäftigungs- oder industriepolitischen Interesse wie Bau- oder IT-Dienstleistungen nicht zu erwarten.<sup>1446</sup> Hinzu kommen die

---

<sup>1442</sup> Neben China verhandeln Albanien, Georgien, Jordanien, Kirgisien, Moldawien, Oman, Panama und Taiwan über eine Aufnahme. Weitere Mitglieder wurden bei ihrem WTO-Beitritt auf solche Verhandlungen verpflichtet (Armenien, Kroatien, Mazedonien, Mongolei und Saudi-Arabien).

<sup>1443</sup> Vgl. WTO-Dok. GPA/112; zur Überarbeitung: *Anderson/Arrowsmith*, The WTO regime on government procurement, in: *Arrowsmith/Anderson* (2011), S. 3; *Anderson*, Renewing the WTO Agreement on Government Procurement, *Public Procurement Law Review* 4 (2007).

<sup>1444</sup> *Beschluss des Allgemeinen Rates* vom 1. August 2004 (WT/L/579).

<sup>1445</sup> Zu den Problemen bereits: *Sauvé*, Completing the GATS Framework, *Aussenwirtschaft* 57(3) (2002), S. 301 [334 ff.].

<sup>1446</sup> Ein zusätzliches Problem stellt in Entwicklungsländern die Beeinflussung der Entscheidungen durch Geldgeber-Organisation bzw. -Staaten dar; *Evenett/Hoekman*, Government Procurement of Services, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 143 ff. [154].

generellen Hindernisse, die Disziplinen für die Auftragsvergabe entgegenstehen.<sup>1447</sup> Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist ein beliebtes Instrument zur Verfolgung industriepolitischer Ziele, wie der Förderung der technischen Entwicklung oder der Unterstützung von „infant industries“. Als solches wird es insbesondere auch von unterstaatlichen (regionalen oder lokalen) Stellen eingesetzt. Daneben lassen sich mit Vergabeentscheidungen auch auf politisch angenehme Weise andere Sekundärzwecke verfolgen, da scheinbar keine zusätzlichen Kosten auftreten und es häufig keines parlamentarischen Verfahrens bedarf. Schließlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass es in vielen Staaten Funktionsträger gibt, die von korrupten Vergabepraktiken profitieren.<sup>1448</sup>

Auch aus ökonomischer Sicht ist fraglich, ob der Öffnung der Beschaffungsmärkte wirtschaftspolitische Priorität eingeräumt werden sollte. Denn eine Diskriminierung in der Beschaffung von Dienstleistungen hat geringe Langzeitauswirkungen, wenn der Marktzutritt für ausländische Firmen, insbesondere in der Form der Niederlassung möglich ist.<sup>1449</sup> Dies gilt zumindest dann, wenn die Dienstleistungen nicht nur von öffentlichen Stellen, sondern auch von privaten Verbrauchern nachgefragt werden (z.B. Telekommunikationsleistungen) und wirksamer Wettbewerb auf dem privaten Markt herrscht. Entscheidend für das handelsverzerrende Potential staatlicher Vergabepraktiken sind die Marktstruktur (vollständige Konkurrenz oder bedeutende Größenvorteile, die zur Monopolisierung führen) und die relative Größe der Nachfrage durch den Staat. Probleme treten vor allem dann auf, wenn die staatliche Nachfrage größer ist als die inländische Produktion entsprechender Güter, was generell eher in Entwicklungsländern der Fall ist.<sup>1450</sup>

## II. Das GPA und Univeraldienstkonstellationen

Dennoch lohnt es sich, einen Blick auf die Anwendbarkeit und Eignung der GPA-Regeln in Univeraldienstkonstellationen zu werfen. Denn die Anforderungen an „klassische“ Vergabeverfahren und an eine Prozeduralisierung des Univeraldienstes sind sehr ähnlich. Wichtig sind in jedem Fall Transparenz und Verfahren zur Anfechtung und Überprüfung von Vergabeentscheidungen. Der (entsprechenden) Anwendung der bestehenden Vergaberegeln stehen aber neben der unzureichenden Reichweite der aktuellen Verpflichtungen unter dem GPA (hierzu unter 1.) weitere Probleme entgegen. Fraglich ist insbesondere die Eignung im Hinblick auf die Verfolgung nicht-ökonomischer Ziele (hierzu unter 2.). Ein Grund, in dem GPA

---

<sup>1447</sup> Vgl. zum Folgenden: *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 23 f.

<sup>1448</sup> *Zacharias*, Art. XIII GATS, in: Wolfrum et al. (2008), Rn. 3 ff.

<sup>1449</sup> *Evenett/Hoekman*, Government Procurement of Services, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 143 ff. [154 ff.].

<sup>1450</sup> *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 21 f.

einen Ansatz bzw. ein Vorbild zu sehen, liegt hingegen in dessen Betonung des innerstaatlichen Rechtsschutzes und der Verfahrensgarantien (hierzu unter 3.).

### **1. Anwendbarkeit des GPA de lege lata**

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob die Regeln des GPA de lege lata auf die oben beschriebenen Fallkonstellationen anwendbar sein können, bei denen sich staatliche Einrichtungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben Privater bedienen und sich auf die Rolle des Finanzierers und Überwachers zurückziehen.

Die Anwendbarkeit des GPA setzt nach Art. I:1 GPA erstens voraus, dass der jeweilige Mitgliedstaat die konkrete Beschaffungsstelle dem Abkommen unterstellt hat (Anlagen 1-3 zu Anhang I).<sup>1451</sup> Zweitens muss der Gegenstand der Beschaffung in den sachlichen Anwendungsbereich des GPA fallen. Dies bedeutet bei Dienstleistungen, dass sie in der Anlage 4 des jeweiligen Mitgliedsstaates aufgeführt sein müssen. Drittens schließlich muss der Auftragswert die vorgesehenen Schwellen überschreiten. Problematisch ist vorliegend allein der sachliche Anwendungsbereich (a.). Auch bei grundsätzlicher sachlicher Anwendbarkeit stellt sich allerdings noch die Frage, ob der konkrete Vorgang überhaupt eine „Beschaffung“ im Sinne des Art. I:2 GPA darstellt (b.).

#### **a.) Sachlicher Anwendungsbereich**

Der sachliche Anwendungsbereich des GPA ist im Dienstleistungssektor – mit Ausnahme der USA – nur eröffnet, wenn die Dienstleistung in der Anlage 4 des jeweiligen Staates positiv aufgeführt ist. Dies ist dem oben dargestellten System unter dem GATS vergleichbar. Daneben spielen die Verpflichtungslisten des GATS auch hier eine Rolle. Denn die Unternehmen können nur dann von den Verpflichtungen unter dem GPA vollständig profitieren, wenn auch korrespondierende GATS-Verpflichtungen des entsprechenden Mitgliedsstaates bestehen, da allein letztere für Fragen des Marktzugangs und der allgemeinen Wettbewerbsbedingungen entscheidend sind.<sup>1452</sup> Dies wird in Art. III:3 GPA ausdrücklich klargestellt, wonach das Diskriminierungsverbot des GPA nicht für Maßnahmen mit Auswirkungen auf den Handel mit Dienstleistungen gilt, soweit es sich nicht um Beschaffungsregeln im engeren Sinne handelt. Bei einer Verpflichtung im GPA ohne entsprechende GATS-Verpflichtung dürfte der Mitgliedstaat die ausländischen Anbieter damit zwar nicht im Vergabeverfahren, wohl aber hin-

---

<sup>1451</sup> Die Bearbeitung geht hier und im Folgenden grundsätzlich vom noch geltenden Abkommen aus. Allerdings haben die Vertragsstaaten sich im Dezember 2011 auf eine revidierte Version des GPA geeinigt, bei der Struktur und Inhalte komplett überarbeitet wurden. Dazu: *Anderson/Arrowsmith*, *The WTO regime on government procurement*, in: *Arrowsmith/Anderson* (2011), S. 3 sowie *Reich*, *The New Text of the Agreement on Government Procurement*, *JIEL* 12(4) (2009), S. 989.

<sup>1452</sup> *Bellis*, *Lack of clear regulatory framework*, in: *Geradin/Luff* (2004), S. 275 [292].

sichtlich aller sonstigen Bedingungen diskriminieren. So setzen viele Dienstleistungen eine Niederlassung vor Ort voraus, welche ausländischen Anbietern verboten sein könnte. In der Praxis besteht allerdings eine enge Verknüpfung zwischen den spezifischen Verpflichtungen, die unter dem GATS eingegangen und den Dienstleistungen, die dem GPA unterstellt wurden.<sup>1453</sup>

Betrachtet man die dem GPA unterstellten Sektoren, so scheinen hier solche erfasst zu sein, in denen Universaldienst- oder „public service“-Verantwortlichkeiten auf Private übertragen werden. Ein klares Bild ergibt sich jedoch nicht. Beispielsweise hat die EU – wie andere Mitgliedstaaten auch – die Anwendbarkeit des GPA u.a. auf Landtransportdienstleistungen, Abwasser und Müllabfuhrdienstleistungen erklärt. In den „General Notes“ zum Anhang I beschränkt sie diese jedoch wieder. Dort ist vorgesehen, dass Verträge der EU, der Mitgliedstaaten sowie der unterstaatlichen Stellen „in Verbindung mit Aktivitäten in den Feldern Trinkwasser, Energie, Transport oder Telekommunikation“ nicht erfasst sind.<sup>1454</sup> Wenig eindeutig ist insoweit auch die Anlage 4 der USA. Als Negativliste enthält sie nur die Dienstleistungen, für die keine Verpflichtungen übernommen wurden. Hierzu gehören neben Transportdienstleistungen und Dienstleistungen der Forschung und Entwicklung auch „public utilities services, including telecommunications“. Was unter der Beschaffung von „public utilities services“ zu verstehen ist, bleibt offen.

### **b.) Begriff der Beschaffung**

Selbst wenn der entsprechende Dienstleistungssektor in den Anwendungsbereich fallen sollte, bleibt die Frage, ob die konkrete Art und Weise der Einschaltung Privater, für die in der Praxis eine Vielzahl von Konstruktionen gefunden wurde, als „Beschaffung“ im Sinne des Abkommens verstanden werden kann. Art. I Abs. 2 GPA sieht vor, dass das Übereinkommen „jede Beschaffung durch vertragliche Methoden, einschließlich Kauf oder Leasing, Miete oder Miet-Kauf, mit oder ohne Kaufoption“ erfasst.<sup>1455</sup> Die Definition in der revidierten Version (WTO-Dok. GPA/112) enthält wenig zusätzliche Aussagen.<sup>1456</sup> Klargestellt ist damit

---

<sup>1453</sup> *Evenett/Hoekman*, Government Procurement of Services, in: *Sauvé/Stern* (2000), S. 143 ff. [146]. Die Schweiz hat diese Verbindung in ihren „General Notes“ zum Anhang 1 noch einmal ausdrücklich erklärt: „Les engagements pris par la Suisse dans le domaine des services au titre du présent accord sont limités aux engagements initiaux spécifiés dans l’offre finale suisse présentée dans le cadre de l’Accord général sur le commerce des services.“

<sup>1454</sup> Ziff. 6: „Contracts awarded by entities in Annexes 1 and 2 in connection with activities in the fields of drinking water, energy, transport or telecommunications, are not included.“

<sup>1455</sup> „This agreement applies to procurement by any contractual means, including through such methods as purchase or as lease, rental or hire purchase, with or without an option to buy, including any combination of products and services.“

<sup>1456</sup> „Art. II Scope and Coverage: .... 2. For the purposes of this Agreement, covered procurement means procurement for governmental purposes:

zwar, dass nicht nur Kaufverträge (einschließlich des „Kaufs“ von Dienstleistungen) im engeren Sinne, sondern auch Nutzungsverträge und Mischformen dem Abkommen unterfallen. Der Begriff der „Beschaffung“ selbst wird jedoch nicht näher definiert.<sup>1457</sup> Im europäischen Verständnis meint öffentlicher Auftrag oder Beschaffung jeden von einem öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Erwerb von Gütern, Werken und Dienstleistungen von einer externen Stelle gegen Entgelt.<sup>1458</sup>

Die im vorliegenden Zusammenhang interessante Frage ist, ob dies auch Fallkonstellationen erfassen kann, bei denen sich der private Anbieter verpflichtet, Leistungen gegenüber der Allgemeinheit zu erbringen und seine Vergütung in Teilen oder vollständig von den Nutzern erhält. Diese Frage wurde auf internationaler Ebene bisher nicht eindeutig beantwortet. Sie wurde vor allem in Hinblick auf Konzessionen und verwandte Vertragskonstruktionen wie die sogenannten „BOT-Verträgen“ diskutiert, ohne dass jedoch eine klare Linie gefunden wurde.<sup>1459</sup> Mit Konzessionen sind vorliegend nicht Rechte gemeint, die zu einer Ausbeutung bestimmter Ressourcen (wie Erdöl) berechtigen, sondern Verträge, bei denen sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben, insbesondere bei der Bereitstellung von Infrastruktur, Privater bedient. Bei „BOT-Verträgen“ (build, operate, transfer) errichtet und betreibt das private Unternehmen die Einrichtung, um sie am Ende der Vertragslaufzeit (z.B. nach 20 Jahren) an den Staat zu übertragen. Verschiedene Mitgliedstaaten unterscheiden Konzessionen von der öffentlichen Auftragsvergabe.<sup>1460</sup> Andere hingegen sehen keinen grundsätzlichen Unterschied.<sup>1461</sup> Erschwert wird ein gemeinsames Verständnis dadurch, dass es eine Vielzahl von Ausgestaltungen und keine einheitliche Verwendung der Begriffe gibt. Als wesentlicher Unterschied dieser Konstellationen zum klassischen öffentlichen Auftrag lässt sich jedoch herausstellen, dass der private Anbieter direkt von den Abnehmern bzw. Verbrauchern bezahlt

- 
- (a) of goods, services, or any combination thereof:
    - (i) as specified in each Party's Appendix I; and
    - (ii) not procured with a view to commercial sale or resale, or for use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale;
  - (b) by any contractual means, including purchase; lease; and rental or hire purchase, with or without an option to buy; ...”

<sup>1457</sup> Einige Staaten haben den Begriff der Beschaffung im jeweiligen Annex weitergehend definiert bzw. bestimmte Transaktionen ausgeschlossen, ohne dass daraus für die im Folgenden behandelten Fragen weitere Hinweise folgen würden, vgl. *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 101.

<sup>1458</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 lit. a) der RL 2004/18/EG vom 31. März 2004 und *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 100.

<sup>1459</sup> *Cossy*, Water Services at the WTO, in: Weiss/Boisson des Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [129 f.]; *OECD*, Liberalising Network Infrastructure Services and the GATS (2006), S. 39 f.; *Ruiz Fabri/Crontiras*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics (2003), S. 40. Dies wurde auch im überarbeiteten Text nicht klargestellt, *Reich*, The New Text of the Agreement on Government Procurement, JIEL 12(4) (2009), S. 989 [1007].

<sup>1460</sup> In der EU sind Dienstleistungskonzessionen vom Kartellvergaberecht nicht erfasst, Baukonzessionen nur mit reduzierten Verfahrensbedingungen; siehe Art. 17 und 56 ff. der RL 2004/18/EG.

wird und insoweit das wirtschaftliche Risiko der Ausbeutung der Konzession oder Infrastruktur trägt. Zumindest bei der „reinen“ Konzession liegt deshalb die Argumentation nahe, dass der Staat keine Dienstleistung kauft und diese vom jeweiligen Unternehmen auch nicht ihm, sondern den Verbrauchern selbst angeboten wird.<sup>1462</sup> Allerdings kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass der gesamte Vorgang vom Staat initiiert und organisiert wird.<sup>1463</sup> Ein geeignetes Abgrenzungskriterium könnte sein, wer die finanzielle Verantwortlichkeit, d.h. das wirtschaftliche Risiko trägt und damit bei wirtschaftlicher Betrachtung als „Erbringer“ der Dienstleistung gegenüber der Allgemeinheit anzusehen ist.<sup>1464</sup>

Damit dürften die Regeln, selbst wenn sie grundsätzlich geeignet wären,<sup>1465</sup> auf die Mehrzahl der Universaldienstkonstellationen keine Anwendung finden. Dies gilt z.B., wenn die Zuteilung von Lizenzen mit einer Universaldienstverpflichtung verbunden wird. Denn auch hier fließt kein Geld vom Staat – die Gegenleistung besteht vielmehr in der Eröffnung der Teilnahme am Markt, wo die Universaldienste indirekt über die Entgelte der Verbraucher refinanziert werden müssen. Das Risiko trägt insoweit der private Anbieter. Anders könnte es sein, wenn der Staat für die Erbringung eines klar definierten Universaldienstes eine Subvention in bestimmter Höhe vergibt.

Soweit es sich nicht um eine Beschaffung im Sinne des GPA und zugleich auch nicht um eine solche im Sinne des eventuell weiter zu verstehenden Art. XIII GATS handelt, könnten Anforderungen an das Verfahren aus den Regeln des GATS selbst folgen, insbesondere – soweit entsprechende Verpflichtungen bestehen – aus dem Gebot der Inländerbehandlung. Bei der Auswahl der Partner für die Universaldiensterbringung dürften ausländische Anbieter nicht weniger günstig behandelt werden als die inländischen Anbieter. Dass die Streitbeilegungsorgane der WTO aus dieser Vorgabe ähnlich weitgehende Anforderungen an das Verfahren ableiten könnten, wie es die europäische Rechtsprechung außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien getan hat,<sup>1466</sup> ist allerdings nicht zu erwarten.

---

<sup>1461</sup> Vgl. die Diskussionen in der „Working Party on GATS Rules“, z.B. in den Berichten S/WPGR/M/22 und 24.

<sup>1462</sup> *Cossy*, Water Services at the WTO, in: Weiss/Boisson des Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (2005), S. 117 [130 f], die aber einräumt, dass dies weniger eindeutig ist, wenn dem Staat am Ende der Vertragslaufzeit eine erstellte Infrastruktur übertragen wird. Skeptisch zu einer Subsumtion der Konzession unter den Begriff der Beschaffung auch *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 102, die eine Einbeziehung aber gleichzeitig für möglich und erstrebenswert hält.

<sup>1463</sup> So die Argumentation der Vertreter Australiens in der „Working Party on GATS Rules“, die damit für einen weiten Begriff der Beschaffung plädierten, vgl. S/WPGR/M/24, Ziff. 40.

<sup>1464</sup> In den Diskussionen der „Working Party on GATS Rules“ wurde vor allen Dingen die finanzielle Verantwortlichkeit als Kriterium genannt, vgl. S/WPGR/M/24, Ziff. 40.

<sup>1465</sup> So *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 102 zu Konzessionen und ähnlichen Modellen.

<sup>1466</sup> EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03, „*Parking Brixen*“, Rn. 46 ff. Vgl. jetzt auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvor-

## 2. Eignung der Regeln: hinreichende Flexibilität in Bezug auf nicht-ökonomischer Ziele?

Hintergrund der Formalisierung und Prozeduralisierung im Vergaberecht ist vor allem ein Informationsproblem im Verhältnis zwischen Prinzipal – dies ist zunächst die an einer sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln interessierte Regierung, im internationalen Kontext aber auch der Herkunftsstaat des Anbieters – und Agenten, d.h. der Vergabestelle. Ob eine Vergabe effizient durchgeführt wird, lässt sich als solches für den Prinzipal kaum nachverfolgen und erst recht nicht in jedem Einzelfall kontrollieren. Verfahrensrechtliche Vorgaben dienen hier als Hilfsmittel, als „Vertreter“ in dem Sinne, dass bei der Einhaltung bestimmter Prozeduren davon ausgegangen werden kann, dass der effizienteste Anbieter den Auftrag erhalten hat.<sup>1467</sup>

Im klassischen Vergaberecht, der Beschaffung von Bleistiften oder Computern, steht zwar zumeist der Preis im Vordergrund. Mitunter stellt sich aber bereits hier das Problem, dass der Staat bei der Beschaffung nicht allein die Ziele der Erfüllung der bestimmungsgemäßen Aufgaben der Verwaltung und eines sparsamen Umgangs mit öffentlichen Haushaltsmitteln verfolgt, sondern auch sonstige struktur-, sozial- oder umweltpolitische Ziele. Die öffentliche Auftragsvergabe wurde und wird vielfach auch als „Instrument der Politik“ verstanden.<sup>1468</sup> Aus Sicht des Vergaberechts handelt es sich hierbei um „Sekundärzwecke“ oder „vergabefremde“<sup>1469</sup> Kriterien. Die verfolgten Ziele können jedoch durchaus aner kennenswert sein und nicht lediglich ein Vorwand für Diskriminierungen. Bei Universaldienstkonstellationen steht die Gewährleistung bestimmter nicht-ökonomischer Zwecke gerade im Vordergrund. Dies bestimmt zunächst die Entscheidung für eine bestimmte Vergabe, kann aber auch Bedeutung für die Auswahl des Anbieters erlangen. Deshalb stellt sich die Frage, ob die bestehenden Vergaberegeln des GPA für die Verfolgung dieser Zwecke ausreichend Spielraum lassen.

Da das GPA keine ausdrückliche Regelung enthält und es in der Sache „US – Massachusetts Burma Law“ zu keiner Entscheidung gekommen ist,<sup>1470</sup> ist die Zulässigkeit einer Berücksich-

---

schriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP) vom 5.02.2008, C(2007)6661.

<sup>1467</sup> *Linarelli*, WTO Agreement on Government Procurement and the Uncitral Model Procurement Law, AJWH 1 (2006), 317 [323 ff.].

<sup>1468</sup> *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 74. Die daraus folgende „Doppelrolle“ staatlicher Beschaffungsaktivitäten wird ausführlich dargestellt und verteidigt von: *McCrudden*, *Buying Social Justice* (2007).

<sup>1469</sup> So z.B. *Odendahl*, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien, EuZW 2004, 647; kritisch zu dieser Terminologie: *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 75.

<sup>1470</sup> *US – Measures Affecting Government Procurement*, Request for Consultations by the EC, WT/DS88/1 und Request for Consultations by Japan, WT/DS95/1.

tigung von Sekundärzwecken umstritten geblieben.<sup>1471</sup> Teilweise wird die Zulässigkeit der Verfolgung „vergabefremder“ Zwecke recht pauschal abgelehnt.<sup>1472</sup> Bei genauerer Betrachtung der Verfahrensvorgaben und der Intention des GPA überzeugt dies jedoch nicht.

Dabei ist grundsätzlich eine Vielzahl von Fallkonstellationen denkbar. Klassisch sind die Verfolgung industriepolitischer Ziele (z.B. Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen bzw. „infant industries“), aber auch die Förderung benachteiligter ethnischer Gruppen. Heute spielt daneben auch die Berücksichtigung von Umweltschutz- oder Menschenrechtsgesichtspunkten eine Rolle.<sup>1473</sup> Im Bereich der Vergabe des „Universaldienstes“ können das Ziel einer umfassenden Versorgung der Bevölkerung, Anforderungen an Qualität und Preis gegenüber Verbrauchern oder Umweltschutzgesichtspunkte (Abfall, Abwasser) einbezogen werden. Problematisch ist, dass solche Zwecke häufig – faktisch oder vorsätzlich – die innerstaatlichen Anbieter bevorzugen und dass sie zu einem weiteren Ermessensspielraum der Vergabestelle und verringerter Transparenz führen, sowie zu einem komplexeren Verfahren.<sup>1474</sup>

Diskussionen um die Zulässigkeit bestimmter Kriterien kann der Mitgliedstaat unter dem GPA von vornherein verhindern, indem er den Anwendungsbereich insoweit einschränkt, sich z.B. die Bevorzugung bestimmter Gruppen vorbehält.<sup>1475</sup> Hier findet sich der flexible Ansatz wieder, wie er aus dem GATS bekannt ist. So haben die USA Vorbehalte zur Privilegierung mittelständischer Unternehmen oder von Minderheiten aufgenommen.<sup>1476</sup>

Daneben erlauben es aber auch die Bedingungen, die an den Bieter und an das Gebot gestellt werden dürfen, sonstige Politikziele einfließen zu lassen.<sup>1477</sup> Die möglichen bieterbezogenen Kriterien – Art. VIII b GPA bei den nicht-offenen Verfahren mit Präqualifikation und Art. XIII Abs. 4 GPA für alle Verfahren – sind relativ offen formuliert und lassen eine Auslegung zu, die auch nur mittelbar auftragsbezogene Kriterien wie eine umweltfreundliche Produktionsmethode erlaubt, wenn und soweit sie in die Auftragsbestimmungen aufgenommen

---

<sup>1471</sup> Zu den (begrenzten) Änderungen im überarbeiteten Text: *Reich*, *The New Text of the Agreement on Government Procurement*, JIEL 12(4) (2009), S. 989 [1012].

<sup>1472</sup> *Prieß*, in: *WTO-Handbuch* (2003), S. 649.

<sup>1473</sup> *Arrowsmith*, *Government Procurement in the WTO* (2003), S. 325; *Odendahl*, *Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien*, *EuZW* 2004, 647 [647].

<sup>1474</sup> *Arrowsmith*, *Government Procurement in the WTO* (2003), S. 327.

<sup>1475</sup> In den Vordergrund gestellt von *Linarelli*, *WTO Agreement on Government Procurement and the Uncitral Model Procurement Law*, *AJWH* 1 (2006), 317 [334 ff.], der hierin eine Möglichkeit der Förderung sozialer Gerechtigkeit sieht, die allerdings nur Staaten mit ausreichender Verhandlungsmacht offen steht.

<sup>1476</sup> *Gaedtke*, *Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht* (2006), S. 110 ff. auch zur Frage der Zulässigkeit solcher Einschränkungen des Anwendungsbereichs. Weitere Bsp. bei *Arrowsmith*, *Government Procurement in the WTO* (2003), S. 349.

<sup>1477</sup> Eine klare Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien, wie sie aus dem europäischen Recht bekannt ist, enthält das GPA nicht, vgl. *Gaedtke*, *Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht* (2006), S. 120. Die Terminologie wird dennoch teilweise übertragen, vgl. *Arrowsmith*, *Government Procurement in the WTO* (2003) 224 ff., 249 ff.; *Odendahl*, *Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien*, *EuZW* 2004, 647 [651].

und damit Gegenstand des Vertrags wurden.<sup>1478</sup> Art. VIII h GPA deutet sogar auf eine mögliche Berücksichtigung von Kriterien hin, die nicht unmittelbar mit der Fähigkeit zur Vertragserfüllung sondern eher mit der Integrität des Anbieters zusammenhängen.<sup>1479</sup>

Für die angebotsbezogenen Kriterien sind die Zuschlagsregeln entscheidend. Nach Art. XIII:4 GPA ist der Zuschlag dem Anbieter zu erteilen, dessen Angebot „entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen, in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen aufgeführten Bewertungskriterien als das vorteilhafteste beurteilt wird“.<sup>1480</sup> Dieser Regel soll sich ein Verbotstatbestand für politische Zwecke nicht entnehmen lassen. Die Beurteilung eines Angebots als das vorteilhafteste lasse dem Wortlaut nach Raum für die Vorstellungen der Vergabestelle.<sup>1481</sup> Jedenfalls ein allgemeines „purity principle“ im Sinne einer Beschränkung auf rein ökonomische Kriterien lässt sich dem Wortlaut und der Systematik des GPA nicht entnehmen.<sup>1482</sup> Die Kriterien für den Zuschlag, insbesondere die nicht preisbezogenen Gesichtspunkte, müssen aber in den Vergabeunterlagen dargelegt werden, Art. XII:2 h) GPA.

Eine weitergehende Beschränkung der angelegten Kriterien folgt auch nicht aus dem Verbot von Kompensationsgeschäften („offsets“) in Art. XVI GPA. Bei Kompensationsgeschäften wird die Vergabe eines Auftrags an ein ausländisches Unternehmen davon abhängig gemacht, dass dieses im Gegenzug eine Maßnahme zur Förderung der einheimischen Wirtschaft erbringt, z.B. eine Investition tätigt oder Technologie transferiert. Als dahinterstehende Philosophie lässt sich erkennen, dass die mit dem Geschäft verbundenen Nachteile für die eigene Wirtschaft und Zahlungsbilanz „kompensiert“ werden müssen. Üblich sind solche Forderungen insbesondere bei hochvolumigen Rüstungsaufträgen.<sup>1483</sup> Nach der Legaldefinition der „offsets“ in Fußnote 7 verbietet Art. XVI GPA aber nur ganz bestimmte politische Zielsetzungen, deren Verfolgung zudem in der Regel in einer Diskriminierung ausländischer Anbieter mündet.

---

<sup>1478</sup> *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 122; *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 339 f. – dort auch zu dem problematischeren Fall, dass die Anforderungen keinen Bezug zum Auftrag haben, Bsp.: nur Unternehmen, die nicht in bestimmten, „gelisteten“ Staaten mit Menschenrechtsverletzungen tätig sind. *Odendahl*, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien, EuZW 2004, 647 [651] geht hingegen ohne weitere Begründung davon aus, dass die „Eignungskriterien“ streng auftragsbezogen und auf die finanzielle, wirtschaftliche sowie technische Leistungsfähigkeit des Unternehmens beschränkt seien.

<sup>1479</sup> *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 339.

<sup>1480</sup> „Either the lowest tender or the tender which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined to be the most advantageous.“

<sup>1481</sup> *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 123. Für ein weites Verständnis möglicher Zuschlagskriterien, welche nicht ökonomisch und nicht einmal vertragsbezogen sein müssten, auch: *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 343 f. Auch *Odendahl*, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien, EuZW 2004, 647 [651] sieht Zuschlagskriterien am ehesten vergabefremden Kriterien zugänglich.

<sup>1482</sup> *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 126; *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 332.

Zu beachten ist, dass Diskriminierungen nach den Vorschriften zur Inländerbehandlung, Art. III GPA verboten sind. Diese erstrecken sich – wie im GATS – auch auf die Anbieter der Waren oder Dienstleistungen. Die Bedeutung des Diskriminierungsverbotes für die Verfolgung von Sekundärzwecken hängt maßgeblich davon ab, wie eng oder weit die mittelbare oder faktische Diskriminierung verstanden wird.<sup>1484</sup> Naheliegender ist, dass Maßnahmen erfasst werden, die der Förderung bestimmter Industriezweige oder Unternehmen oder bestimmter sozialer Gruppen dienen.<sup>1485</sup> Aber auch strikte Vorgaben zur Beachtung steuer-, umwelt- und arbeitsrechtlicher Normen am Auftragsort können problematisch sein, wenn diese in anderen Staaten so nicht gelten.<sup>1486</sup> Für die hier relevanten Universaldienstziele sollte das Diskriminierungsverbot nicht so eine große Rolle spielen. Denn diese sind – anders als vielleicht arbeitnehmerschützende Kriterien – nicht von inländischen Unternehmen leichter zu erfüllen als von ausländischen. Letztere sind also nicht überproportional oder „asymmetrisch“ betroffen.

Weitere Spielräume eröffnen die Ausnahmebestimmungen, insb. Art. XXIII:2 GPA. Die allgemeinen Ausnahmen sind – zumindest bei einem weiten Verständnis (insb. des Tatbestandes des Schutzes der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit) – geeignet, die Verfolgung verschiedenster „vergabefremder“ Politikziele zu rechtfertigen.<sup>1487</sup>

Im Ergebnis dürften die Regeln ausreichend Spielräume lassen, da vertragsbezogene Anforderungen, die vorab festgelegt werden können, zulässig sind.<sup>1488</sup> Die zentralen Ziele der Transparenz und Nichtdiskriminierung können auch ohne ein generelles Verbot von „Sekundärzwecken“ erreicht werden.<sup>1489</sup>

### **3. Die „Innovation“ des GPA: Vorgaben zum innerstaatlichen Rechtsschutz**

Eine entscheidende Neuerung des GPA und eine Besonderheit im WTO-Recht sind die Regeln zum innerstaatlichen Rechtsschutz. Sie verlangen, den betroffenen Privaten ein eigenes

---

<sup>1483</sup> Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 133.

<sup>1484</sup> Siehe oben, S. 79.

<sup>1485</sup> Im Einzelnen: *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 328 ff.

<sup>1486</sup> *Odendahl*, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien, EuZW 2004, 647 [652].

<sup>1487</sup> *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 168 ff. *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 345 ff.; *Odendahl*, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien, EuZW 2004, 647 [651] will in „wirtschaftlich schwierigen Zeiten“ sogar die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit unter den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung oder Sicherheit subsumieren.

<sup>1488</sup> *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (2006), S. 130 geht weiter und sieht eine Aufnahme der politischen Kriterien in die Vertragsbedingungen nicht als erforderlich an, wenn diese nur ausreichend transparent gemacht wurden.

<sup>1489</sup> Eine andere Frage, die sich im Zusammenhang mit den Vergabekriterien insbesondere in liberalisierten früheren Monopolssektoren stellen kann, ist, ob Staaten das Vergaberecht nutzen können, um eine fortbestehende staatliche Unterstützung ausländischer Ex-Monopolisten zu sanktionieren, etwa indem diesen keine Aufträge im Bereich der Beförderung erteilt werden. Ablehnend für den Bereich des GATT, da das Subventionsabkommen insoweit eine abschließende Regelung enthält: *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 87.

Recht zur Kontrolle der Beschaffungsentscheidung und damit zur Durchsetzung des WTO-Rechts zu gewähren.<sup>1490</sup>

Von der Zuschlagserteilung sind die teilnehmenden Anbieter unverzüglich zu unterrichten und spätestens 72 Tage danach per Bekanntmachung auch die breitere Öffentlichkeit, Art. XVIII:1 und 3 GPA. Dem erfolglosen Anbieter sind auf Ersuchen sachdienliche Angaben über die Gründe zu machen, aus denen sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, einschließlich der charakteristischen Merkmale und relativen Vorteile des ausgewählten Angebots. Damit wird die Entscheidungsfindung der Vergabestelle offengelegt und dem unterlegenen Anbieter die Möglichkeit gegeben, über die Einlegung eines Rechtsbehelfs zu entscheiden.

Denn entscheidende Neuerung des GPA ist, dass es verpflichtend die Einrichtung nationaler Widerspruchs- bzw. Beschwerdeverfahren vorgibt. Diese müssen es Anbietern erlauben, gegen vermutete Verletzungen des Abkommens im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder hatten, Beschwerde zu erheben, Art. XX:2 GPA. Das Verfahren muss nichtdiskriminierend, zügig, transparent und effektiv sein.<sup>1491</sup> Über die Beschwerden muss ein Gericht oder ein gerichtsähnliches, insbesondere unparteiliches und unabhängiges Überprüfungsorgan entscheiden, Art. XX:6 GPA. Der Verweis auf ein Überprüfungsorgan nimmt Rücksicht auf die Unterschiede in der rechtlichen Tradition und im Gerichtsaufbau der Mitgliedstaaten, gibt aber gleichzeitig Kriterien vor, die sicherstellen sollen, dass eine unabhängige Überprüfung in einem gerichtsförmlichen Verfahren stattfindet.<sup>1492</sup> Über das Prinzip der Nichtdiskriminierung, das in Art. XX:2 GPA in Bezug auf das Verfahren wiederholt ist, müssen inländische Rechtsschutzmöglichkeiten, die über den Mindeststandard des GPA hinausgehen, auch ausländischen Anbietern zur Verfügung stehen.<sup>1493</sup>

Darüber hinaus sind Anforderungen an die Effektivität des Verfahrens vorgesehen. So müssen die Beschwerdeverfahren die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes bieten, um während des laufenden Verfahrens, z.B. durch dessen Suspendierung die Chancen des übergangenen Bieters zu wahren, Art. XX:7 a) GPA. Bei berechtigter Beschwerde soll diese zur Behebung der Verletzung oder zumindestens zum Ersatz für Verluste oder Schäden führen, Art. XX:7 c) GPA.

---

<sup>1490</sup> *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 385.

<sup>1491</sup> Wobei fraglich ist, ob diese Prinzipien eigenständig durchsetzbar oder eher Auslegungshilfen in Bezug auf die folgenden konkreten Vorgaben sind, vgl. *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 390.

<sup>1492</sup> *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 394.

<sup>1493</sup> *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 388.

Diese dezentrale, innerstaatliche Durchsetzung bringt deutliche Effektivitätsvorteile mit sich.<sup>1494</sup> Die unterlegenen Anbieter sind zur Durchsetzung ihrer Rechte nicht von dem Ermessen ihrer Regierung abhängig. Statt das schwerfällige Streitbeilegungssystem in Gang zu setzen, können sie selbst entscheiden, ob sie gegen eine Entscheidung vorgehen. Aufgrund der dezentralen Entscheidung durch die unmittelbar Betroffenen wird die Durchsetzung zugleich auf die Verstöße gelenkt, die für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich die wichtigsten sind. Gleichzeitig sind die Verfahren aufgrund dessen weniger politisiert. Begrenzt wird das System allerdings dadurch, dass es von der mitgliedstaatlichen Umsetzung des vorgegebenen Rechtsschutzes abhängig ist, was zu einer unterschiedlichen Durchsetzungsstärke führen kann. Daneben können die nationalen Überprüfungsstellen das WTO-Recht unterschiedlich auslegen.<sup>1495</sup> Für beides kann aber das Streitbeilegungssystem der WTO als „Sicherheitsnetz“ dienen.

Die Regeln gehen weiter als Art. VI:2 GATS, der die Einrichtung von gerichtlichen, schiedsgerichtlichen oder administrativen Instanzen oder Verfahren verlangt, dabei aber unterschiedlichste Ausgestaltungen zulässt und unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht und Rechtsordnung steht. Sie können als Vorbild für die Ausweitung des bereits verschiedentlich angesprochenen Schutzes durch Verfahrensvorgaben dienen.

### **III. Aufnahme von Verfahrenselementen in sektorspezifische Regeln als Alternative**

Da das GPA nicht auf die hier behandelten Konstellationen zugeschnitten ist und es auch nicht sehr wahrscheinlich ist, dass sich die Mitgliederzahl dieses plurilateralen Abkommens schnell erhöht, könnte es sinnvoll sein, eine solche Verstärkung des Schutzes durch Verfahrensvorgaben in sektorspezifische Regulierungsrahmen aufzunehmen. In diese Richtung deutet bereits ein in der „Working Party on GATS Rules“ diskutierter Vorschlag, der dahin ging, Verfahrensvorgaben zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in einen Annex zum GATS aufzunehmen und den Staaten die Möglichkeit zu geben, sich hierauf in ihren nationalen Verpflichtungslisten zu beziehen.<sup>1496</sup> Ansätze für einen Schutz durch Verfahren enthält auch bereits das Referenzpapier zu Basistelekommunikationsdienstleistungen (hierzu unter 1.). Diese könnten z.B. im Hinblick auf eine Vergabe von Universaldienstpflichten durch Auktionen fortentwickelt werden (hierzu unter 2.).

---

<sup>1494</sup> Siehe zum Folgenden: *Arrowsmith*, Government Procurement in the WTO (2003), S. 402 ff.

<sup>1495</sup> Eine ausführliche Fallstudie zur Umsetzung und zum Funktionieren des Überprüfungsverfahrens findet sich bei *Gao*, The Bid Challenge Procedures Under the WTO Government Procurement Agreement: a Critical Study of the Hong Kong Experience, 16 P.P.L.R. (2007) 4, S. 211 ff.

<sup>1496</sup> *Communication from the European Communities*, Government Procurement in Services, S/WPGR/W/52 vom 15. Juni 2005.

## 1. Ansätze im Referenzpapier

Neben den oben bereits behandelten Vorgaben zum Rechtsschutz bei Zusammenschaltungsstreitigkeiten (Ziff. 2.5 RP) enthält das Referenzpapier Ansätze von verfahrensrechtlichen Vorgaben zum Schutz ausländischer Anbieter auch in Bezug auf die Lizenzierung von Telekommunikationsanbietern sowie in Bezug auf die Zuteilung knapper Ressourcen.

Spielräume bei der Vergabe von Lizenzen, mit denen Anbietern die Marktteilnahme eröffnet wird, können zur Durchsetzung verschiedenster Politikziele genutzt oder auch missbraucht werden. Im Telekommunikationssektor sind mit der Lizenz verbundene Vorgaben für die Markterschließung (z.B. eine bestimmte geographische Mindestabdeckung)<sup>1497</sup> eine häufig genutzte Methode zur Förderung des universellen Zugangs.<sup>1498</sup> Daneben kann die Lizenzgewährung aber auch von der Einhaltung eines, den Ex-Monopolisten und seine „teuren“ Arbeitnehmer schützenden Mindestlohnes abhängig gemacht werden, wie im deutschen Postsektor, oder – wie in den USA – zur Sicherung gleicher Wettbewerbschancen der „eigenen“ Anbieter in fremden Märkten genutzt werden. Vor diesem Hintergrund enthält Ziff. 4 RP nicht mehr als formale Mindestanforderungen an das Lizenzierungsverfahren. Danach müssen die Lizenzierungskriterien und die Bedingungen individueller Lizenzen veröffentlicht werden. Auf Nachfrage müssen dem Lizenzbewerber die Gründe für eine Ablehnung mitgeteilt werden.<sup>1499</sup> Mit diesen Vorgaben wird das allgemeine Transparenzgebot etwas konkretisiert. Inhaltliche Beschränkungen oder ein verfahrensrechtlicher Schutz sind damit nicht verbunden. Sie waren in den Verhandlungen zum Referenzpapier nicht konsensfähig, da insbesondere die Entwicklungsländer sich Spielräume erhalten wollten, die Lizenzvergabe mit Universaldienstleistungspflichten zu verbinden oder als Einnahmequelle zu nutzen.<sup>1500</sup> Auf der anderen Seite wollten die USA sich in der Verwendung des „public interest“ Kriteriums durch die FCC nicht übermäßig einengen lassen. Auch deshalb konnten sich Forderungen nach engeren Vorgaben nicht durchsetzen.<sup>1501</sup>

Mit der Frage des Marktzugangs eng verbunden ist im Telekommunikationssektor die Vergabe knapper Ressourcen, z.B. der für den Mobilfunk entscheidenden Frequenzen. Dieser Gesichtspunkt hat in Ziff. 6 RP Aufnahme in den Regelungsrahmen gefunden. Danach müssen

---

<sup>1497</sup> Z.B. Aloo, *Liberalisation of Telecommunications Services in Kenya*, *Recht in Afrika* 2006, S. 147 [165].

<sup>1498</sup> Guerhazi, *Exploring the Reference Paper* (2004), S. 10.

<sup>1499</sup> „Where a licence is required, the following will be made publicly available: (a) all the licensing criteria and the period of time normally required to reach a decision concerning an application for a licence and (b) the terms and conditions of individual licences. The reasons for the denial of a licence will be made known to the applicant upon request.“ Hierzu: Moos, S. 282; Tietje, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 27, Rn. 273.

<sup>1500</sup> Guerhazi, *Exploring the Reference Paper* (2004), S. 10.

<sup>1501</sup> Sherman, „Wildly Enthusiastic“, 51 *Fed. Comm. L. J.* (1998), S. 61 [85].

alle Verfahren zur Vergabe knapper Ressourcen wie Frequenzen, Nummern oder Wegerechte in einer objektiven, zeitgerechten, transparenten und nichtdiskriminierenden Art und Weise durchgeführt werden.<sup>1502</sup> Umschrieben werden damit Anforderungen an das Vergabeverfahren, wie sie auch das GPA zu sichern sucht. Im Unterschied zu diesem bleibt es aber bei der Aufzählung der Leitsätze, die nicht durch Verfahrensvorgaben konkretisiert werden. Ob ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren durchgeführt wurde, hätte im Zweifel das zur Streitbeilegung berufene Panel zu entscheiden, wobei es angesichts der Zeitsensibilität solcher Vergabeentscheidungen fraglich scheint, ob das aufwändige zwischenstaatlichen Verfahren des DSU geeignet ist, den Unternehmen (mittelbaren) Rechtsschutz zu gewähren.

## 2. Mögliche Fortentwicklungen

Diese wenig strikten Regelungsansätze des Referenzpapiers könnten fortentwickelt werden, indem nach dem Vorbild des GPA die Schaffung nationaler Widerspruchs- bzw. Beschwerdeverfahren vorgegeben wird, welche eine Überprüfung durch ein gerichtsähnliches, insbesondere unparteiliches und unabhängiges Überprüfungsorgan sicherstellen. Die Effektivität dieser Überprüfung könnte durch Vorgaben zum einstweiligen Rechtsschutz und durch Regeln zur Behebung der Verletzung bzw. zum Ersatz für Verluste oder Schäden bei berechtigter Beschwerde gesichert werden. Daneben sind selbstverständlich auch Vorgaben zum Vergabeverfahren selbst möglich, wie sie das GPA vorsieht.

Diese Verfahrensregeln könnten dabei nicht nur für die Vergabe von Lizenzen oder die Zuteilung von Frequenzen, sondern gezielt auch für sonstige Entscheidungen über die Auferlegung von Universaldienstpflichten und ihren finanziellen Ausgleich genutzt werden. Denn die Feststellung der Höhe eventueller Ausgleichszahlungen für den Universaldienst, wie sie oben vor dem Hintergrund des Subventionsrechts diskutiert worden, ist auf zwei Wegen möglich: entweder durch eine Berechnung auf Grund der entsprechenden (getrennten) Buchführung des Verpflichteten oder durch eine Ausschreibung. Eine Berechnung ist oftmals schwierig, da nicht nur die direkten Kosten ermittelt werden müssen (indem vermeidbare Kosten und entgangene Einnahmen ohne den Universaldienst gegenüber gestellt werden), sondern auch indirekte Vorteile des Universaldienstverpflichteten (insb. der Reputationsgewinn) Berücksichtigung finden müssen.<sup>1503</sup> Hier kann der Mechanismus einer Auktion genutzt werden, der eine bewährte Reaktion auf Informationsasymmetrien und besonders dort hilfreich ist, wo der

---

<sup>1502</sup> „Any procedures for the allocation and use of scarce resources, including frequencies, numbers and rights of way, will be carried out in an objective, timely, transparent and non-discriminatory manner. The current state of allocated frequency bands will be made publicly available, but detailed identification of frequencies allocated for specific government uses is not required.”

<sup>1503</sup> *Nett, Auctions, Telecommunications Policy* 22(8) (1998), S. 661 [663].

Preis von Gütern nicht einfach zu bestimmen ist.<sup>1504</sup> Denn gerade dies ist auch bei den Kosten des Universaldienstes der Fall. Durch die Vergabe im Wege einer Auktion kann im besten Fall eine Bewertung durch die Marktteilnehmer selbst herbeigeführt werden.<sup>1505</sup>

Zu beachten ist aber, dass auch eine Auktion nicht in jedem Fall optimale Ergebnisse garantiert.<sup>1506</sup> Eine Voraussetzung ihrer Effizienz ist, dass eine solche Zahl von (potentiellen) Anbietern vorhanden ist, dass kollusives Verhalten ausgeschlossen ist. Dies wäre z.B. bei der Vergabe einer deutschlandweiten Universaldienstpflicht im Postbereich nicht wahrscheinlich.<sup>1507</sup> Auch muss vermieden werden, dass der bisherige Monopolanbieter, der den Dienst in der Vergangenheit erbracht hat, gegenüber den anderen Teilnehmern einen Informationsvorsprung hat. Ein Problem kann schließlich das in der Auktionstheorie als „winners curse“ bekannte Phänomen darstellen, dass aus der Auktion ein Sieger hervorgeht, der deshalb gewonnen hat, weil er die Marktverhältnisse zu optimistisch eingeschätzt und ein objektiv zu hohes Angebot abgegeben hat, was in der Folge zu erheblichen Finanzierungsproblemen, einer unzureichenden Erbringung der übernommenen Dienste und schlimmstenfalls zur Insolvenz des Anbieters führen kann.<sup>1508</sup> Dies ist insbesondere bei erstmaliger oder einmaliger Ausschreibung von Rechten bzw. Pflichten, deren Erlöse bzw. Kosten schwer abzuschätzen sind, eine reale Gefahr. Die Ausgestaltung eines geeigneten Verfahrens ist angesichts dieser und weiterer möglicher Schwierigkeiten keine einfache Aufgabe.<sup>1509</sup> Auch hier könnten Konkretisierungen durch Leitlinien oder „Best Practices“ hilfreich sein. In das Referenzpapier ließe sich dann die Vermutung einführen, dass, wenn der Universaldienst per transparenter, offener, nichtdiskriminierender Ausschreibung vergeben wurde, die Erforderlichkeit („necessity“) der staatlichen Maßnahme anzunehmen ist.

#### IV. Zwischenergebnis zum Ausschreibungswettbewerb

Um sicherzustellen, dass die Auferlegung von gemeinwohlbezogenen Universaldienstpflichten und deren finanzielle Kompensation nicht zu Verzerrungen auf gerade dem Wettbewerb

---

<sup>1504</sup> *Nett*, Auctions, Telecommunications Policy 22(8) (1998), S. 661 [664]; *Weller*, Auctions for Universal Service Obligations, Telecommunications Policy 23(8) (1999), S. 645 [646]; *Wallsten*, Reverse Auctions and Universal Telecommunications Service, Fed. Comm. L. J. 61(2) (2009), S. 373.

<sup>1505</sup> *Weller*, Auctions for Universal Service Obligations, Telecommunications Policy 23(8) (1999), S. 645 [656].

<sup>1506</sup> Vgl. bereits das „Fundamental Privatization Theorem“ von *Sappington/Stiglitz*, Privatization, Information and Incentives, 4 Journal of Policy Analysis and Management (1987), S. 567.

<sup>1507</sup> Bei einer kleinteiligen Vergabe würde sich das Problem der Terminierungsentgelte für gebietsüberschreitende Sendungen verschärft stellen. Vgl. *Visco Comandini*, The Provision and Funding of Universal Service, in: Geradin (2002), S. 221 [232].

<sup>1508</sup> Vgl. die Vergabe der UMTS-Lizenzen in Deutschland, dazu: *Baumann*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens (2007), S. 214 f.

<sup>1509</sup> Ausführliches Modell für den Telekommunikationssektor: *Weller*, Auctions for Universal Service Obligations, Telecommunications Policy 23(8) (1999), S. 645; zu Erfahrungen mit Universaldienst-Auktionen in ver-

geöffneten Märkten führt, kann sich eine „Prozeduralisierung“ anbieten, die das Mittel der Ausschreibung nutzt und durch Vorgaben zum Verfahren und zum Rechtsschutz sicherstellt, dass auf diesem formalen Weg ein materiell richtiges Ergebnis gefunden wird. Hiermit könnte eine bloße Erforderlichkeits-Klausel, wie sie Art. 3 RP vorsieht, ausgefüllt und operationalisiert werden. Dabei bietet das „klassische“ Vergaberecht, wie es für die WTO im GPA ausgeformt ist, viele Vorbilder für die Ausgestaltung dieses Verfahrens. In Anbetracht des Diskussionsstandes gerade im Dienstleistungsbereich scheint ein Rückgriff oder Verweis auf diese bisher nur für einzelne Mitgliedstaaten geltenden Regeln aber nicht als realistische Option. Vorstellbar wäre jedoch, die in Ansätzen schon vorhandenen verfahrensrechtlichen Regeln des Referenzpapiers zu erweitern bzw. entsprechende Regeln in weitere sektorielle Regelungsrahmen aufzunehmen.

---

schiedenen Ländern: *Wallsten*, Reverse Auctions and Universal Telecommunications Service, Fed. Comm. L. J. 61(2) (2009), S. 373.

#### **D. Zwischenergebnis zur Sicherung nicht-ökonomischer Zwecke**

Auch auf die Frage, wie in den von ihm angestrebten offenen und wettbewerblichen Märkten sichergestellt werden kann, dass den Mitgliedstaaten Spielräume zur Förderung und Gewährleistung von Dienstleistungen, an denen ein besonderes öffentliches Interesse besteht, verbleiben, ohne dass der Wettbewerb verfälscht wird, enthält das Rahmenabkommen des GATS keine Antwort. Nicht nur kommt der „public service“ begrifflich nicht vor, die allgemeinen Regeln des GATS enthalten auch inhaltlich keinen Vorrang- oder Ausgleichsmechanismus für diese mitunter in einem Spannungsverhältnis stehenden Ziele.

Dass ein Bedürfnis nach Regelung besteht, zeigt nicht nur der „Wildwuchs“ der Vorbehalte oder Ausnahmen zu „public services“, „public utilities“ u.ä. in den mitgliedstaatlichen Verpflichtungslisten, sondern auch die Erfahrung des Referenzpapiers zu Basistelekommunikationsdienstleistungen. Dort wurde erstmals ausdrücklich das Konzept des Universaldienstes in die Regulierung des internationalen Dienstleistungshandels aufgenommen.

Allerdings spiegelt sich in der Vorschrift, dass ihre Aufnahme eher verhandlungstaktischen Überlegungen entsprang und als politisches „Beruhigungsmittel“ dienen sollte, als dass ihr ein durchdachtes Konzept zu Grunde gelegen hätte. Dabei trägt die Feststellung, dass das Recht zur autonomen Bestimmung des Universaldienstes bei den Mitgliedstaaten liegt, der vielfach geforderten Achtung der Regulierungsautonomie der Mitgliedstaaten Rechnung und liegt auf einer Linie mit sonstigen WTO-Regeln und den Entscheidungen der Streitbeilegungsorgane zur mitgliedstaatlichen Bestimmung des Schutzstandars. Problematisch sind aber die Anforderungen, die an die Ausgestaltung des Universaldienstes gestellt werden, und die systematische Stellung und Funktion der Vorschrift. Es bleibt für die Mitgliedstaaten weitgehend unklar, auf welche Weise sie den Universaldienst sicherstellen können, ohne dass dies „belastender“ als nötig ist, und gegenüber welchen Vorschriften sie sich auf die Ausnahme des Universaldienstes berufen können.

Da der Universaldienst aber grundsätzlich als geeignetes und konsensfähiges Konzept erscheint und sich abzeichnet, dass er auch für einen Regulierungsrahmen in weiteren Sektoren, z.B. bei Post- und Kurierdienstleistungen genutzt werden wird, erscheint eine weitere Konkretisierung und Durchdringung der Bedeutung auch im Verhältnis zu anderen Regelungsbereichen wünschenswert. Schwierig ist diese aufgrund der Fragmentierung und des geringen Entwicklungsstandes der GATS-Regeln, insbesondere im Hinblick auf die insoweit hochrelevanten Themenbereiche Subventionsvergabe und öffentliches Auftragsrecht. Da hier auf absehbare Zeit keine allgemeinen Regeln zu erwarten sind, scheidet eine direkte Heranziehung

dieser Regelungsfelder zur Gewährleistung eines wettbewerbskonformen Universaldienstes aus. Aus den vorhandenen Regeln im Bereich des Subventions- und Vergaberechts, insbesondere des GPA, lassen sich aber Anregungen dafür entnehmen, wie ein fortentwickeltes Referenzpapier oder anderes sektorielles Abkommen den Ausgleich zwischen der Verfolgung öffentlicher, nicht-ökonomischer Zwecke und dem Wettbewerbsschutz konkreter gestalten kann. Wegen der Schwierigkeiten einer Kontrolle materieller Standards im Hinblick auf eine „angemessene“ Kompensation bietet sich insbesondere eine Stärkung der Verfahrensanforderungen und der innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten an. Mit einer Erweiterung des Referenzpapiers um Subventions- oder Vergaberegeln könnte auch die innere Kohärenz des sektoriellen Rahmens sichergestellt werden, die bei einer Regelung an anderer Stelle möglicherweise gefährdet wäre. Es bliebe das Problem, dass es sich um sektorspezifisches Sonderrecht in „zusätzlichen Verpflichtungen“ handelt und ein Abweichen von allgemeinen Regeln des GATS damit wohl nicht gerechtfertigt werden könnte. Dennoch scheint dies auch mittelfristig gegenüber der Aufnahme einer Ausgleichsvorschrift im GATS selbst als der, wegen der unklaren Inhalte und Reichweite einer notwendigerweise abstrakten allgemeinen Vorschrift, vorzugswürdige und realistischere Weg.

### **3. Teil: Einordnung der diskutierten Regelungsansätze und Ausblick**

Die in der vorliegenden Arbeit behandelten Regelungsansätze sind über ihren zunächst doch begrenzten sektoriellen Anwendungsbereich hinaus von Interesse. Sie stehen für grundlegende Änderungen in der Struktur grenzüberschreitender wirtschaftlicher Tätigkeit und das Erfordernis einer hierauf reagierenden Neuordnung der normativen Rahmenbedingungen.

Das traditionelle Modell der Leistungserbringung im internationalen Telekommunikations- wie im Postsektor zeichnete sich durch eine Kooperation einzelstaatlicher Monopolanbieter aus. Den organisatorischen Rahmen hierfür bildeten die klassischen internationalen Organisationen, ITU und UPU. Die dorthin entsandten Regierungsvertreter konnten gleichermaßen regulatorische wie technische und ökonomische Fragen besprechen, da alle Funktionen in einer Hand lagen. Die Regeln konnten als „internationales Verwaltungsrecht“ beschrieben werden.<sup>1510</sup> Mit der Liberalisierung der nationalen Märkte und der strukturellen Ausgliederung oder Privatisierung des operativen Geschäfts der ehemaligen Monopolanbieter ändert sich die Marktstruktur. Es entstehen konkurrierende Anbieter, die – auch wenn sie teilweise auf „wesentliche Einrichtungen“ des vormaligen Monopolisten zurückgreifen müssen – nationalen und internationalen Kunden eigene Angebote machen können. Zugleich ist erkennbar, dass die ehemaligen Monopolisten grenzüberschreitend expandieren und dadurch zunehmend auch grenzüberschreitende Leistungen „intern“ anbieten können. Es entstehen international integrierte Anbieter oder Allianzen. Neben dem Auseinanderfallen der hoheitlich-regulierenden und der unternehmerischen Funktionen kommt es auch zur Lösung der unternehmerischen Tätigkeit vom einzelstaatlichen Territorium. Dies macht entsprechende grenzüberschreitende Regulierung nötig.

Zugleich sind die hier behandelten Sektoren nicht nur wichtige Wirtschaftszweige, sondern zentrale Bestandteile und Voraussetzungen für den häufig mit dem Schlagwort „Globalisierung“ belegten Prozess des Zusammenrückens der Welt. An Regeln, die ein effizientes Arbeiten in Infrastrukturdienstleistungen wie Telekommunikation, Post- und Expressdienstleistungen oder Transportdiensten erlauben, besteht auch deshalb ein grenzüberschreitendes Interesse, weil diese als „Input“ in zahlreichen anderen Bereichen gewissermaßen das „Rückgrat“ der Globalisierung bilden. Wenn die Regeln darüber hinaus geeignete Mechanismen des Ausgleichs mit weitergehenden spezifisch mitgliedstaatlichen Politikzielen enthalten, könnten sie vorbildhaft für eine neue Form internationaler Steuerung sein – so wie es UPU und ITU zur

---

<sup>1510</sup> Moos, Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS (2003), S. 24.

Zeit ihrer Gründung waren. Das hier als Referenzpunkt betrachtete Abkommen über Basistelekommunikationsdienstleistungen bedeutet einen markanten Wechsel des internationalen „Regimes“ in diesem Sektor, d.h. nicht nur des geltenden Regelwerkes selbst, sondern auch der Erwartungen der Akteure und der Inhalte künftiger Diskussionen.<sup>1511</sup> Wenn Telefon und Post im 19. Jahrhundert als beginnende Infrastruktur für die Entwicklung von Nationalstaaten – mit der logischen Konsequenz der durch nationale Grenzen limitierten Monopole – angesehen werden können,<sup>1512</sup> so kann die neuere Entwicklung auf dem Telekommunikationsmarkt als wegweisend für das soziologische, wirtschaftliche und rechtliche Phänomen der Globalisierung angesehen werden.<sup>1513</sup> Es liegt deshalb nahe, dass die hier gefundenen Lösungsmechanismen Vorbildfunktion für andere Bereiche haben können, z.B. auch bei einem Zusammenwachsen von Handels- und Investitionsrecht.

Zentrales Element der hier untersuchten Regelungsansätze und notwendiger Bestandteil eines internationalen Rahmens für die aus nationalen Monopolen befreiten Infrastrukturdienstleistungen sind Regeln zum Schutz des wettbewerblichen „level playing field“. Bereits die bescheidenen Erfahrungen des Referenzpapiers zeigen, dass damit trotz Reziprozitätsbedenken als Ausgangspunkt das klassische Import-/Export-Denken des Handelsrechts überschritten wird. Es stellt sich die Frage, was dies für die Inhalte des Handelsrechts und den Wettbewerbsschutz auf internationaler Ebene bedeutet. Auf diese Aspekte wird der folgende 1. Abschnitt kurz eingehen.

Auch wenn die vorhandenen Regeln noch nicht sehr weit entwickelt scheinen und ihre praktische Bedeutung bisher begrenzt blieb, so stellt doch der zumindest potentiell sehr umfassende Charakter der erforderlichen Regulierung, der deutlich über die klassischen „Grenzthemen“ hinausgeht, das System des GATS vor erhebliche Herausforderungen. Es stellt sich die Frage, wie dessen Flexibilität erhalten und fortentwickelt sowie angemessene Lösungen für den Umgang mit den mitgliedstaatlich verfolgten Gemeinwohlzielen gefunden werden können und was dies für das GATS bedeutet. Diese Fragen werden im 2. Abschnitt dieses Teils angesprochen.

---

<sup>1511</sup> *Cowhey/Klimenko*, Implementing Telecommunications Liberalization in Developing Countries, in *Stern* (2001), S. 349 [352]; zu „Telekommunikation und Regime“ auch v. *Schorlemer*, *Globale Telekommunikation und Entwicklungsländer* (2000), S. 71 ff.

<sup>1512</sup> *Miroudot/Pinali/Sauter*, *The Impact of Pro-competitive Reforms* (2007), S. 55.

<sup>1513</sup> *Tietje*, *Telekommunikation*, in: *Grabitz/Hilf/Krenzler* (Hrsg.), Bd. IV, Rn. 203.

## **1. Abschnitt: Bedeutung für Handelsrecht und Wettbewerbsregeln**

Die in der vorliegenden Arbeit diskutierten Regeln stellen nicht das in der Vergangenheit teilweise geforderte, umfassende internationale Wettbewerbsabkommen dar. Ihre Untersuchung hat andererseits aber gezeigt, dass bei einer weiteren Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs und einer Fortentwicklung des GATS an Elementen des Wettbewerbsschutzes kein Weg vorbei führt. Zumindest im Dienstleistungssektor lassen sich die hergebrachten klaren Grenzen zwischen den Regelungsbereichen des Handels- und Wettbewerbsrechts nicht aufrechterhalten. „Hybride“ Beschränkungen, bei denen staatlicher Regulierungsrahmen und privates Marktverhalten zusammenwirken, sind hier häufig anzutreffen. An die Stelle der „Grenzorientierung“ des klassischen Handelsrechts tritt ein erweitertes Blickfeld, das auch die Verhältnisse „im Markt“ und dabei insbesondere die Wettbewerbsstruktur betrachtet. Das Bestehen von Engpasseinrichtungen und das Aufbrechen der Strukturen nach dem Ende von Monopolregimen machen dabei besondere Regeln erforderlich, bei denen auch sektorielle Eigenheiten zu beachten sind. Es ist die Frage, wie sich diese zunächst recht speziellen (Teil-) Lösungen zu der Diskussion um ein weitergehendes Wettbewerbsabkommen bzw. zu bestehenden übergreifenden Ansätzen wie der Kooperation im ICN verhalten (hierzu unter A.) und was aus einer Weiterentwicklung für die in solchen internationalen Regulierungsrahmen anzutreffenden Standards und Leitbilder folgen würde (hierzu unter B.).

### **A. Verhältnis zu weitergehenden Ansätzen**

Sektorielle Regulierungsübereinkünfte, die nach Art des Referenzpapiers auf die dringlichsten Wettbewerbsprobleme einer bestimmten Branche reagieren und damit zugleich den Wert spezieller Marktzugangsversprechen sichern, lassen ein allgemeines Wettbewerbsabkommen zunächst weniger dringlich erscheinen. Spätestens dann, wenn eine Vielzahl von Sektoren solche Teilregelungen aufweist, wird sich allerdings die Frage der Zusammenfassung und Vereinheitlichung stellen.<sup>1514</sup> Daneben bleiben durchaus auch generelle Argumente für ein allgemeines Abkommen. Dieses erlaubt ein besseres Verständnis der verwendeten kartellrechtlichen Begrifflichkeit, verringert die Marktzugangsorientierung wie auch die Gefahr des „regulatory capture“ und den Einfluss industriepolitischer Erwägungen. Theoretisch eröffnet es auch die Möglichkeit des Auslaufens sektorspezifischer Regulierung.<sup>1515</sup> Auf nationaler Ebene hat sich jedoch bereits gezeigt, dass eine schnelle Aufgabe der Sektorregulierung zu

---

<sup>1514</sup> *Hoekman/Low/Mavroidis*, Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations, S. 134 f.

<sup>1515</sup> *Koopmann*, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 359 [393].

Gunsten allgemeiner Wettbewerbsregeln nicht zu erwarten ist. Selbst bei einer Einigung auf horizontale Wettbewerbsregeln dürften auch die Sektorregeln im GATS zumindest in Teilen sinnvoll bleiben, da sie über das hinausgehen, was in allgemeinen Wettbewerbsregeln typischerweise gefunden werden kann.<sup>1516</sup>

Überhaupt entsprechen die hier behandelten wettbewerbschützenden Klauseln für einzelne Dienstleistungssektoren nur in Teilen den für ein allgemeines Wettbewerbsabkommen diskutierten Inhalten. Zwar wurde in der umfangreichen Diskussion mitunter auch vorgeschlagen, ein Wettbewerbsabkommen auszuhandeln, das sich an den Erfahrungen des Referenzpapiers orientiert und sich auf Verhaltensweisen konzentriert, die den Marktzugang beschränken.<sup>1517</sup> Der Diskussionsrahmen, den die Ministerklärung von Doha in Bezug auf „Handel und Wettbewerb“ gesetzt hat, ist in seiner Beschränkung auf „Hardcore-Kartelle“ und gemeinsame „Grundprinzipien“ aber weit hiervon entfernt.<sup>1518</sup>

Auch zu anderen Vorschlägen bestehen nur geringe Bezugspunkte. So wurde in der Diskussion um ein internationales Wettbewerbsrecht verschiedentlich angeregt, die Prinzipien der Nichtdiskriminierungen und der Transparenz, die im WTO-Recht eine zentrale Rolle spielen, auf den Wettbewerbsbereich zu übertragen.<sup>1519</sup> Von der nicht immer ganz klaren Reichweite dieser Vorschläge einmal abgesehen, scheinen sie nicht geeignet, das Problem der Marktabschottung durch vertikale Beschränkungen anzugehen, zumal sie meistens von bestehendem nationalem Recht ausgehen.<sup>1520</sup>

Deutlich weiter als diese Vorschläge, die auf die Verhinderung der Diskriminierung von Unternehmen bzw. Produkten zielen, gehen Ideen, die das Diskriminierungsverbot im Sinne eines globalen Wohlfahrtsstandards verstanden wissen wollen. Auch sie gehen von dem Ansatz aus, keine Verpflichtung zur Schaffung von nationalem Wettbewerbsrecht und dementsprechend auch keine Harmonisierung anzustreben, sondern stattdessen auf die bestehenden Regeln die Prinzipien der Transparenz, prozeduralen Fairness und der Nichtdiskriminierung anzuwenden.<sup>1521</sup> Dies scheint zunächst zu einem Verständnis des GATS als Abkommen der

---

<sup>1516</sup> *Bronckers/Larouche*, Telecommunications Services, in: Macrory/Appleton/Plummer (2005), S. 989 [1034 f.]; *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [160].

<sup>1517</sup> *Geradin/Kerf*, Levelling the playing field, in: Geradin/Luff (2004), S. 130 [158 ff.].

<sup>1518</sup> Siehe oben S. 24.

<sup>1519</sup> So z.B. in den Vorschlägen der EU, vgl. dazu *Bercero/Amarasinha*, Moving the Trade and Competition Debate Forward, JIEL (2001), S. 481; ausführlich und kritisch: *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 125 ff.

<sup>1520</sup> *Jofer*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts (2004), S. 315; *Marsden*, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 148 ff.

<sup>1521</sup> *Drexler*, International Competition Policy after Cancún, World Comp. 27(3) (2004), S. 419 [447 ff.]; ähnl. bereits *Sykes*, Externalities in Open Economy Antitrust, 23 Harv. J.L. & Pub. Pol'y (1999), S. 89. Vgl. auch *Koopmann*, Internationalisierung der Wettbewerbspolitik (2000), S. 29 ff. und *ders.*, Competition Policies and

„reinen Liberalisierung“ zu passen, da keine Umgestaltung der innerstaatlichen Ordnung, sondern nur die Verhinderung von Diskriminierungen verlangt wird. Wichtig ist aber, dass das Diskriminierungsverbot sich hier auf den Schutz von Wettbewerb im ausländischen Markt im Verhältnis zum eigenen Markt beziehen soll. Dies soll dazu führen, dass Exportkartelle wie inländische Kartelle verboten und bei Fusionen die weltweiten Wohlfahrtseffekte zu berücksichtigen sind.<sup>1522</sup> Etabliert würde somit ein „globaler Wohlfahrtsstandard“.<sup>1523</sup> Ausdrücklich sollen der Wettbewerb als „global public good“ und im Konkreten gerade auch die Verbraucher in Entwicklungsländern ohne eigenes schlagkräftiges Wettbewerbsrecht geschützt werden.<sup>1524</sup> Dies ist dem GATS und den wettbewerbs-schützenden Regeln bisher fremd. Auf der anderen Seite scheint dieser Ansatz für die hier behandelten Probleme nur begrenzte Relevanz zu besitzen. Denn ihm geht es nicht um die Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen, die den Marktzugang beeinträchtigen.<sup>1525</sup>

Schnittmengen gibt es hingegen mit in der Literatur diskutierten Modellen, die ausdrücklich (auch) den Marktzugang schützen.<sup>1526</sup> Von ihnen können bei einer Fortentwicklung des Referenzpapiers Mechanismen zur Verhinderung einer Überbetonung des Zugangs gegenüber Effizienzgesichtspunkten übernommen werden.<sup>1527</sup> Gut vereinbar scheint der hier betrachtete und fortentwickelte Ansatz sektorieller Regeln mit den derzeit faktisch im Vordergrund stehenden Kooperationsbeziehungen insbesondere im ICN. Hier können institutionalisierte Verbindungen aufgebaut werden und beide Systeme voneinander profitieren. Das Referenzpapier hat dabei den Vorteil, dass in seinem Rücken die Streitschlichtungs- und Durchsetzungsmechanismen des DSU stehen. Im besten Fall können sich das Suchen nach regulatorischer Konvergenz und die Möglichkeit der rechtsförmlichen Durchsetzung von Marktzugangspflichten gegenseitig verstärken.

Wie sich eine Adaption des Referenzpapiers in anderen Sektoren auf die Diskussion um ein allgemeines Wettbewerbsabkommen auswirken würde, bleibt offen. Vermutlich würde sie

---

Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 359 [393]. Speziell für den TK-Sektor auch: Fink/Mattoo/Rathindran, Liberalizing Basic Telecommunications – The Asian Experience (2001), S. 17.

<sup>1522</sup> Drexler, International Competition Policy after Cancún, World Comp. 27(3) (2004), S. 419 [450].

<sup>1523</sup> Ausdrücklich für die „Hinwendung zu einem global ausgerichteten Wohlfahrtsparadigma“: Baetge, Globalisierung des Wettbewerbsrechts (2009), S. 108.

<sup>1524</sup> Drexler, International Competition Policy after Cancún, World Comp. 27(3) (2004), S. 419 [440]. Zu einem Verbot von Exportkartellen und dessen Durchsetzung im Interesse der Entwicklungsländer auch Hoekman/Saggi, Trading Market Access for Competition Policy Enforcement (2003).

<sup>1525</sup> Dies räumt Drexler, International Competition Policy after Cancún, World Comp. 27(3) (2004), S. 419 [455 f.] selbst ein.

<sup>1526</sup> Marsden, A Competition Policy for the WTO (2003), S. 284; Jofer, Vertikalvereinbarungen (2004), S. 315 ff.; Vgl. insoweit auch Baetge, Globalisierung des Wettbewerbsrechts (2009), S. 507, der wettbewerbsbeschränkende Praktiken erfassen will, die geeignet sind, den Marktzugang zu beeinträchtigen und nicht zu einer Erhöhung der weltweiten Konsumentenwohlfahrt führen.

<sup>1527</sup> Siehe oben, S. 182.

aber eine Dynamik entfalten, die diese Diskussion deutlich beeinflussen würde. So hat bereits das „Telmex“-Verfahren gezeigt, dass die Regeln eine Tendenz zur Ausweitung in sich tragen. In einem neueren Freihandelsabkommen wurde die Generalklausel des Referenzpapiers sogar schon ausdrücklich auf alle Anbieter (nicht nur den „major supplier“) und alle denkbaren Wettbewerbsbehinderungen (einschließlich Kartellabsprachen und Unternehmenszusammenschlüsse) ausgedehnt.<sup>1528</sup>

## **B. Bedeutung für die Standards und Leitbilder**

Die Aufnahme von Wettbewerbsregeln in einen Regulierungsrahmen nach Art des Referenzpapiers lässt weder den Inhalt der Wettbewerbsregeln und deren Standards, noch das Handelsrecht, dessen Teil sie werden, unberührt. Vielmehr kommt es zu einer wechselseitigen Beeinflussung im Hinblick auf Inhalte und Leitbilder.

Auf der einen Seite wurde der Entwicklung von Wettbewerbsregeln im WTO-System vielfach mit Vorbehalten begegnet, weil dem Handelsrecht eine Zugangsorientierung immanent sei, die auch mögliche Wettbewerbsregeln zu „infizieren“ drohe. Die Gefahr sei, dass hierdurch ein „amputiertes“ oder „schiefes“ Wettbewerbsrecht drohe, das letztlich allein das Interesse an Marktöffnung schütze, selbst wenn die Wohlfahrtseffekte insgesamt negativ seien. Eine solche Markt Zugangsorientierung liegt bei sektoriellen Regeln, welche Liberalisierungsergebnisse in einem bestimmten Bereich absichern sollen, besonders nahe. Das Referenzpapier im Telekommunikationssektor hat insofern zum einen deutlich gemacht, dass der Konflikt zwischen einer den Wettbewerb ermöglichenden Zugangsanordnung und den damit eventuell einhergehenden Beeinträchtigung der Effizienzen einer vertikalen Integration und der Investitionsanreize dieser Art von Regulierungsrecht nicht fremd ist. Es hat zum anderen aber auch gezeigt, dass dem Umstand, dass die Auflösung dieses Konflikts im Zeitablauf und auf unterschiedlichen Märkten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, besser Rechnung getragen werden muss. Dies könnte durch eine Erweiterung der Wettbewerbsklausel um Wohlfahrtsüberlegungen oder eine Effizienzeinrede und eine mehr auf den Einzelfall bezogene Ausgestaltung der Zusammenschaltungsverpflichtung geschehen. Anzumerken ist aber auch, dass sich auch das Wettbewerbsrecht selbst nicht unbedingt auf die Steigerung der allgemeinen Wohlfahrt reduzieren lässt. Zwar hat sich ein Wettbewerbsverständnis, dessen Leitbild der „consumer welfare“ bzw. die ökonomische Effizienz ist, aus den USA kommend zunehmend durchgesetzt. Aber gerade in der deutschen Tradition hat daneben auch der Schutz des Wettbewerbs als Prozess sowie der Wettbewerbsfreiheit eine eigenständige Bedeutung. Ein

---

<sup>1528</sup> Vgl. *Tuthill/Sherman*, Telecommunications: can trade agreements keep up with technology? in: Mar-

solches liberales oder offenes Wettbewerbsverständnis würde die freiheitsschützende Wirkung der Wettbewerbsregeln betonen. Es würde zu der maßgeblich von *Petersmann* entwickelten Sicht auf die WTO als einer Freiheitsrechte und Rechtsstaatlichkeit schützenden Ordnung passen.

Auf der anderen Seite haben die hier behandelten Regelungsmodelle bei ihrer Fortentwicklung auch Bedeutung für das „Gedankenmodell“ des Internationalen Handelsrechts. So wurde in einem jüngeren Beitrag zum Thema „Wettbewerbsrecht und WTO“ die Ansicht vertreten, dass es sich bei dem Wettbewerbsrecht nicht um rein technische Fragen zusätzlicher Disziplinen, eines bloß weiteren Regelungsbereichs handele, der in die bestehenden Regeln und Mechanismen ohne weiteres integrierbar sei. Vielmehr würde oder müsste die Einführung einhergehen mit einer Veränderung des Grundverständnisses und der Grundmechanismen der WTO. Es wurde argumentiert, dass der Einbezug von Wettbewerbsfragen eine Konzeption der WTO voraussetze, die sich nicht auf die Verhandlung und Beschränkung von Marktzugangsrechten beziehe, sondern als stärker „community-based“, als „Gemeinschaft“, darstelle. Dies bedeute, dass alle Mitglieder durch verstärkten Einfluss auf Entscheidungen Vertrauen gewinnen, einen grundsätzlichen Einklang ihrer Interessen erzielen und die WTO als Organisation wahrnehmen, die auf Basis von „shared interests“ handelt.<sup>1529</sup> Dies bedeute auch, dass ein WTO-Wettbewerbsrecht sich nicht eng an der wirtschaftlichen Effizienz orientieren könne, sondern einen flexibleren Zielkatalog voraussetze, der insbesondere eine langfristige Entwicklungsdimension beinhalte.<sup>1530</sup> Besonders deutlich wird der konzeptionelle Bruch bei den oben genannten Vorschlägen, die den internationalen Wettbewerb als „global public good“ schützen wollen, wobei hinsichtlich der Wohlfahrtseffekte nicht zwischen Märkten diskriminiert würde.<sup>1531</sup> Dies würde zur Orientierung an einem „virtuellen globalen Wohlfahrtsstandard“ führen.<sup>1532</sup> Als Ziel eines internationalen Abkommens erscheint ein solcher Standard schwierig, da mit ihm eine Umverteilung wirtschaftlicher Vorteile über Grenzen hinweg verbunden ist.<sup>1533</sup> Staaten würden sich hierauf nach der Logik des bisherigen WTO-System nur bei einer „Gegenleistung“ z.B. in Form von Zollzugeständnissen einlassen.<sup>1534</sup> Angesichts der

---

chetti/Roy (2008), S. 151 [174] zum Abkommen zwischen Singapur und Australien.

<sup>1529</sup> *Gerber*, Competition Law and the WTO, JIEL 10(3) (2007), S. 707 [713 ff.], der sich auf das Konzept von *Cho*, ‘The WTO’s Gemeinschaft’, 56 Alabama Law Review (2004), S. 483 bezieht.

<sup>1530</sup> *Gerber*, Competition Law and the WTO, JIEL 10(3) (2007), S. 707 [722 f.].

<sup>1531</sup> *Drexel*, International Competition Policy after Cancún, World Competition 27 (3) (2004), S. 419 [440, 446].

<sup>1532</sup> Zu einem solchen hypothetischen Modell auch *Durand/Galarza/Mehta*, The Interface Between Competition Policy and International Trade Liberalisation, World Competition 27(1) (2004), S. 3.

<sup>1533</sup> So bereits *Mavroidis/van Sijlen*, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, JWT 31 (5) (1997), S. 5 [14].

<sup>1534</sup> So ausdrücklich das Modell von *Hoekman/Saggi*, Trading Market Access for Competition Policy Enforcement (2003).

Grundstrukturen und der Realitäten der WTO, deren fortbestehendes Fundament die Reziprozität ist, scheint eine solche „Neukonzeption“ der WTO als internationale Wettbewerbsordnung wenig aussichtsreich.<sup>1535</sup>

Die hier diskutierten Regeln sind davon – auch bei ihrer Ausweitung und Vertiefung – weit entfernt. Sie sind zunächst konkrete Antworten auf ebenso konkrete Zugangs- und Wettbewerbsprobleme in einzelnen Wirtschaftsbereichen. Dennoch stehen sie für eine Entwicklung vom klassischen grenzüberschreitenden Handel à la Ricardo hin zu (grenzenlosen) integrierten Weltmärkten, welche die sukzessive Festlegung international konsensfähiger Parameter eines globalen Wettbewerbsprozesses erforderlich macht.<sup>1536</sup> Die Standards des Referenzpapiers und die Erfahrungen des „Telmex“-Verfahrens zeigen, dass ein Denken in Import-/Export-Kategorien bei den komplexen grenzüberschreitenden Sachverhalten an seine Grenzen stößt. Auch ein Abstellen auf die Bestreitbarkeit national verstandener Märkte vermag konzeptionell nicht alle Fälle zu erfassen. Es scheint aus der Natur der Sache eine gewisse Überschreitung des Zugangsparadigmas in Richtung von Verhaltensstandards, die als solche gelten, zu folgen. In einer international vernetzten Branche wie der Telekommunikation dürfen Staaten das Marktgeschehen nicht ohne gute Gründe stören und müssen gegen Störungen durch ansässige Unternehmen vorgehen, ohne dass auf eine Zugangserschwerung abgestellt werden könnte, die wie ein „Quasi-Zoll“ quantifizierbar wäre. Damit tritt tendenziell das Konzept der Wettbewerbsbeschränkung an die Stelle der Handelsbeschränkung und die privaten Wirtschaftsakteure treten als Bezugspunkt der Regeln – dann auch auf der Adressatenseite – deutlicher hervor.

Eine solche Lösung von den klassischen Kategorien des Handelsrechts führt im bestehenden Recht allerdings zu erheblichen Reibungen. Am deutlichsten zeigt sich dies im Verhältnis zur Streitbeilegung, die nach wie vor auf der merkantilistischen Idee der Schmälerung der Handelsvorteile eines Mitgliedstaates durch die Maßnahmen eines anderen Mitgliedstaates beruht. Hier zeigen aber die beiden wichtigen Streitbeilegungsverfahren im Dienstleistungsbereich, wie das System aus der Perspektive privater Marktteilnehmer umgedeutet und funktionalisiert wird. So wurde „US-Gambling“ als Fall des „state shopping“ beschrieben, da es amerikanische Staatsbürger waren, die sich des kleinen Inselstaates Antigua und Barbuda bedienen, um die amerikanischen Vorschriften zunächst zu unterlaufen und dann vor Gericht zu bringen. In

---

<sup>1535</sup> Vgl. *Broude*, *The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development*, 27(4) *Columbia J. Transnat'l L.* 2006 zu dem vergleichbaren Konflikt zwischen der Struktur und den erfolgreichen Mechanismen der Handelsliberalisierung, insb. der Reziprozität („functional legitimacy“) mit einem davon losgelösten, der WTO aufgegebenen (Meta-)Ziel der Entwicklung („aspirational legitimacy“).

<sup>1536</sup> *Sauvé/Beviglia Zampetti*, *The International Contestability of Markets*, in: *Sauvé* (2003), S. 437 [S. 443].

„Telmex“ beruhte der Weg zur WTO auf einer bewussten Entscheidung der amerikanischen Telefonanbieter, die sich größere Chancen versprachen als durch ein Vorgehen nach mexikanischem Wettbewerbsrecht. Eine Stärkung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe würde die Gewichte weiter von den Staaten zu den Unternehmen verschieben.

## **2. Abschnitt: Bedeutung für die Fortentwicklung des GATS**

Das GATS ist ein in vielerlei Hinsicht „imperfektes“ Abkommen. Seine Struktur trägt die Züge eines Verhandlungskompromisses und die Bedeutung seiner aus dem GATT abgeleiteten Vorschriften ist in vielerlei Hinsicht unklar. Diese Eigenschaften erschweren die Verhandlungen über weitere Liberalisierungen erheblich. Der relative Erfolg des Abkommens im Bereich der Basistelekommunikationsdienstleistungen kann Hinweise für eine Fortentwicklung der Struktur geben (hierzu unter A.). Auch die potentielle inhaltliche Bedeutung des GATS ist bisher wenig behandelt worden. Hier ist festzustellen, dass mit der Aufnahme von Wettbewerbsregeln und „public service“-Vorbehalten Fragen der Wirtschaftsordnung behandelt werden, die über den begrenzten Bereich des klassischen Handelsrechts deutlich hinausgehen (hierzu unter B.).

### **A. Bedeutung für die Struktur des GATS**

Wenn der Telekommunikationssektor und das Referenzpapier als Vorbilder für die Weiterentwicklung der GATS-Verpflichtungen auch in anderen Sektoren herangezogen werden, dann hätte dies auch Bedeutung für die Struktur des GATS. Diese ist bisher sehr offen, gekennzeichnet einerseits durch den Versuch der Übertragung bewährter Konzepte des GATT, andererseits durch die weitgehende Freiheit der Mitgliedstaaten nicht nur in der Frage des „ob“ einer Liberalisierung, sondern auch in der Frage des „wie“. Es hat sich dabei gezeigt, dass sich die Kategorien und Denkmuster des Warenhandels wie die Unterscheidung zwischen Grenzmaßnahmen und innerstaatlichen Maßnahmen nicht ohne Brüche auf den Dienstleistungsbereich übertragen lassen und dass das System der Verpflichtungslisten zu viel „Wildwuchs“ und Unsicherheit und wenig wirklicher Liberalisierung geführt hat. Es ist selbst bei einem Erfolg laufender oder künftiger Handelsrunden wenig wahrscheinlich, dass es im Bereich des GATS zu einer breit angelegten Liberalisierung „mit einem Federstrich“ kommt, etwa durch einen Übergang zu einem Negativlisten-Ansatz. Zu unterschiedlich sind die Dienstleistungssektoren und ihr rechtlicher Rahmen in den verschiedenen Mitgliedstaaten und zu groß die Ungewissheit über die Bedeutung und mögliche Auswirkungen einer unbedingten Verpflichtung unter dem GATS. Angesichts dessen ist die Überlegung nicht von der Hand zu weisen, dass die konzeptionellen Probleme, die sich bei der Anwendung und Fortentwicklung des GATS zeigen, zumindest teilweise daher rühren, dass versucht wird, einheitliche Regeln für sehr verschiedene wirtschaftliche Aktivitäten zu finden und anzulegen.<sup>1537</sup> Ein Abkommen

---

<sup>1537</sup> *Krajewski, Services Trade Liberalisation and Regulation*, in: Herrmann/Terhechte (2010), S. 153 [178].

aus einem Guss, das für den Warenhandel möglich ist, scheint für den Dienstleistungshandel nicht nur schwer erreichbar, sondern auch gar nicht unbedingt angemessen.

Insoweit könnten die Verhandlung über Basistelekommunikationsdienstleistungen einen Weg weisen, bei dem eine Teilmenge von Mitgliedstaaten in einem überschaubaren Sektor nicht nur eine Liberalisierung vereinbart, sondern auch einen umfassenden Regulierungsrahmen für den entsprechenden Sektor. Dabei wird mit dem Referenzpapier die Flexibilität der Verpflichtungslisten genutzt, deren Beliebigkeit aber zugleich überwunden, da ein Referenzrahmen geschaffen wird, der Abweichungen rechtfertigungsbedürftig macht. Es soll nicht verkannt werden, dass solche sektoriellen Abkommen auch Probleme mit sich bringen: Es wird schwieriger, in den Verhandlungen „trade offs“ zu organisieren. Es kommt zu einer weiteren Ausdifferenzierung und Verkomplizierung, indem hinsichtlich der Mitglieder und der Sektoren verschiedene Teilsysteme entstehen, was auch die innere Kohärenz des GATS in Frage stellen kann. Eine sektorielle Vertiefung scheint aber als gangbarer Mittelweg zwischen dem in der Vergangenheit wenig erfolgreichen reinen GATS „à la carte“ und dem unrealistischen Ziel einer Einigung auf horizontale Verpflichtungen und Standards.

Zugleich stellt sich in Anbetracht des Referenzpapiers und eventueller Weiterentwicklungen die Frage, welche Regeln in internationale Handelsabkommen aufzunehmen sind oder inwiefern andere Mechanismen der Regelsetzung oder Orientierung zu finden sind. Denn die „positive“ Integration, d.h. die Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf ein bestimmtes Vorgehen wie auf die Verfolgung einer bestimmten Politik oder die Einführung eines bestimmten Regelungsrahmens bringt erhebliche Herausforderungen mit sich. Während es in der klassischen Handelspolitik klare „Daumenregeln“ für eine „richtige“, d.h. wohlfahrtssteigernde Politik gibt (z.B. die Präferenz von Zöllen gegenüber Quoten), hängt die „richtige“ Regulierung von einer Vielzahl von Faktoren ab, wobei insbesondere unterschiedliche gesellschaftliche Präferenzen aber auch Entwicklungsstand und Ausformung des Wirtschaftssystems eine Rolle spielen.<sup>1538</sup> Detaillierte Verpflichtungen in schwer abänderlichen GATS-Regeln könnten dem und auch dem Prozesshaften von Dienstleistungsmärkten wie der Telekommunikation nicht gerecht werden. Die Debatte um Wettbewerbsregeln und die Erfahrung mit dem Referenzpapier haben gezeigt, dass sich eine Aufnahme verbindlicher Regeln in ein Handelsabkommen und die Unterstellung unter die Durchsetzungsmechanismen der WTO insbesondere dann begründen lassen, wenn die jeweilige Politik erhebliche externe Effekte und/oder Marktzugangshindernisse verursacht.<sup>1539</sup> Bei Fehlen negativer Externalitäten können freiwillige ko-

---

<sup>1538</sup> Braga/Fink/Hoekman, *Telecommunications-Related Services*, in: Guerrieri/Scharrer (2002), S. 401 [412].

<sup>1539</sup> Hoekman/Saggi, *International Cooperation on Domestic Policies*, in: Evenett/Hoekman (2005), S. 439 [440].

operative Modelle wie spezialisierte Organisationen oder Netzwerke die bessere Wahl sein.<sup>1540</sup> Es ist aber zweifelhaft, ob sich die idealtypischen Ansätze der Zugangsorientierung, Reziprozität, DSU und negativen Integration in der WTO auf der einen und der regulatorischen Konvergenz, positiven Integration und „soft law“ in Einrichtungen wie OECD oder ICN auf der anderen Seite<sup>1541</sup> unversöhnlich gegenüber stehen. Die Überlegungen zur Fortentwicklung des Referenzpapiers haben gezeigt, dass hier eventuell auch Kombinationen möglich sind, die einerseits auf eine regulatorische Konvergenz zielen, diese Bemühungen aber mit dem „Sicherheitsnetz“ der Streitbeilegung verstärken.

### **B. Bedeutung für Inhalte und „Rolle“ des GATS**

Eine besondere Herausforderung der Liberalisierung von Dienstleistungsmärkten liegt darin, dass den betroffenen Leistungen häufig eine wichtige Rolle für die „Grundversorgung“ der Bürger und den Zusammenhalt des Gemeinwesens zugesprochen wird. Aus diesem Gemeinwohlbezug folgten in der Vergangenheit häufig eine staatliche Erbringung oder zumindest erhebliche staatliche Interventionen. Aus ihm resultieren auch künftig Vorbehalte, solche Dienstleistungen allein dem Markt zu überlassen. Der damit angesprochene Bereich der „public services“ findet als Kategorie des GATS keine Entsprechung und kann es wegen der ganz unterschiedlichen Traditionen und Vorstellungen in den Mitgliedstaaten auch kaum. Vor diesem Hintergrund ist auch der potentiell umfassende Anwendungsbereich der GATS-Regeln plausibel. Die Berücksichtigung nationaler „Empfindlichkeiten“ in den Verpflichtungslisten bringt aber erhebliche Probleme mit sich. Längerfristig sind deshalb Ausgleichsmechanismen zu finden, die den Mitgliedstaaten ausreichend Spielraum lassen, ohne dass allerdings die Regeln des Wettbewerbs übermäßig beeinträchtigt werden. Diese Ermöglichung der Verfolgung von Gemeinwohlzielen z.B. in Gestalt des Universaldienstes kann als neue Form der „Einbettung“<sup>1542</sup> der liberalen internationalen Wirtschaftsordnung gesehen werden. Sie ist erforderlich, weil sich eine wirksame Liberalisierung bei einer grundsätzlich „feindlichen“ Haltung einzelner Staaten nicht durchsetzen lassen wird. Auch in der Sache ist sie aber berechtigt. So zeigt bereits der Telekommunikationssektor, dass es bei der regulatorischen Einrahmung dieses Marktes um zentrale Fragen der Bestimmung des Verhältnisses zwischen bzw. der jeweiligen Reichweite von privaten Verfügungsrechten und „Gemeingütern“ geht – und zwar auf zwei Ebenen: Zunächst auf der Ebene des Zugangs zu (kommerziel-

---

<sup>1540</sup> *Hoekman/Saggi*, International Cooperation on Domestic Policies, in: *Evenett/Hoekman* (2005), S. 439 [454]; z.B. auch bei Fragen der positiven Regulierung im Bereich des E-Commerce, vgl. *Braga/Fink/Hoekman*, Telecommunications-Related Services, in: *Guerrieri/Scharrer* (2002), S. 401 [415 ff.].

<sup>1541</sup> Vgl. *Tarullo*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, 94 *A.J.I.L.* (2000), S. 478.

<sup>1542</sup> Siehe oben. S. 40.

len) „Input“-Faktoren oder „wesentlichen“ Einrichtungen. Hier stellt sich die Frage, inwieweit Unternehmen wegen des Infrastrukturecharakters gezwungen werden können, ihre Anlagen, Güter etc. anderen zur Verfügung zu stellen. Auf der zweiten Ebene stellt sich die Frage des allgemeinen Zugangs (der Verbraucher) zu wesentlicher Infrastruktur, die unter dem Schlagwort des „Universaldienstes“ behandelt wird. Dies sind teilweise Fragen der ökonomischen Effizienz, in ganz erheblichem Maße aber auch politische Fragen des Verständnisses von der Rolle des Einzelnen und des Staates. Dies mahnt zu einer Achtung der mitgliedstaatlichen Regelungsautonomie. Dennoch ist es bei einer Einigung auf internationale Regeln unvermeidbar, dass diese Begriffe und Kategorien vorgeben, die den Diskurs über diese Fragen dann maßgeblich beeinflussen. Die Aufnahme des Universaldienstes in das Referenzpapier ist insoweit nur ein erstes Zeichen für die Erforderlichkeit eines Prozesses, in dem sich auch auf internationaler Ebene neue kollektive Ideen darüber bilden, was freier (Dienstleistungs-) Handel ist und wie er mit anderen Ansprüchen ausgeglichen werden kann. Da diese Aufgaben deutlich über den klassischen Inhalt von Handelsverträgen hinausgehen, scheint die als Kritik gemeinte Aussage, wonach das GATS eher ein „governance agreement“ als ein Handelsabkommen sei,<sup>1543</sup> eine gewisse Berechtigung zu haben.

Dies lässt sich durchaus mit einem Prozess der „Konstitutionalisierung“<sup>1544</sup> in Verbindung bringen, wie er für eine WTO-Wettbewerbspolitik beschrieben wurde. In formal-struktureller Hinsicht stehen der hier beschriebene Regelungsansatz und seine Fortentwicklung zwar eher für eine Erneuerung der Kooperationsmechanismen als für eine „Überwindung“ des klassischen Völkerrechts. Es handelt sich um Selbstorganisationsprozesse in bestimmten Teilordnungen oder Subsystemen, die über offene „Schnittstellen“ verfügen müssen, um mit anderen Subsystemen kommunizieren zu können. Als Beispiel seien die Überlegungen zur Zusammenschaltung oder zum Universaldienst angeführt, bei denen die klassischen sektoralen internationalen Organisationen künftig eine wichtige Rolle spielen können. Die WTO und das GATS bleiben dabei als solche „eindimensional“ und versuchen nicht, andere Politikziele zu integrieren, sondern beschränken sich darauf anzuerkennen, dass diese an anderer nationaler oder internationaler Stelle verfolgt werden können. Das Neben- und Miteinander in dieser „fragmentierten“ Ordnung ist dabei nicht von vornherein harmonisch. So zeigt das Eindringen der WTO in klassische Regelungsmaterien der ITU, dass die Jurisdiktion über zentrale Aspek-

---

<sup>1543</sup> *Sinclair/Griehaber-Otto*, Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate (2002), S. 35: „GATS is more of a governance agreement than a trade agreement.“

<sup>1544</sup> Vgl. zur Konstitutionalisierungsdebatte *Cass*, The Constitutionalization of the WTO (2005) mit einer Darstellung der sehr unterschiedlichen Vorstellungen und einem eigenen Ansatz.

te der „global governance“ selbst ein „bestreitbarer Markt“ geworden ist.<sup>1545</sup> In materiell-funktionaler Hinsicht können die Regeln aber durchaus als weitere Schritte in Richtung auf eine „constituted world market economy“<sup>1546</sup> gesehen werden, wenn hierunter die Entwicklung eines Ordnungsrahmens für die globale Wirtschaft verstanden wird. Dieser lässt sich auch als zusätzlicher Schutz von (wirtschaftlichen) Freiheitsrechten und Rechtsstaatlichkeit im Sinne von *Petersmann* verstehen. Damit verstärkt sich die Loslösung von einem Mechanismus für den eher kurzfristigen Ausgleich von Staatsinteressen hin zur Organisation eines Ordnungsrahmens als „Gemeinschaftsinteresse“ der Völkergemeinschaft.<sup>1547</sup> Das GATS könnte insoweit als Vorreiter der Entwicklung vom Recht des „Handels“ zu einer internationalen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung dienen.

Dabei sind allerdings noch viele Fragen offen. Eine bei weitem nicht abschließend geklärte Frage ist, wie auf mit der Liberalisierung einhergehende Verteilungsprobleme, in denen mitunter auch eine Beeinträchtigung der vom „menschenrechtlichen Ansatz“ betonten sozialen Rechte gesehen werden kann, reagiert werden kann und soll. Diese können auf verschiedenste Weise auftreten. Verteilungsprobleme können z.B. entstehen, wenn im Wettbewerb geformte westliche Dienstleistungskonzerne in den geöffneten Märkten ineffiziente ehemalige Staatsmonopolbetriebe verdrängen. Den Nachteilen, die sich insbesondere für deren Beschäftigte ergeben, können Vorteile der Verbraucher durch ein besseres und günstigeres Dienstleistungsangebot gegenüberstehen. Dies ist Aufgabe der klassischen „Einbettung“ durch die Nationalstaaten. Nachteile, die sich bei Wettbewerbsmärkten für bestimmte Gebiete oder Personengruppen ergeben würden, können durch Universaldienstpflichten u.ä. verhindert werden. Die WTO scheint dabei nicht das richtige Forum zur Bestimmung eines zwingenden Universaldienstniveaus oder zur Verpflichtung des Staates auf positive Leistung (Anspruch auf Zugang). Verteilungsprobleme ergeben sich jedoch auch auf globaler Ebene, z.B. bei einer Abschaffung der bisher Entwicklungsländer subventionierenden Systeme der Endvergütung grenzüberschreitender Sendungen im Postsektor. Da hier eine „Einbettung“ durch nationale Sicherungs- und Ausgleichsmaßnahmen wenig hilft, könnte ein Ausgleich durch eine internationale regulatorische Intervention in Gestalt globaler Umverteilungs- und Sicherungsmecha-

---

<sup>1545</sup> *Drake/Noam*, The WTO deal on basic telecommunications, *Telecommunications Policy* 21(9/10) (1997), S. 799 [810 f.].

<sup>1546</sup> *Drexler*, Trade Related Restraints of Competition, in: Zäch (1999), S. 225 [235] für den Fall einer Ergänzung des Handelsrechts um ein internationales Wettbewerbsrecht.

<sup>1547</sup> Siehe bereits *Hilf/Oeter*, Perspektiven der Welthandelsordnung, in: *Hilf/Oeter* (2005), § 37 Rn. 27.

nismen angezeigt sein.<sup>1548</sup> Dies könnte z.B. die Gestalt eines „globalen Universaldienstfonds“ annehmen, ist aber eine Aufgabe, die über klassische Handelsregeln deutlich hinausweist.

---

<sup>1548</sup> So *Trachtmann*, *Embedding mutual recognition at the WTO*, *Journal of European Public Policy* 14(5) (2007), S. 780 [781] zur „Einbettung“ eines Systems der gegenseitigen Anerkennung durch internationale Regeln, die eine Mindestharmonisierung sicherstellen und den Ausschluss von Entwicklungsländern verhindern. Siehe auch *Ruggie*, *Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection*, in: *Held/Koenig-Archibugi* (2003), der vor allen Dingen auf die Rolle freiwilliger Initiativen wie zivilgesellschaftlicher Organisationen, „Corporate Social Responsibility“ der Unternehmen, Zertifizierungsinstitutionen und die „Global Compact“-Initiative für eine globale „Einbettung“ des globalen Marktes abstellt. Weiterführend: *Ruggie*, *Global Markets and Global Governance*, in: *Bernstein/Pauly* (2007), S. 23 ff.



## Literaturverzeichnis

- Abeyratne, Ruwantissa*, Ground Handling Services at Airports as a Trade Barrier, *JWT* 42(2) (2008), S. 261.
- Adlung, Rudolf*, Trade in Healthcare and Health Insurance Services: The GATS as a Supporting Actor (?), WTO Economic Research and Statistics Division Working Paper ERSD-2009-15, Genf 2009.
- Adlung, Rudolf*, Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services: A Never-Ending Story?, *JIEL* 10(2) (2007), S. 235.
- Adlung, Rudolf*, Public Services and the GATS, *JIEL* 9(2) (2006), S. 455, frühere Version veröffentlicht als WTO Economic Research and Statistics Division Working Paper ERSD-2005-03, Genf 2005.
- Adlung, Rudolf/Roy, Martin*, Turning Hills into Mountains? Current Commitments under the General Agreement on Trade in Services and Prospects for Change, *JWT* 39(6) (2005), S. 1161, frühere Version veröffentlicht als WTO Economic Research and Statistics Division Working Paper ERSD-2005-01, Genf 2005.
- Adlung, Rudolf*, The GATS Negotiations: Implications for Health and Social Services, *Inter-economics* 2003, S. 147.
- Ahuja, Rajeev*, Towards Developing Subsidy Disciplines under GATS, Indian Council for Research on International Economic Relations Working Paper No. 174, New Delhi 2005.
- Albath, Lars*, Handel und Investitionen in Strom und Gas: Die internationalen Regeln, München 2005, zugl. Diss. FU Berlin 2003/2004.
- Aloo, Leonard Obura*, GATS Commitments and their Influence on the Liberalisation of Telecommunications Services in Kenya – A Brief Examination, *Recht in Afrika* 2006, S. 147.
- Alvarez-Jimenez, Alberto*, Emerging WTO Competition Jurisprudence and its Possibilities for Future Development, 24 *NW. J. INT'L L. & BUS.* (2004), S. 441.
- Alverno, Anthony/Levy, Allison*, The WTO Doha Development Agenda: Defining the Scope, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), *Competitive Transformation of the Postal and Delivery Sector*, Boston 2004, S. 199.

- Ambrosini, Xavier/Klargaard, Olaf*, From Theory to Practice: Vertical Relations in the French Postal Market, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Liberalization of the Postal and Delivery Sector, Cheltenham 2006, S. 183.
- Andenas, Mads/Zleptnig, Stefan*, Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective, Cambridge Rev. of Internat. Affairs 20(1) (2007), S. 71.
- Anderson, Robert/Arrowsmith, Sue*, The WTO regime on government procurement: past, present and future, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO regime on Government Procurement – Challenge and Reform, Cambridge 2011, S. 3.
- Anderson, Robert*, Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations, Public Procurement Law Review 16 (2007), S. 255.
- Anderson, Robert/Holmes, Peter*, Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System, JIEL 5(2) (2002), S. 531.
- Ansón, José/Cuadra, Rudy/Linhares, Altamir/Ronderos, Guillermo/Toledano, Joelle*, First Steps towards New Postal Economics Models for Developing Countries: Learning from the Latin American Experience, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Liberalization of the Postal and Delivery Sector, Cheltenham 2006, S. 217.
- APEC Telecommunications and Information Working Group*, Best Practices for Implementing the WTO Telecommunications Reference Paper, 2005.
- Areeda, Phillip E./Hovenkamp, Herbert*, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. 1.
- Areeda, Phillip E.*, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust L. J. (1989), S. 841.
- Arrowsmith, Sue*, Government Procurement in the WTO, The Hague 2003.
- Baake, Pio/Haucap, Justus/Wey, Christian*, Das EU-Verfahren gegen die Novelle des Telekommunikationsgesetzes gefährdet Liberalisierung, Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 12/2007, S. 185.
- Badura, Peter/v. Danwitz, Thomas/Herdegen, Matthias/Sedemund, Jochim/Stein, Klaus* (Hrsg.), Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., München 2004.
- Baetge, Dietmar*, Globalisierung des Wettbewerbsrechts – Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht, Tübingen 2009.
- Bagheri, Mahmood/Nakajima, Chizu*, Optimal Level of Financial Regulation under the GATS: A Regulatory Competition and Cooperation Framework for Capital Adequacy and Disclosure of Information, JIEL 5(2) (2002), S. 507.

- Balasubramaniam, Usha*, Market Access and the GATS Air Transport Annexure: Possible Approaches for India, 72 *J. Air L. & Com.* (2007) S. 45.
- Bartosch, Andreas*, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?, *EuZW* 2001, 229.
- Basedow, Jürgen*, *Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1998.
- Basedow, Jürgen*, Die Auswirkungen der Deregulierung im Transportwesen auf die Postdienste, in: Speckbacher, Walpurga (Hrsg.), *Die Zukunft der Postdienste in Europa*, Heidelberg 1991, S. 163.
- Baumann, Rico*, Die Umsetzung des WTO-Basistelekommunikationsübereinkommens im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Recht der USA, Berlin 2006 (zugl. Diss., TU Dresden 2006).
- Baumol, William J./Panzar, John C./Willig, Robert D.*, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego 1982.
- Bellis, Jean-Francois*, Lack of a clear regulatory framework on safeguards, government procurement and subsidies, in: Geradin, Damien/Luff, David (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge 2004, S. 275.
- Bellis, Jean-Francois*, Anti-competitive Practices and the WTO: The Elusive Search for New World Trade Rules, in: Bronckers/Quick (Hrsg.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, The Hague 2000, S. 361.
- Benitah, Marc*, *Subsidies, Services and Sustainable Development*, ICTSD Issue Paper No. 1, Geneva 2004.  
(abzurufen unter: [http://ictsd.org/downloads/2008/06/ip\\_services\\_01.pdf](http://ictsd.org/downloads/2008/06/ip_services_01.pdf)).
- Bercero, Ignacio Garcia/Amarasinha, Stefan D.*, Moving the Trade and Competition Debate Forward, *JIEL* (2001), S. 481.
- Beviglia-Zampetti, Americo*, *Trade Rules behind Borders: The Liberalization of Public Services and the Quest for Sustainable Development Governance*, CAT&E Konferenz, Paris 2005.
- Bigos, Bradley J.*, Contemplating GATS Article XVIII on Additional Commitment, *JWT* 42(4) (2008), S. 723.
- Blouin, Chantal/Drager, Nick/Smith, Richard* (Hrsg.), *International Trade in Health Services and the GATS: Current Issues and Debates*, Washington 2006.

- Bodammer, Imme/Forbes Pirie, Mia/Addy-Nayo, Chris*, Telecoms Regulation in Developing Countries: Attracting Investment into the Sector: Ghana – A Case Study, *Journal of World Trade* 39(3) (2005), S. 527.
- Bovis, Christopher*, Financing Services of General Interest in the EU: How Do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?, *ELJ* 11(1) (2005), S. 79.
- Braga, Carlos A. Primo/Fink, Carsten/Hoekman, Bernard*, Telecommunications-Related Services: Market Access, Deeper Integration and the WTO, in: Guerrieri, Paolo/Scharrer, Hans-Eckart (Hrsg.), *Trade, Investment and Competition Policies in the Global Economy: The Case of the International Telecommunications Regime*, Baden-Baden 2002, S. 401.
- Bressie, Kent/Kende, Michael/Williams, Howard*, Telecommunications trade liberalisation and the WTO, *info* 7(2) (2005), S. 3.
- Bronckers, Marco C.E.J./Larouche, Pierre*, The WTO Regime for Telecommunications Services in: Appleton/Macrory (Hrsg.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, 2005, S. 989.
- Bronckers, Marco C.E.J.*, The WTO Reference Paper on Telecommunication: A Model for WTO Competition Law? in: Bronckers/Quick (Hrsg.), *New Directions in International Economic Law, Essays in Honour of John H. Jackson*, The Hague 2000, S. 371.
- Bronckers, Marco C.E.J.*, Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom, Contribution to 'Trade and Competition in the WTO and Beyond' *Fondazione Eni Enrico Mattei*, Venice, December 4-5, 1998.
- Bronckers, Marco C.E.J./Larouche, Pierre*, Telecommunications Services and the World Trade Organization, *Journal of World Trade* 31(3) (1997), S. 5.
- Broude, Tomer*, The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development: Reflections on the Functional and Aspirational Legitimacy of the WTO, *45 Colum. J. Transnat'l L.* (2006), S. 221.
- Budzinski, Oliver*, *The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy*, Cheltenham 2008.
- Burri Nenova, Mira*, Postal Communications, International Regulation, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), abzurufen unter [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

- Burri Nenova, Mira*, The Law of the World Trade Organization and the Communications Law of the European Community: On a Path of Harmony or Discord?, *JWT* 41(4) (2007), S. 833.
- Calkins, Stephen*, Reflections on Vertical Restraints of Trade and National Competition Law in an Integrated World Economy, in: Hope, Einar/Maeleng, Per (Hrsg.), *Competition and Trade Policies: Coherence or conflict?*, London 1998, S. 201 ff.
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), *EUV/EGV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 3. Aufl., München 2007.
- Cameron, Kelly*, Telecommunications and audio-visual services in the context of the WTO: today and tomorrow, in: Geradin, Damien/Luff, David (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge 2004, S. 21.
- Campbell, James/Dieke, Alex Kalevi/Zauner, Martin*, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis, Study for the European Commission, Directorate General for Internal Market and Services, Bad Honnef 2010.
- Campbell, James/Porges, Amelia*, How much postal reform in Japanese postal privatization?, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R./Campbell, James (Hrsg.), *Handbook of Worldwide Postal Reform*, Cheltenham 2008, S. 373.
- Campbell, James*, Evolution of Terminal Dues and Remail Provision in European and International Postal Law, in: Geradin, Damien (Hrsg.), *The Liberalization of Postal Services in the European Union*, The Hague 2002, S. 3.
- Cass, Deborah*, *The Constitutionalization of the WTO*, Oxford 2005.
- Castillo de la Torre, Fernando*, State Action Defence in EC Competition Law, *World Competition* 28(4) (2005), S. 407 ff.
- Chanda, Rupa*, Social Services and the GATS: Key Issues and Concerns, *World Development* 31(12) (2003), S. 1997.
- Charnovitz, Steve*, An Analysis of Pascal Lamy's Proposal on Collective Preferences, *JIEL* 8 (2005), S. 449.
- Chung, Chan-Mo*, Interpretation of "Interconnection" by the WTO Mexico-Telecommunications Panel: A Critique, *JWT* 41(4) (2007), S. 783.
- Cohen, Robert*, Policy Challenges and the Privatization of Japan Post, Economic Strategy Institute, Washington 2006.

- Cohen, Robert/Robinson, Matthew/Sheehy, Renee/Waller, John/Xenakis, Spyros*, An Empirical Analysis of the Graveyard Spiral, in: Crew, Michael A. / Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), *Competitive Transformation of the Postal and Delivery Sector*, Boston 2004, S. 121
- Cohen, Tracy*, Domestic Policy and South Africa's Commitments under the WTO's Basic Telecommunications Agreement: Explaining the Apparent Inertia, *Journal of International Economic Law* (2001), S. 725.
- Conrad, Christian A.*, Die Notwendigkeit, die Möglichkeiten und die Grenzen einer internationalen Wettbewerbsordnung, Reformansätze vor dem Hintergrund derzeitiger außenwirtschaftlicher Problemfelder und der Doha-Welthandelsrunde, Berlin 2005.
- Cossy, Mireille*, Environmental Services and the General Agreement on Trade in Services (GATS): Legal Issues and Negotiating Stakes at the WTO, in: Herrmann/Terhechte (Hrsg.), *European Yearbook of International Economic Law* 2011, S. 239.
- Cossy, Mireille*, Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?, WTO Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2006-08, Genf 2006.
- Cossy, Mireille*, Water Services at the WTO in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (Hrsg.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford 2005, S. 117.
- Cowhey, Peter F.*, Accounting rates, cross-border services and the next WTO round on basic telecommunications services, in: Geradin, Damien/Luff, David (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge 2004, S. 51.
- Cowhey, Peter F./Richards, John E.*, Deregulating and Liberalizing the North-American Telecommunications Market: Explaining the US-Approach, HWWA Discussion Paper 166, Hamburg 2002.
- Cowhey, Peter F./Klimenko, Mikhail M.*, Implementing Telecommunications Liberalization in Developing Countries after the WTO Agreement on Basic Telecommunications Services, in: Stern, Robert M. (Hrsg.), *Services in the International Economy*, Ann Arbor 2001, S. 349.
- Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R.*, Competition, Universal Service and the Graveyard Spiral, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), *Regulatory and Economic Challenges in the Postal and Delivery Sector*, New York 2005.

- Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R.*, The Welfare Effects of Entry and Strategies for Maintaining the USO in the Postal Sector, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector, New York 2006, S. 3.
- D'Alcantara, Gonzales/Amerlynck, Bernard*, Profitability of the Universal Service Postal Provider Under Entry with Economies of Scale in Collection and Delivery, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector, New York 2006, S. 39.
- De Bijl, Paul W.J./van Damme, Eric/Larouche, Pierre*, Regulating Access to Stimulate Competition in Postal Markets?, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector, New York 2006, S. 153.
- Delimatsis, Panagiotis*, Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS – Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS, JIEL 10(1) (2007), S. 13.
- Delimatsis, Panagiotis*, Towards a Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate: A Little Less Conversation, a Little More Action, Please!, NCCR Trade Regulation Working Paper No 2006/16.
- Delimatsis, Panagiotis*, Don't Gamble with GATS – The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US-Gambling Case, JWT 40(6) (2006), S. 1059.
- Diamond, Richard*, Privatization and the Definition of Subsidy: A Critical Study of Appellate Body Textualism, JIEL 11(3) (2008), S. 649.
- Dieke, Alex Kalevi/Schölermann, Sonja*, Ex-ante Preisregulierung nach vollständiger Marktöffnung der Briefmärkte?, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 294, Bad Honnef 2007.
- Diez Estella, Fernando*, Abusive Practices in the Postal Services?, E.C.L.R. 2006, 27(4), S. 184 und 27(5), S. 228.
- Drake, William J./Noam, Eli*, The WTO Deal on Basic Telecommunications: Big Bang or Little Whimper?, Telecommunications Policy 21 (9/10) (1997), S. 799.
- Drexel, Josef*, International Competition Policy after Cancún: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda, World Competition 27(3) (2004), S. 419.
- Drexel, Josef*, Trade-Related Restraints of Competition – The Competition Policy Approach, in: Zäch, Roger (Hrsg.), Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition, Berne 1999, S. 225.

- Durand, Benoit/Galarza, Andrés Font/Mehta, Kirtikumar*, The Interface Between Competition Policy and International Trade Liberalisation. Looking into the Future: Applying a New Virtual Anti-Trust Standard, *World Comp.* 27(1) (2004), S. 3.
- Duvigneau, Johann Ludwig*, Handelsliberalisierung und Marktintegration unter dem WTO/GATT-Recht, Berlin 2005.
- Ehlermann, Claus-Dieter/Ehring, Lothar*, WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body's Experience, 26 *Fordham Int'l L.J.* (2003), S. 1505.
- Eilmansberger, Thomas*, Überlegungen zum Zusammenspiel von Vergaberecht und Beihilferecht, *WuW* 2004, 384.
- Eilmansberger, Thomas*, Abschlusszwang und Essential Facility Doktrin nach Art. 82 EG – Überlegungen aus Anlass der Entscheidung „IMS Health“, *EWS* 2003, S. 12.
- Elhauge, Einer/Geradin, Damien*, *Global Competition Law and Economics*, Oxford 2007.
- Elkettani, Eunike*, Das multilaterale WTO/GATS-Abkommen für Basistelekommunikationsdienste, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*, Frankfurt am Main 2006, S. 195 ff.
- Essebier, Jana*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Art. 86 II EG, Baden-Baden 2005.
- Evans, Peter C.*, Strengthening WTO Member Commitments in Energy Services: Problems and Prospects, in: Mattoo, Aaditya/Sauvé, Pierre (Hrsg.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington D.C. 2003, S. 167.
- Evenett, Simon J./Hoekman, Bernard (Hrsg.)*, *The WTO and Government Procurement. Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Cheltenham 2006.
- Evenett, Simon J./Hoekman, Bernard*, Government Procurement of Services, in: *Sauvé, Pierre/Stern, Robert M. (Hrsg.)*, *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington D.C. 2000, S. 143 ff.
- Everling, Ulrich*, Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, *WuW* 1990, S. 995.
- Falhauber, Gerard R.*, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, *American Economic Review* 65(5) (1975), S. 966.
- Falhauber, Gerard R.*, Cross-Subsidy Analysis with more than two services, *JCLE* 1(3) (2005), S. 441.

- Farrell, Joseph/Katz, Michael L.*, The Economics of Welfare Standards in Antitrust, Competition Policy Int. 2(2) (2006), S. 3.
- Farsi, Mehdi/Filippini, Massimo/Trinkner, Urs*, Economies of Scale, Density and Scope in Swiss Post's Mail Delivery, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Liberalization of the Postal and Delivery Sector, Cheltenham 2006, S. 91.
- Feketekuty, Geza*, Regulatory Reform and Trade Liberalization in Services, in: Sauvé, Pierre/Stern, Robert M. (Hrsg.), GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Washington D.C. 2000, S. 225.
- Feketekuty, Geza/Rogowsky, Robert A.*, The Scope, Implication and Economic Rationale of a Competition-Oriented Approach to Future Multilateral Trade Negotiations, World Economy 19(6) (1996), S. 167.
- Feketekuty, Geza*, The New Trade Agenda, Washington 1992.
- Fidler, David P.*, Legal Review of the General Agreement on Trade in Services (GATS) from a Health Policy Perspective, WHO Globalization, Trade and Health Working Papers Series, Genf 2005.
- Fink, Carsten/Mattoo, Aaditya/Rathindran, Randeep*, Liberalizing Basic Telecommunications – The Asian Experience, The World Bank Policy Research Working Paper 2718, Washington 2001.
- Fink, Carsten/Mattoo, Aaditya/Neagu, Ileana Christina*, Trade in International Maritime Services: How much Does Policy Matter?, The World Bank Economic Review 16(1), S. 81.
- Footer, Mary E./George, Carol*, The General Agreement on Trade in Services, in: Macrory, Patrick F.J./Appleton, Arthur E./Plummer, Michael G. (Hrsg.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, New York 2005, S. 799.
- Fox, Eleanor M.*, The WTO's First Antitrust Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition, JIEL 9(2) (2006), S. 271.
- Fox, Eleanor M.*, What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect, 70 Antitrust L.J. (2002), S. 371.
- Fox, Eleanor M.*, Toward World Antitrust and Market Access, AJIL 91 (1997), S. 1.
- Francois, Joseph F./Wooton, Ian*, Market Structure in Services and Market Access in Goods, CEPR Discussion Paper No. 5135, London 2005.
- Fredebeul-Krein, Markus/Freytag, Andreas*, The case for a more binding WTO agreement in regulatory principles in telecommunications markets, Telecommunications Policy 23 (1999), S. 625.

- Fredebeul-Krein, Markus/Freytag, Andreas*, Telecommunications and WTO discipline: An Assessment of the WTO agreement on Telecommunications Services, *Telecommunications Policy* 21 (6) (1997), S. 477.
- Freytag, Andreas/Zimmermann, Ralf*, Muss die internationale Handelsordnung um eine Wettbewerbsordnung erweitert werden?, *RabelsZ* Bd. 62 (1998), S. 38.
- Frid, Rachel*; The Telecommunications Pact Under the GATS – Another Step Towards the Rule of Law, *Legal Issues of European Integration* 24 (2) (1997), S. 67.
- Frieden, Robert*, Whither convergence: legal, regulatory and trade opportunism in telecommunications, in: Geradin, Damien/Luff, David (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge 2004, S. 323.
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 6. Auflage, München 2005.
- Fritz, Thomas/Scherrer, Christoph*, *GATS: Zu wessen Diensten? Öffentliche Aufgaben unter Globalisierungsdruck*, *AttacBasisTexte* 2, Hamburg 2002.
- Fritz, Thomas*, Daseinsvorsorge unter Globalisierungsdruck: Wie EU und GATS öffentliche Dienste dem Markt ausliefern, in: Lange, Jochen (Hrsg.), *Füllhorn oder Büchse der Pandora? GATS, der europäische Binnenmarkt und die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland*, Rehberg-Loccum 2004, S. 23.
- Furse, Mark*, *Competition Law and the WTO Report: „Japan – Measures Affecting Photographic Film and Paper“*, *E.C.L.R.* 1999, 20(1), S. 9.
- Gaedtke, Jens-Christian*, *Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht*, Berlin 2006.
- Gall, Franz*, Keine Privatisierung der öffentlichen Dienstleistungen durch GATS, *WISO* 2/2003, S. 115.
- Gao, Henry S.*, *The Bid Challenge Procedures Under the WTO Government Procurement Agreement: a Critical Study of the Hong Kong Experience*, 16 *P.P.L.R.* (2007) 4, S. 211.
- Gauthier, Gilles/O'Brien, Erin/Spencer, Susan*, Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade, in: Sauvé, Pierre/Stern, Robert M. (Hrsg.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington D.C. 2000, S. 165.
- Geradin, Damien/Henry, David*, Abuse of Dominance in the Postal Sector – The Contribution of the Guidance Paper on Article 82 EC, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R.

- (Hrsg.), *Hightening Competition in the Postal and Delivery Sector*, Cheltenham 2010, S. 53.
- Geradin, Damien*, *Twenty years of liberalization of network industries in the European Union: Where do we go now?*, Tilburg University Inaugural Lecture – 3. November 2006, Nijmegen 2006.
- Geradin, Damien*, *Enhancing competition in the postal sector: Can we do away with sector-specific regulation?*, Paper Mai 2006, abzurufen unter: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- Geradin, Damien*, *Limiting the Scope of Art. 82 EC: What can the EU learn from the US Supreme Court's Judgement in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?*, *C.M.L.Rev.* 41 (2004), S. 1519.
- Geradin, Damien/Sidak, J. Gregory*, *The Future of the Postal Monopoly: American and European Perspectives after the Presidential Commission and Flamingo Industries*, *World Competition* 28(2) (2005), S. 161.
- Geradin, Damien/Kerf, Michael*, *Levelling the playing field: is the WTO adequately equipped to prevent anti-competitive practices in telecommunications?* in: Geradin, Damien/Luff, David (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge 2004.
- Geradin, Damien*, *The Opening of State Monopolies to Competition: Main Issues of the Liberalization Process*, in: Geradin, Damien (Hrsg.), *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, The Hague 2000, S. 181.
- Gerber, David J.*, *Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship*, *JIEL* 10(3) (2007), S. 707.
- Gerber, Lotti*, *Privatisierung und Liberalisierung der Wasserversorgung auf Druck von internationalen Finanzinstitutionen: Sind die Vorwürfe der NGOs berechtigt?* *Aussenwirtschaft* 60(3) (2005), S. 305.
- Gootiiz, Batshur/Mattoo, Aaditya*, *Services in Doha: What's on the Table?*, 43 *JWT* (2009), S. 1013.
- Gori, Stefano/Piccinin, Emiliano/Romito, Simona/Scarfiglieri, Gennaro*, *On the Use of Cost Functions in the Assessment of the Impact of Liberalization on Postal Universal Service Burden: Restricted versus Flexible Specifications*, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), *Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector*, New York 2006, S. 59.
- Gould, Ellen*, *Telmex Panel Strips WTO of Another Fig Leaf*, *CCPA Briefing Paper* 5(2), July 2004 ([www.policyalternatives.ca](http://www.policyalternatives.ca)).

- Goyder, D.G.*, EC Competition Law, 4. Auflage, Oxford 2003.
- Graber, Christoph Beat*, Audiovisual Media and the Law of the WTO, in: Graber, Christoph Beat/Girsberger, Michael/Nenova, Mira (Hrsg.), Free Trade versus Cultural Diversity: WTO Negotiations in the Field of Audiovisual Services, Zürich 2004, S. 15.
- Grewlich, Klaus W.*, Wettbewerbsordnung als Teil völkerrechtlicher Konstitutionalisierung?, RIW 2001, S. 641.
- Griehaber-Otto, Jim/Sinclair, Scott*, Return to Sender: The impact of GATS “pro-competitive regulation” on postal and other public services, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa 2004 ([www.policyalternatives.ca](http://www.policyalternatives.ca)).
- v. d. Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Guermazi, Boutheina*, Exploring the Reference Paper on Regulatory Principles, CSRI-Paper (Center for the Study of Regulated Industries, McGill University) 2004.
- Guermazi, Boutheina/Segni, Isabelle*, Postal Policy and Regulatory Reform in Developing Countries, in: Guislain, Pierre (Hrsg.), The Postal Sector in Developing and Transition Countries, Washington 2004, S. 42.
- Guislain, Pierre (Hrsg.)*, The Postal Sector in Developing and Transition Countries, Washington 2004.
- Harford, Greg/Eitan, Wendy*, International Postal Arrangements, Trade and Competition Law, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Competitive Transformation of the Postal and Delivery Sector, Boston 2004, S. 241.
- Harrington, Catherine B.*, Weather May Not Stop USPS, but Special Interest Will: The Bush Administration’s GATS Offer Supports Private Express Delivery Services but Threatens to Stamp Out USPS, Am. U. Int’l. L. Rev. 19(2) (2003), S. 431.
- Hartmann, Eva/Scherrer, Christoph*, Negotiations on Trade in Services – The Trade Unions’ Position on GATS, FES Occasional Paper No. 6, Genf 2003.
- Hartridge, David*, Services trade and globalisation: governmental services and public policy concerns, in: Cuadrado-Roura, Juan/Rubalcaba-Bermejo, Luis/Bryson, J.R. (Hrsg.), Trading Services in the Global Economy, Cheltenham 2002, S. 193.
- Hartridge, David*, WTO Secretariat hits false attacks against GATS, Rede vor dem European Services Forum in Brüssel am 27. November 2000.
- Hauser, Heinz*, Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services, WTO News No. 11 – July 2004, S. 3.

- Hausman, Jerry A./Sidak, Gregory J.*, Did Mandatory Unbundling Achieve its Purpose? Empirical Evidence from five Countries, *Journal of Competition Law and Economics* 1 (2005), S. 173.
- Hazlett, Thomas W.*, Rivalrous Telecommunications Networks With and Without Mandatory Sharing, *Fed. Comm. L. J.* 58(3) (2006), S. 477.
- Held, Katja*, Quersubventionierung auf dem Postdienstleistungsmarkt: Zum Problem der gemeinschaftsrechtlichen Bewertung der Quersubventionierung aus fortbestehenden (Teil-) Monopolen am Beispiel der Deutschen Post AG, Frankfurt am Main 2005.
- Heyer, Kenneth*, Welfare Standards and Merger Analysis: Why not the Best?, *Competition Policy Int.* 2(2) (2006), S. 29.
- Higgott, Richard/Weber, Heloise*, GATS in context: development, an evolving lex mercatoria and the Doha Agenda, *Review of International Political Economy* 12(3) (2005), S. 434.
- Hilf, Meinhard/Oeter, Stefan*, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, Baden-Baden 2005.
- Hindley, Brian*, Trade Liberalization in Aviation Services: Can the Doha Round Free Flight?, *AEI Studies on Services Trade Negotiations*, Washington 2004.
- Hoekman, Bernard/Mattoo, Aaditya*, Services trade and growth, in: Marchetti/Roy (Hrsg.), *Opening Markets for Trade in Services – Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, Cambridge 2008, S. 21.
- Hoekman, Bernard/Saggi, Kamal*, International Cooperation on Domestic Policies: Lessons from the WTO Competition Policy Debate, in: Evenett/Hoekman (Hrsg.), *Economic Development and Multilateral Trade Cooperation*, Washington 2005, S. 439 ff.
- Hoekman, Bernard/Saggi, Kamal*, Trading Market Access for Competition Policy Enforcement, *CEPR Discussion Paper* 4110 (2003).
- Hoekman, Bernard/Mavroidis, Petros C.*, Economic Development, Competition Policy and the World Trade Organization, *JWT* 37(1) (2003), Seite 1.
- Hoekman, Bernard/Holmes, Peter*, Competition Policy, Developing Countries and the World Trade Organization, *World Bank Policy Research Working Paper* 2211, Washington 1999.
- Hoekman, Bernard/Low, Patrick/Mavroidis, Petros*, Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations: Lessons From the Telecommunications Sector in: Hope, Einar / Maeleng, Per (Hrsg.), *Competition and Trade Policies: Coherence or Conflict?*, London New York 1998.

- Howse, Robert/Tuerk, Elisabeth*, The WTO negotiations on services: The regulatory state up for grabs, *Canada Watch* 9 (1-2) (2002), S. 3.
- Hudec, Robert E.*, A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behaviour in World Markets, 34 *New Eng. L. Rev.* (1999) S. 79.
- Hufbauer, Gary/Stephenson, Sherry*, Services Trade: Past Liberalization and Future Challenges, *JIEL* 10(3) (2007), S. 605.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Wettbewerbsrecht: Kommentar, 4. Auflage, München 2007.
- infoDev (Hrsg.)*, Telecommunications Regulation Handbook, Washington 2000.
- Inman, Robert P./Rubinfeld, Daniel L.*, Rethinking Federalism, 11 *Journal of Economic Perspectives*, no. 4 (1997), S. 43.
- Janda, Richard*, GATS Regulatory Disciplines Meet Global Public Goods: The Case of Transportation Services, in: *Mattoo, Aaditya/Sauvé, Pierre (Hrsg.)*, Domestic Regulation and Service Trade Liberalization, Washington D.C. 2003, S. 109.
- Jara, Alejandro/Domínguez, M. del Carmen*, Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations, *JWT* 40(1) (2006), S. 113.
- Jelitto, Markus*, Das GATS und öffentliche Dienstleistungen, in: *Lange, Jochen (Hrsg.)*, Füllhorn oder Büchse der Pandora? GATS, der europäische Binnenmarkt und die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland, Rehberg-Loccum 2004, S. 49.
- Jenny, Frédéric*, Competition Law and Policy: Global Governance Issues, *World Competition* 26(4) (2003), S. 609.
- Jenny, Frédéric*, Globalization, Competition and Trade Policy: Convergence, Divergence and Cooperation, in: *Jones, Clifford A./Matsushita, Mitsuo (Hrsg.)*, Competition Policy in the Global Trading System: Perspectives from the EU, Japan and the USA, The Hague 2002.
- Jofer, Florian*, Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts, Bern 2004.
- Jorde, Thomas M./Sidak, Gregory J./Teece, David J.*, Innovation, Investment, and Unbundling, *Yale Journal on Regulation* 17(1) (2000), S. 1.
- Kallfass, Hermann H.*, Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU, *WUW* 1999, S. 225.

- Kasten, Boris*, Die Leegin-Entscheidung des U.S. Supreme Court: Aufgabe des Per-se-Verbots für Mindestpreisbindungen im U.S. Bundeskartellrecht, RIW 2007, S. 649.
- Kearns, Jason E.*, International Competition Policy and the GATS: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector, 22 U. Pa. J. Int'l Econ. L. (2001), S. 285.
- Keck, Alexander/Djiofack-Zebaze, Calvin*, Telecommunications Services in Africa: The Impact of Multilateral Commitments and Unilateral Reform on Sector Performance and Economic Growth, WTO Staff Working Paper ERSD-2006-10, Genf 2006.
- Kennedy, Kevin*, Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism, London 2001.
- Kenny, Charles*, Questioning the Monopoly-Supported Postal USO in Developing Countries in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector, New York 2006, S. 75.
- Kerber, Wolfgang/Vezoso, Simonetta*, EU Competition Policy, Vertical Restraints, and Innovation: An Analysis from an Evolutionary Perspective, World Competition 28(4) (2005), S. 507.
- Klasse, Max*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 2006.
- Klein, Joel*, A Note of Caution with Respect to a WTO Agenda on Competition Policy, Adress Presented at The Royal Institute of International Affairs, Chatham House, London, 18. November 1996.
- Klett, Detlef/Moos, Flemming*, WTO-rechtliche Vorgaben für die Zusammenschaltungsregulierung – Eine Analyse des WTO-Panel-Berichts Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services, MMR 2004, S. 735.
- Knieps, Günter*, Ist das Briefbeförderungssystem eine Bottleneck-Ressource? in: Herdegen, Matthias/Immenga, Ulrich/Knieps, Günter, Die Teilleistungsregelung des § 28 PostG: Die verfassungsrechtliche, wettbewerbsrechtliche und ökonomische Perspektive, München 2002, S. 71.
- Kolasky, William*, What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives, The Antitrust Bulletin 2004, S. 29.
- Komuro, Norio*, Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling, JWT 32(5) (1998), S. 161.
- Körber, Torsten*, TKG-Novelle 2011, Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität, MMR 2011, S. 215.

- Koenig, Christian/Kulenkampff, Gabriele/Dieke, Alex/Katzschmann, Tobias/Kühling, Jürgen/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas*, Reform des Weltpostvereins: Stärkung der Rolle der privatisierten Postunternehmen, Münster 2005.
- Koenig, Christian/Bartosch, Andreas/Braun, Jens-Daniel (Hrsg.)*, EC Competition and Telecommunications Law, The Hague 2002.
- Koenig, Christian*, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!, EuZW 2001, 481.
- Koopmann, Georg*, Competition Policies and Telecommunication Regimes, in: Guerrieri/Scharrer (Hrsg.), Trade, Investment and Competition Policies in the Global Economy: The Case of the International Telecommunications Regime, Baden-Baden 2002, S. 359.
- Krajewski, Markus*, Universal Service Provisions in International Agreements of the EU: From Derogation to Obligation?, in: Szyszczak/Davies/Andenaes/Bekkedal (Hrsg.), Developments in Services of General Interest, The Hague 2011.
- Krajewski, Markus*, Services Trade Liberalisation and Regulation: New Developments and Old Problems, in: Christoph Herrmann/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), European Yearbook of International Economic Law 2010, Berlin, Heidelberg 2010.
- Krajewski, Markus*, Environmental Services of General Interest in the WTO: no love at first sight, Journal of European Environmental and Planning Law 2004 (2), S. 103.
- Krajewski, Markus*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, The Hague 2003.
- Krajewski, Markus*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 6 (2) (2003), S. 341.
- Krajewski, Markus*, Public Interests, private rights and the “constitution“ of GATS, Paper for the Workshop “GATS: Trading Development”, Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation, University of Warwick, 20./21. September 2002. ([www.attac.de](http://www.attac.de))
- Krancke, Jan*, Internationaler Handel mit Kommunikationsdienstleistungen, Anforderungen an ein multilaterales Regelwerk und die Reform des GATS, Berlin 2003.
- Kruse, Jörn/Liebe, Andreas*, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, HWWA-Report 257, Hamburg 2005.
- Kulkarni, Parashar*, Impact of the GATS on Basic Social Services Redux, 43 Journal of World Trade (2009), S. 245.
- Kurth, Matthias*, Rolle und Funktion des Resale für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, MMR 2001, 657.

- Lange, Jochen (Hrsg.)*, Füllhorn oder Büchse der Pandora? GATS, der europäische Binnenmarkt und die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland, Rehberg-Loccum 2004.
- Laperrouza, Marc*, China's Telecommunication Policy-Making in the Context of Trade and Economic Reforms, London 2006.
- Larouche, Pierre*, Comments on Mavroidis/Neven, in: Geradin, Damien (Hrsg.), The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond, The Hague 2000, S. 319.
- Latrille, Pierre*, Air transport liberalization: a world apart, in: Marchetti/Roy (Hrsg.), Opening Markets for Trade in Services – Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations, Cambridge 2008, S. 264.
- Lawrence, Robert Z.*, Towards Globally Contestable Markets, in: OECD, Market Access After the Uruguay Round: Investment, Competition and Technology Perspectives, Paris 1996, S. 25.
- Lee, Kathy Y*, The WTO Dispute Settlement and Anti-Competitive Practices: Lessons Learnt from Trade Disputes, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy Working Paper (L) 10/05, Oxford 2005.
- Lehmann, Matthias*, Fällt die Sitztheorie jetzt auch international? Zur Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an den Gesellschaftssitz mit dem GATS, RIW 2004, S. 816.
- Leong, Joy M./Bahar, Daniel/Papakrivopoulos, Dimosthenis*, ETOEs – Arbitrageurs or Vehicles of Change in Postal Liberalization? in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Regulatory and Economic Challenges in the Postal and Delivery Sector, New York 2005, S. 243.
- Leroux, Eric H.*, Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?, JIEL 10(4) (2007), S. 749.
- Leroux, Eric H.*, What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority” Under Article I:3 (b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?, JWT 40(3) (2006), S. 345.
- Linarelli, John*, WTO Agreement on Government Procurement and the Uncitral Model Procurement Law: A View From Outside the Region, Asian Journal of WTO and Health Law and Policy 1 (2006), 317.

- Linnemann, Carsten*, Liberalisierung des grenzüberschreitenden Straßengüterverkehrs vor dem Hintergrund der Welthandelsordnung (WTO/GATS), Baden-Baden 2007 (zugl. Diss. TU Chemnitz).
- Lopatka, John/Page, William H.*, State Action and the Meaning of Agreement Under the Sherman Act: An Approach to Hybrid Restraints, 20 *Yale J. on Reg.* (2003), S. 269.
- Low, Patrick/Mattoo, Aaditya*, Is There a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization under GATS, in: Sauvé, Pierre/Stern, Robert M. (Hrsg.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington D.C. 2000.
- Luff, David*, Current international trade rules relevant to telecommunications services, in: Geradin, Damien/Luff, David (Hrsg.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge 2004, S. 34.
- Luff, David*, International Regulation of Postal Services: UPU vs. WTO rules, in: Geradin, Damien (Hrsg.), *The Liberalization of Postal Services in the European Union*, The Hague 2002, S. 39.
- Luff, David*, Multilateral Trade Issues and Liberalization: Current and Future Perspectives, in: Geradin, Damien (Hrsg.), *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, The Hague 2000, S. 331.
- Macintosh, Ian*, Regulating the new economy: implications of WTO accession for telecommunications and e-commerce in China, in: Cass/Williams/Barker (Hrsg.), *China and the World Trading System, Entering the New Millennium*, Cambridge 2003, S. 263.
- Malaguti, Maria-Chiara*, Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization, *JWT* 32 (1998), S. 117.
- Manner, Jennifer A.*, Achieving the Goal of Universal Access to Telecommunications Services Globally, *CommLaw Conspectus* 13 (2004), S. 85.
- Marchetti, Juan A./Roy, Martin*, Services liberalization in the WTO and in PTAs, in: Marchetti/Roy (Hrsg.), *Opening Markets for Trade in Services – Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, Cambridge 2008, S. 61.
- Marchetti, Juan A./Mavroidis, Petros C.*, What are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk about Revolution, 5 *European Business Organization Law Review* (2004), S. 511.
- Marsden, Philip*, Trade and Competition – WTO Decides First Competition Case – With Disappointing Results, *Competition Law Insight* 16 (May 2004), S. 3.
- Marsden, Philipp*, *A Competition Policy for the WTO*, London 2003.

- Martini, Ulf*, Die WTO und die rechtliche Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit in den Mitgliedstaaten - unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsbereichs, Frankfurt am Main 2002.
- Maruyama, Shoji*, Competition Structure and Future Postal Reform in Japan: In Comparison with International Liberalization, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector, New York 2006, S. 369.
- Mathew, Bobjoseph*, The WTO Agreements on Telecommunications, Bern 2003.
- Matsushita, Mitsuo/Schoenbaum, Thomas J./Mavroidis, Petros C.*, The World Trade Organization, Law, Practice and Policy, Oxford 2003.
- Mattoo, Aaditya*, Services in a Development Round: Three Goals and Three Proposals, JWT 39 (6) (2005), S. 1223.
- Mattoo, Aaditya/Sauvé, Pierre*, Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead, in: Mattoo, Aaditya/Sauvé, Pierre (Hrsg.), Domestic Regulation and Service Trade Liberalization, Washington D.C. 2003.
- Mattoo, Aaditya*, Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services, WTO Staff Working Paper TISD-98-01, Geneva 1997.
- Mattoo, Aaditya*, National Treatment in the GATS: Corner-Stone or Pandora's Box?, JWT 31 (1) (1997), S. 107.
- Mavroidis, Petros C.*, Highway XVI re-visited: the road from non-discrimination to market access in GATS, WTR 6(1) (2007), S. 1.
- Mavroidis, Petros C./Neven, Damien J.*, The WTO Agreement on Telecommunications: It's Never Too Late, in: Geradin, Damien (Hrsg.), The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond, The Hague 2000, S. 307.
- Mavroidis, Petros C.*, International Competition Rules: The Existing Framework, FEEM Working Paper No. 70-99 (September 1999).
- Mavroidis, Petros C./van Sicken, Sally J.*, The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, JWT 31(5) (1997), S. 5.
- McCrudden, Christopher*, Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, and Legal Change, Oxford 2007.
- McLarty, Taunya L.*, Liberalized Telecommunications Trade in the WTO: Implications for Universal Service Policy, 51 Federal Communications Law Journal (1998), S. 1.
- Meessen, Karl M.*, Das Für und Wider eines Weltkartellrechts, WuW 2000, S. 5.

- Meggiolaro, Francesco/Vergano, Paolo R.*, Energy Services in the Current Round of WTO Negotiations, *Int. T.L.R.* 11(3) (2005), S. 97.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004.
- Mildner, Stormy/Werner, Welf*, Progress or Stagnation? Services Negotiations in the WTO Doha Development Round, *Intereconomics* 2003, S. 158.
- Miroudot, Sébastien/Pinali, Enrico/Sauter, Nicolas*, The Impact of Pro-competitive Reforms on Trade in Developing Countries, *OECD Trade Policy Working Papers*, No. 54, Paris 2007.
- Monopolkommission*, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten (Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz), Bonn, Dezember 2009.
- Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung (Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz), Bonn, Dezember 2007.
- Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien (Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Postgesetz), Baden-Baden 2006.
- Montero, Juan*, Regulating Access to Postal Networks in the European Union: The Roles of Antitrust and Sector Specific Regulation, in: *Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R.* (Hrsg.), *Competitive Transformation of the Postal and Delivery Sector*, Boston 2004, S. 311.
- Moos, Flemming*, Die Bindung der Telekommunikationsregulierung durch das GATS-Abkommen, Baden-Baden 2003.
- Möschel, Wernhard*, Investitionsförderung als Regulierungsziel – Neuausrichtung des Europäischen Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation, *MMR* 2010, S. 450.
- Möschel, Wernhard*, Fehlsame Weichenstellung in der TK-Regulierung, *MMR* 2007, S. 547.
- Möschel, Wernhard*, Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen, *WuW* 2005, 599.
- Möschel, Wernhard*, Regulation and Deregulation in Telecommunications, *European Business Organization Law Review* 5 (2004), S. 353.
- Möschel, Wernhard*, Wird die effet utile-Rechtsprechung des EuGH inutile?, *NJW* 1994, S. 1709.
- Mueller, Milton*, Universal service in telephone history: a reconstruction, *Telecommunications Policy* 17(5) (1993), S. 352.

- Mueller, Milton*, Telecommunications Access in the Age of Electronic Commerce: Toward a Third-Generation Universal Service Policy, *Fed. Communications L. J.* 49(3) (1997), S. 655.
- Musselli, Irene/Zarrilli, Simonetta*, Oil and Gas Services: Market Liberalization and the On-going GATS Negotiations, *JIEL* 8(2) (2005), S. 551.
- Naidoo, Vik*, Trade Commitments in Education Services: The Need to Move Out of the Current Impasse, 43 *Journal of World Trade* (2009), S. 621.
- Nett, Lorenz*, Auctions: An alternative approach to allocate universal service obligations, *Telecommunications Policy* 22(8) (1998), S. 661.
- Neven, Damien J./Mavroidis, Petros C.*, El mess in TELMEX: a comment on Mexico – measures affecting telecommunications services, *WTR* 5(2) (2006), S. 271.
- Odendahl, Kerstin*, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, *EuZW* 2004, S. 647.
- OECD*, Working Group of the Trade Committee, Liberalising Network Infrastructure Services and the GATS, *OECD Trade Policy Working Paper No. 34*, TD/TC/WP(2004)51/FINAL, Paris 2006.
- OECD*, Working Party of the Trade Committee, Open Services Markets Matter, TD/TC/WP(2001)24/FINAL, Paris 2001.
- OECD*, Joint Group on Trade and Competition, Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications, COM/TD/DAFFE/CLP(99)12/FINAL, Paris 1999.
- OECD*, Joint Group on Trade and Competition, Consistencies and Inconsistencies between Trade and Competition Policies, COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL, Paris 1999.
- OECD*, Joint Group on Trade and Competition, Complementarities between Trade and Competition Policy, COM/TD/DAFFE/CLP(98)98/FINAL, Paris 1999.
- OECD*, Committee on Competition Law and Policy, Promoting Competition in Postal Services Background Note, DAFFE/CLP/WP2(99)1, Paris 1999.
- OECD*, Committee on Competition Law and Policy, Promoting Competition in Postal Services, DAFFE/CLP(99)22, Paris 1999.
- Öhlinger, Irene*, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte, Lösungsansätze im Telekommunikationsbereich, Wien 2001.
- Ortino, Federico*, Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: a Critique, *JIEL* 9(1) (2006), S. 117.

- Ortiz Nagle, Luz Estella*, Antitrust in the International Telecommunications Sector: The United States Challenges Mexico's Telmex Monopoly, 33 U. Miami Inter-Am. L.Rev. (2002), S. 183.
- Oxera*, Funding universal service obligations in the postal sector, Oxford 2007.
- Pachmann, Ralf Marten*, Das Verhältnis von Antidumping zum internationalen Wettbewerbsrecht, Hamburg 2005.
- Parameswaran, Benjamin*, The Liberalization of Maritime Transport Services: With Special Reference to the WTO/GATS Framework, Berlin 2004.
- Pauwelyn, Joost*, The Unbearable Lightness of Likeness, in: Panizzon, Marion/Pohl, Nicole/Sauvé, Pierre (Hrsg.), GATS and the Regulation of International Trade in Services, Cambridge 2008, S. 358.
- Pauwelyn, Joost*, Rien ne va plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS, WTR 4(2) (2005), S. 131.
- Pauwelyn, Joost*, The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?, AJIL 95 (2001), S. 535.
- Peng, Shin-yi*, Trade in Telecommunications Services: Doha and Beyond, JWT 41(2) (2007), S. 293.
- Perrazzelli, Alessandra/Vergano, Paolo R.*, Terminal Dues under the UPU Convention and the GATS: An Overview of the Rules and of their Compatibility, 23 Fordham Int'l L.J. (2000), S. 736.
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO "Linking Principles" for Trade and Competition, 34 New England Law Review (1999), S. 145.
- Platt Majoras, Deborah*, State Intervention: A State of Displaced Competition, 13 Geo. Mason L. Rev. (2006) S. 1175.
- Platt, Dörte*, Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, München 2005.
- Pöcker, Markus*, Der EuGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung, EuZW 2007, 167.
- Poretti, Pietro/Rios-Herran, Roberto*, A Reference Paper on Energy Services: The Best Way Forward?, MJIL 3(1) (2006), S. 2.
- Porges, Amelia/Leong, Joy M.*, The Privatization of Japan Post: Ensuring both a Viable Post and a Level Playing Field, in Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R. (Hrsg.), Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector, New York 2006, S. 385.

- PricewaterhouseCoopers*, The Impact on Universal Service of the Full Market Accomplishment of the Postal Internal Market in 2009, Sint-Stevens-Woluwe 2006.
- Prieß, Hans-Joachim*, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Prieß, Hans-Joachim / Berrisch, Georg M., WTO-Handbuch, München 2003.
- Reich, Arie*, The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment, JIEL 12(4) (2009), S. 989.
- Reimers, Thilo*, Probleme und Perspektiven der Internationalisierung des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2007.
- Reimold, Tobias*, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, Tübingen 2010.
- Roessler, Frieder*, Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law Through Non-Violation Complaints? JIEL 2 (1999), S. 413.
- Rohlf, Jeffrey H./Sidak, Gregory J.*, Exporting Telecommunications Regulation: The United States-Japan Negotiations on Interconnection Pricing, Harvard International Law Journal 43 (2002), S. 317.
- Roseman, Daniel*, Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services: Experience and Prospects under the GATS, in: Mattoo, Aaditya/Sauvé, Pierre (Hrsg.), Domestic Regulation and Service Trade Liberalization, Washington D.C. 2003, S. 83.
- Roseman, Daniel*, WTO and telecommunications services in China: three years on, info 7(2) (2005), S. 25.
- Rosenthal, Rachel*, Comment: United States v. Mexico: The First Telecommunications Challenge Confronting the World Trade Organization, CommLaw Conspectus 10 (2002), S. 315.
- Roy, Martin/Marchetti, Juan/Lim, Hoe*, Services Liberalization in the New Generation of Preferential Trade Agreements (PTAs): How Much Further than the GATS? WTO Economic Research and Statistics Division Working Paper ERSD-2006-07, Genf 2006.
- Ruggie, John Gerard*, Global Markets and Global Governance – The Prospects for Convergence, in: Bernstein, Steven/Pauly, Louis W., Global Liberalism and Political Order – Toward a New Grand Compromise?, New York 2007, S. 23 ff.
- Ruggie, John Gerard*, Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection, in: Held, David/Koenig-Archibugi, Mathias (Hrsg.), Taming Globalization – Frontiers of Governance, Cambridge 2003, S. 93.

- Ruggie, John Gerard*, International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order, *International Organization* 36 (2) (1982), S. 379.
- Ruiz Fabri, Hélène/Crontiras, Jean-Philippe*, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics, Les rapports de l'Iddri n° 2, Paris 2003.
- Sappington, David E. M./Stiglitz, Joseph E.*, Privatization, Information and Incentives, 4 *Journal of Policy Analysis and Management* (1987), S. 567.
- Sauvé, Pierre*, Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda, London 2003.
- Sauvé, Pierre*, GATS: The Case for Open Service Markets (2002), in: *Sauvé, Pierre*, Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda, London 2003, S. 275.
- Sauvé, Pierre/Beviglia Zampetti, Americo*, The International Contestability of Markets and the New Trade Agenda, *World Economy* 19(3) (1996), S. 333, zitiert nach: *Sauvé, Pierre*, Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda, London 2003, S. 437.
- Sauvé, Pierre/Beviglia Zampetti, Americo*, Subsidiarity Perspectives on the New Trade Agenda, *JIEL* 3(1) (2001), S. 83, zitiert nach: *Sauvé, Pierre*, Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda, London 2003, S. 493.
- Sauvé, Pierre*, Services and the International Contestability of Markets, *Transnational Corporation* 5(1) (1996), S. 37, zitiert nach: *Sauvé, Pierre*, Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda, London 2003, S. 47.
- Sauvé, Pierre*, Trade, Education and the GATS: What's in, What's out, What's all the Fuss About?, *Higher Education Management and Policy* 14(3) (2002), zitiert nach: *Sauvé, Pierre*, Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda, London 2003, S. 221.
- Sauvé, Pierre*, Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers, *Aussenwirtschaft* 57 (2002), S. 301.
- Sawhney, Aparna/Chanda, Rupa*, Trade in Environmental Services: Opportunities and Constraints, ICRIER WTO Research Series No. 3, New Delhi 2004.
- Scherer, F. M.*, Retail Distribution Channel Barriers to International Trade, 67 *Antitrust L. J.* (1999), S. 77.
- Scherer, F. M.*, Competition Policies for an Integrated World Economy, Washington 1994.

- Scheuffele, Friedrich*, Die Essential Facilities-Doktrin: Eine ökonomische und rechtliche Analyse, Baden-Baden 2003.
- Schloemann, Hannes/Pitschas, Christian*, Cutting the Regulatory Edge? – Services Regulation Disciplines in the Cariforum EPA, Studie im Auftrag der GTZ, Eschborn 2008.
- v. *Schorlemer, Sabine*, Globale Telekommunikation und Entwicklungsländer: Die Liberalisierung von Telekommunikationsdiensten in GATT/WTO, Baden-Baden 2000, zugl. Habil.-Schr. Universität München 1997.
- Schweitzer, Heike*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst – Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post, Baden-Baden 2001/2002.
- Scott, Andrew*, Cain and Abel? Trade and Competition Laws in the Global Economy, *Modern Law Review* (2005), S. 135.
- Senti, Richard*, Argumente für und wider die Reziprozität in der WTO – Die Reziprozität als merkantilistisches Erbe in der geltenden Welthandelsordnung, *ORDO* 57 (2005), S. 315.
- Sherman, Laura B.*, Clarifying the Meaning of WTO Telecommunications Obligations: Mexico Measures Affecting Telecommunications Services, *info* 7(6) (2005), S. 16.
- Sherman, Laura B.*, „Wildly Enthusiastic“ About the First Multilateral Agreement on Trade in Telecommunications Services, *51 Federal Communications Law Journal* (1998), S. 61.
- Sidak, Gregory J./Singer, Hal J.*, Überregulation without Economics: The World Trade Organization’s Decision in the U.S.-Mexico Arbitration on Telecommunications Services, *57 Fed. Comm. L. J.* (2004), S. 1.
- Sidhu, Karl*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO: Das TRIMS-Abkommen und das GATS, Göttingen 2004.
- Simon, Sven*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen 2009.
- Simpson, Robin*, Environmental Services and Competition: A Global Perspective, *RECIEL* 15(2) (2006), S. 160.
- Sinclair, Scott/Griehaber-Otto, Jim*, Facing the Facts: A guide to the GATS debate, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa 2002 ([www.policyalternatives.ca](http://www.policyalternatives.ca)).
- Smit, Hilke*, Die Anwendung der GATS-Prinzipien auf dem Postsektor und Auswirkungen auf die nationale Regulierung, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 205, Bad Honnef 2000.
- Sokol, Daniel D.*, Express Delivery and the Postal Sector in the Context of Public Sector Anti-Competitive Practices, *23 Nw. J. Int’l L. & Bus.* (2003), S. 353.

- Solano, Olivier/del Villar, Rafael/Garcia-Verdu, Rodrigo*, Challenges to the Effective Implementation of Competition Policy in Regulated Sectors: The Case of Telecommunications in Mexico, *Nw. J. Int'l. L. & Bus.* 26 (2006), S. 527.
- South Centre*, GATS Dispute Settlement Cases: Practical Implications for Developing Countries, *South Centre Analytical Note SC/TADP/AN/SV/10*, Genf 2005.
- Spagnuolo, Francesca*, I servizi pubblici nella World Trade Organization tra libero mercato e tutela dei diritti umani, *Amministrazione in Cammino* vom 28. Februar 2006.
- Spies, Axel/Ufer, Frederic*, Netzneutralität: Stichwort oder Unwort des Jahres? – Neues US-Regulierungsverfahren mit Auswirkungen auf Deutschland, *MMR* 2010, S. 13.
- Stewart, Richard B.*, Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values, *92 Yale L. J.* (1983), S. 1537.
- Sunde, Torje*, Möglichkeiten und Grenzen innerstaatlicher Regulierung nach Art. VI GATS, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 59*, Halle (Saale) 2006.
- Sweeny, Brendan*, Export Cartels: Is there a Need for Global Rules?, *JIEL* 10(1) (2007), S. 87.
- Sykes, Alan O.*, The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures, *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 186*, University of Chicago 2003.
- Sykes, Alan O.*, What is the Reach of Regulation? Externalities in Open Economy Antitrust and their Implications for International Competition Policy, *23 Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (1999), S. 89.
- Tarullo, Daniel K.*, Norms and Institutions in Global Competition Policy, *94 A.J.I.L.* (2000), S. 478.
- Tarullo, Daniel K.*, Competition Policy for Global Markets, *JIEL* (1999), S. 445.
- Taylor, Martyn D.*, *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge 2006.
- Thiele, Sonja/Zauner, Martin*, Bedeutung des Netzzugangs im Briefmarkt - Wettbewerbsförderung oder Regulierung von Endkundenpreisen?, *N&R* 2011, S. 137.
- Thyri, Peter*, Immaterialgüterrechte und Zugang zur wesentlichen Einrichtung, *WuW* 2005, S. 388.
- Tietje, Christian*, Telekommunikation, in: *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Krenzler, Horst Günter* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Stand: 30. Ergänzungslieferung 2006, Band IV, E 27, Rn. 203 ff.

- Tietje, Christian*, Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 48, Halle 2005.
- T.M.C. Asser Instituut*, The Study of the Relationship between the Constitution, Rules and Practice of the Universal Postal Union, the WTO Rules (in particular the GATS), and the European Community Law, The Hague 2004.
- Trachtmann, Joel P.*, Embedding mutual recognition at the WTO, *Journal of European Public Policy* 14(5) (2007), S. 780.
- Tschinski, Adam Damian*, Die gesetzliche Exklusivlizenz der Deutschen Post AG und gewerbliche Erbringung von Briefdienstleistungen durch private Unternehmer, Frankfurt am Main 2007, zugl. Diss. Universität Göttingen 2006.
- Türk, Elisabeth/Ostrovsky, Aaron/Speed, Robert*, GATS and its Impact on Private Sector Participation in Water Services, in: Weiss/Boisson de Chazournes/Bernasconi-Osterwalder (Hrsg.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford 2005.
- Türk, Elisabeth/Krajewski, Markus*, Right to water and trade in services: Assessing the impact of GATS on water regulation, in: Hein/Voegeli (Hrsg.), *GATS und globale Politik*, Hamburg 2004, S. 107.
- Tuthill, Lee/Sherman, Laura B.*, Telecommunications: can trade agreements keep up with technology? in: Marchetti/Roy (Hrsg.), *Opening Markets for Trade in Services – Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, Cambridge 2008, S. 151.
- United Nations Economic and Social Council*, Commission on Human Rights, Liberalization of trade in services and human rights, Report of the High Commissioner, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25. Juni 2002.
- U.S. International Trade Commission*, Express Delivery Services: Competitive Conditions Facing U.S.-based Firms in Foreign Markets, Investigation No. 332-456, Washington April 2004.
- Van Damme, Isabelle*, The Interpretation of Schedules of Commitments, *JWT* 41(1) (2007), S. 1.
- Van Den Hende, Lode*, GATS Article XVI and national regulatory sovereignty: what lessons to draw from US-Gambling?, *Cambridge Rev. of Internat. Affairs* 20(1) (2007), S. 93.

- Van der Lijn, Nick/Meijer, Arno*, Is Mandatory Access in the Postal Sector the Key to Success?, in: Crew, Michael A./Kleindorfer, Paul R., *Competitive Transformation of the Postal and Delivery Sector*, Boston 2004, S. 87.
- VanDuzer, J. Anthony*, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in Curtis, John M./Ciuriak, Dan (Hrsg.), *Trade Policy Research* 2004, Ottawa 2004, S. 287.
- Visco Comandini, Vincenzo*, The Provision and Funding of Universal Service Obligations in a Liberalized Environment, in: Geradin, Damien (Hrsg.), *The Liberalization of Postal Services in the European Union*, The Hague 2002, S. 221.
- Voon, Tania/Mitchell, Andrew*, International Trade Law Implications of Australia's National Broadband Network, Melbourne Legal Studies Research Paper No. 549 (2011), abzurufen unter [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- Voon, Tania/Mitchell, Andrew*, Open for Business? China's Telecommunications Service Market and the WTO, *JIEL* 13(2) (2010), S. 321.
- Wallsten, Scott*, Reverse Auctions and Universal Telecommunications Service: Lessons from Global Experience, *Fed. Comm. L. J.* 61(2) (2009), S. 373.
- Warner, Mark A.A.*, After Seattle: Is there a Future for Trade and Competition Policy Rule Making?, *Int.T.L.R.* 2000, 6(3), S. 66.
- Warner, Mark A.A.*, Competition Policy and GATS, in: Sauvé, Pierre/Stern, Robert M. (Hrsg.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington D.C. 2000.
- Weinrauch, Roland*, *Competition Law in the WTO: The Rationale for a Framework Agreement*, Wien Graz 2004.
- Weiss, Edith Brown/Boisson de Chazournes, Laurence/Bernasconi-Osterwalder, Nathalie* (Hrsg.), *Fresh Water and international Economic Law*, Oxford 2005.
- Weiss, Friedl*, „Market Access“ – Marktzugang im Europa- und Internationalen Handelsrecht: EG und WTO als Steuerungssysteme des Internationalen Wirtschaftsrechts, *RIW* 2006, S. 170.
- Weiss, Friedl*, From World Trade Law to World Competition Law, *Fordham Int'l L. J.* 23 (2000), S. 250.
- Weiß, Wolfgang*, GATS and Domestic Regulation – A Threat to Democracy? in: Griller, Stefan (Hrsg.), *At the Crossroads: The World Trading System and the Doha Round*, Wien 2008, S. 369.

- Weiß, Wolfgang/Herrmann, Christoph*, Welthandelsrecht, München 2003.
- Wellenius, Björn/Galarza, Juan/Guermazi, Boutheina*, Telecommunications and the WTO – The Case of Mexico, The World Bank, Washington June 2005.
- Weller, Dennis*, Auctions for Universal Service Obligations, Telecommunications Policy 23(8) (1999), S. 645.
- Werthmann, Christoph*, Staatliche Regulierung des Postwesens, Münster 2004, zugl. Diss. Universität Münster 2004.
- Wiebel, Eva*, Probleme einer multilateralen Liberalisierung des Luftverkehrs im Rahmen des GATS (WTO), zugl. Diss. Universität Hamburg 2006, Hamburg 2006.
- wik-Consult*, Zur Konsolidierungsdiskussion im deutschen Postmarkt: Möglichkeiten und Entgelte für Netzzugang, Bad Honnef 2005.
- Wins, Henning*, Eine internationale Wettbewerbsordnung als Ergänzung zum GATT, Baden-Baden 2000.
- Wipperfürth, Stella*, Das Postwesen: Monopolrechte und Infrastrukturgewährleistungsauftrag, Frankfurt am Main 2005, zugl. Diss. Universität Köln 2004.
- Wisner, Robert/Gallus, Nick*, The Emergence of WTO Competition Law: The Mexico-Telecommunications and Canada-Wheat and Grain Decisions, Int. T. L. R. 2004, 10 (5), S. 91.
- Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias/Feinäugle, Clemens*, WTO-Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law Volume 6, Leiden 2008.
- World Bank*, World Development Report 2004: Making Services Work for Poor People, Washington 2003.
- Wouters, Jan/Coppens, Dominic*, Domestic Regulation within the Framework of GATS, K.U. Leuven Institute for International Law Working Paper No 93, May 2006.
- WTO Secretariat*, A Handbook on the GATS Agreement, A WTO Secretariat Publication, Prepared by the WTO Trade in Services Division, Cambridge 2005.
- WTO Secretariat*, GATS – Fact and Fiction, Genf 2001.
- Wunsch-Vincent, Sacha*, The Internet, cross-border trade in services, and the GATS: lessons from US-Gambling, WTR 5(3) (2006), S. 319.
- Wunsch-Vincent, Sacha*, WTO, E-commerce, and Information Technologies: From the Uruguay Round through the Doha Development Agenda, A Report for the UN ICT Task Force, 2005.
- Young, Mark*, The Future of Universal Service. Does it Have One?, IJL&IT 2005, S. 188.

- Zagama, Bertram*, GATS und Wasser, in: WEED (Hrsg.), GATS und Demokratie, Bonn 2001, S. 8.
- Zdouc, Werner*, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services, in: Ortino/Petersmann (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System 1995-2003, The Hague 2004, S. 381.
- Zdouc, Werner*, Legal Problems arising under the General Agreement on Trade in Services: comparative analysis of GATS and GATT, zugl. Diss. Universität St. Gallen, Bamberg 2002.
- Zdouc, Werner*, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS, JIEL 2 (2) (1999), S. 295.
- Zhang, Ruosi*, The liberalization of postal and courier services: ready for delivery? in: Marchetti/Roy (Hrsg.), Opening Markets for Trade in Services – Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations, Cambridge 2008, S. 378.
- Zhao, Yun*, Further Liberalization of Telecommunications Services in the Framework of the WTO in the 21st Century, International Journal of Communications Law and Policy 8 (Winter 2003/2004), IJCLP Web-Doc 3-8-2004 ([www.ijclp.org](http://www.ijclp.org)).
-