
Bildungsdienstleistungen und GATS – unter besonderer Berücksichtigung der Grundschulen und der weiterführenden Schulen in Deutschland

Wolfram Cremer, Ralf Poscher und Thomas Langer*

Inhalt

A. Einleitung	117
B. Der Anwendungsbereich des GATS und Bildungsdienstleistungen	118
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs gemäß Art. I:1 und I:2 GATS	118
1. Der Begriff der Dienstleistung	118
2. Handel mit Dienstleistungen	120
3. Maßnahmen der Mitglieder	123
4. Beeinträchtigung des Handels mit Dienstleistungen	123
5. Zwischenergebnis	124
II. Ausschlussbereich nach Art. I:3 lit. b) und c) GATS	124
1. Einführung	124
2. Strukturierung der Auslegungsprobleme im Kontext von Art. I:3 lit. b) und c) GATS	126
3. Zum Verhältnis von Art. I:3 lit. b) zu lit. c) GATS	127
4. Art. I:3 lit. b) GATS: „In the exercise of governmental authority“	129
5. Art. I:3 lit. c) GATS	132
a) Art. I:3 lit. c) 1. Var. GATS: „On a commercial basis“	132
(1) Wortlaut	133
(2) Systematisch-teleologische Auslegung	135

* Prof. Dr. Wolfram Cremer ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Ruhr-Universität Bochum und Wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V. (IfBB). Prof. Dr. Ralf Poscher ist Direktor der Abteilung Rechtsphilosophie des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Dr. Thomas Langer ist Wissenschaftlicher Leiter des IfBB. Der Beitrag geht auf das vom IfBB geförderte Forschungsprojekt „Liberalisierung und Entstaatlichung des deutschen Bildungswesens unter besonderer Berücksichtigung des GATS“ zurück.

(3) Rechtsvergleich mit dem EGV/AEUV	136
(4) Ergebnis der Auslegung von „on a commercial basis“ unter Einbeziehung von Art. I:3 lit. b) GATS	137
b) Im Wettbewerb („in competition“)	137
III. Anwendung der Ergebnisse auf die in den Grundschulen und den weiterführenden Schulen in Deutschland erbrachten Bildungsdienstleistungen	140
1. „In the exercise of governmental authority“	140
2. „On a commercial basis“	140
3. „In competition“	141
C. Verpflichtungen	142
I. Allgemeine Verpflichtungen – Der Meistbegünstigungsgrundsatz	143
1. Tatbestand des Meistbegünstigungsgrundsatzes	145
2. Rechtsfolgen der Meistbegünstigungspflicht	146
II. Besondere Verpflichtungen	146
1. Marktzugang	147
2. Inländerbehandlung	148
3. Listen spezifischer Zugeständnisse	149
a) Struktur der Dienstleistungssektoren	150
b) Der Sektor für Bildungsdienstleistungen	152
(1) Primarbildungsdienstleistungen	152
(2) Sekundarbildungsdienstleistungen	152
(3) Höhere Bildungsdienstleistungen	153
(4) Erwachsenenbildungsdienstleistungen	154
(5) Sonstige Bildungsdienstleistungen	154
c) Übernommene Verpflichtungen	154
d) Eintragungsoptionen der WTO-Mitglieder	155
e) Terminologie der Listeneinträge	156
f) Liste spezifischer Zugeständnisse der EU und ihrer Mitgliedstaaten im Bildungssektor	158
III. Weitere Schranken der Dienstleistungsregulierung	159
D. Schluss	161

A. Einleitung

Das allgemeine Dienstleistungsabkommen/*General Agreement on Trade in Services* (GATS) der Welthandelsorganisation (WTO)¹ zielt ausweislich seiner Präambel auf die fortschreitende Liberalisierung des grenzüberschreitenden Dienstleistungshandels, d.h. auf den schrittweisen Abbau von Handelshindernissen unter den derzeit 153 WTO-Mitgliedern.² Grundsätzlich aufklärungsbedürftig ist, welche Relevanz dem GATS im Hinblick auf solche „Wirtschafts“bereiche zukommt, auf welche die Liberalisierungsverpflichtungen internationaler Abkommen traditionell keine oder allenfalls eingeschränkte Anwendung finden. Hier soll dahinstehen, inwieweit man diese Bereiche mittels des Etiketts „Daseinsvorsorge“ umfassend oder auch nur angemessen erfasst – im Unionsrecht erfahren „Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse“³ eine gewisse Sonderbehandlung –; vielmehr soll dieser Frage vorliegend im Hinblick auf einen bestimmten „traditionell liberalisierungsfernen“ Sektor, nämlich den Bildungsbereich, nachgegangen werden. Die nachfolgend erarbeiteten Ergebnisse lassen sich aber auch für andere traditionell liberalisierungsferne Sektoren fruchtbar machen.

Gegenstand dieses Beitrags ist mithin die Befragung des GATS auf seine Bedeutung für Bildungsdienstleistungen. Dabei gliedert sich der Beitrag in zwei Hauptteile, wobei der erste Hauptteil (B.) seinerseits Zweierlei behandelt. Zunächst wird eingehend analysiert, ob und gegebenenfalls welche Bildungsdienstleistungen überhaupt von dem Abkommen erfasst werden (B.I./II.). Sodann werden die gefundenen Ergebnisse, um deren praktische Bedeutung für den Bildungsstandort Deutschland zu illustrieren, auf die Erbringung von Bildungsdienstleistungen an Grundschulen und weiterführenden Schulen in Deutschland angewendet (B.III.). Im zweiten Hauptteil (C.) werden unter stetiger Bezugnahme auf den Bildungsbereich die zentralen auf die Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen gerichteten Instrumente des GATS⁴ überblicksartig geschildert. Dazu zählen der den Marktzugang betreffende Art. XVI GATS sowie die Diskriminierungsverbote nach

¹ Das GATS ist zusammen mit weiteren WTO-Übereinkommen am 1.1.1995 in Kraft getreten.

² Vgl. zu den einzelnen Mitgliedern http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (14.3.2011).

³ Vgl. dazu nur Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV sowie Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zu häufig gestellten Fragen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse v. 20.11.2007, SEK (2007) 1516 endg.

⁴ Das GATS ist das wirtschaftlich bedeutendste Übereinkommen nach dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen über den Warenhandel GATT 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Der globale Export von Dienstleistungen umfasste 2007 ein Volumen von 3.290 Mrd. US-Dollar, vgl. *Hahn*, Welthandel, Geschichte-Konzepte-Perspektiven, 2009, S. 55. Das Volumen der weltweiten Warenexporte belief sich im Jahr 2007 mit 13.950 Mrd. US-Dollar freilich auf das Vierfache des Volumens der Dienstleistungsexporte, *ibid.*, S. 45.

den Art. II GATS (Meistbegünstigung) und Art. XVII GATS (Inländerbehandlung).⁵

B. Der Anwendungsbereich des GATS und Bildungsdienstleistungen

Die Erörterung der Frage, ob und gegebenenfalls welche Bildungsdienstleistungen in den Anwendungsbereich des GATS fallen, untergliedert sich in zwei Abschnitte. Zunächst werden die Voraussetzungen für eine positive Begründung des Anwendungsbereichs gemäß Art. I:1 und I:2 des Abkommens erläutert, um sodann – und darin liegt zugleich ein Schwerpunkt dieser Abhandlung – den Ausschlussbereich nach Art. I:3 lit. b) und c) GATS zu bestimmen.

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs gemäß Art. I:1 und I:2 GATS

Das Liberalisierungspotential des GATS entfaltet seine Wirkungsmacht auf den Bildungsbereich und insbesondere die Schulsysteme der WTO-Mitglieder nur unter der Voraussetzung, dass Bildungsdienstleistungen generell und die Schulsysteme im Besonderen überhaupt in den Anwendungsbereich des GATS fallen.⁶ Artikel I:1 GATS bestimmt: „Dieses Abkommen findet Anwendung auf alle Maßnahmen der Mitglieder, die den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigen.“ Die Rechtsbegriffe „Dienstleistungen“, „Handel“, „Maßnahmen“ und „beeinträchtigen“ verstehen sich sämtlich nicht von selbst und bedürfen der Klärung.

1. Der Begriff der Dienstleistung

Ausgangspunkt für die Betrachtung des Dienstleistungsbegriffs ist die Feststellung, dass sich die Mitglieder im Rahmen der Verhandlung des GATS nicht auf eine Legaldefinition dieses Begriffs verständigt haben.⁷ Die Qualifizierung einer tatsächlichen Betätigung als Dienstleistung eröffnet den Anwendungsbereich des GATS, wohingegen auf den internationalen Handel mit Waren die Regelungen des internationalen Warenabkommens GATT Anwendung finden. Die Einordnung ist

⁵ Für einen Überblick über die Regelungsinhalte des GATS siehe etwa *Koebler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen, 1999; *Weiss*, The General Agreement on Trade in Services 1994, CMLRev. 32 (1995), S. 1177 ff.; *Barth*, Das Allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS), EuZW 1994, S. 455 ff.

⁶ *Reimold*, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, 2010, S. 32 ff.

⁷ Dies als „terminologische Offenheit für künftige, neu entstehende Dienstleistungsbereiche“ begrüßend *Ohler*, in: Herrmann/Weiss/Ohler (Hrsg.), Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, § 18, Rdnr. 838.

nicht zuletzt deshalb bedeutsam, weil im Regelungswerk des GATT der Schutz gegen Diskriminierungen im Vergleich zum GATS in sehr viel stärkerem Maße verwirklicht ist.⁸ Mit der Zuordnung von „Produkten“ zu dem einen oder dem anderen Abkommen geht also die Entscheidung über das anzuwendende Regime und die eintretenden Rechtsfolgen einher.

Auch wenn die Kriterien zur Abgrenzung zwischen Waren und Dienstleistungen und die dafür anzuwendende Methode und mithin die Anwendbarkeit von GATT oder GATS umstritten sind,⁹ besteht doch zunächst Einigkeit, dass das GATS zur Qualifizierung als Dienstleistung grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt verlangt.¹⁰ Zudem werden zumeist die Kriterien der Nichtstofflichkeit und der Unberührbarkeit herangezogen.¹¹ Darüber hinaus wird häufig die gleichzeitige physische Anwesenheit von Erbringer und Nutzer vorausgesetzt.¹² Dennoch erweist sich die Zuordnung im Einzelfall nicht selten als schwierig. Heftig umstritten ist insbesondere die Einordnung sogenannter „digitaler Produkte“,¹³ worunter etwa digitale Bildungsprodukte wie Lehr- und Lernbücher fallen, die als Datensätze zum Beispiel im Internet kostenpflichtig zum Download angeboten werden.¹⁴

In der Praxis kann die sogenannte Liste zur Klassifizierung der Dienstleistungssektoren (*Services Sectorial Classification List*¹⁵ – SSCL) herangezogen werden, um festzustellen, welche wirtschaftliche Tätigkeit als Dienstleistung im Sinne des GATS gilt.¹⁶ Gegenstand dieser nicht abschließenden Aufzählung sind 12 Haupt- und 155

⁸ *Stoll/Schorkopf*, WTO-Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, S. 183, Rdnr. 530.

⁹ *Vranes*, The Overlap between GATT and GATS: A Methodological Mate, Legal Issues of Economic Integration 2009, S. 215 ff.; *Delimatsis*, International Trade in Services and Domestic Regulations, Necessity, Transparency and Regulatory Diversity, 2007, S. 13 ff.; *Matsushita*, Governance of International Trade Under World Trade Organization Agreements – Relationships Between World Trade Organization Agreements and Other Trade Agreements, Journal of World Trade 38 (2004), S. 185 ff.; *Davey/Zdouc*, The Triangle of TRIPS, GATT and GATS, in: Cottier/Mavroidis (Hrsg.), Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable Development, 2003, S. 53 ff.; *Gaffney*, The GATT and the GATS: Should They Be Mutually Exclusive Agreements?, Leiden Journal of International Law 1999, S. 135 ff.

¹⁰ *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 838.

¹¹ Siehe nur *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, 2003, B.II., Rdnr. 11.

¹² *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 813 f.; *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, § 22, Rdnr. 8; *Hoekman/Mattoo*, International trade, Trade in services, in: Guzman/Sykes (Hrsg.), Research Handbook in International Economic Law, 2007, S. 115.

¹³ Zum Streitstand *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 26. Grundlegend *Wunsch-Vincent*, The WTO, The Internet and Trade in Digital Products, 2006.

¹⁴ Dazu nur *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 26.

¹⁵ Services Sectorial Classification List, MTN.GNS/W/120 v. 10.7.1991, dabei handelt es sich um einen Auszug aus der Central Product Classification (CPC) der UN.

¹⁶ *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 12.

Subsektoren. Die Liste zur Klassifizierung der Dienstleistungssektoren der WTO nimmt dabei auf die *Central Product Classification* der Vereinten Nationen¹⁷ Bezug und dient den Mitgliedern als Grundlage für die Verhandlung über spezifische Verpflichtungen.¹⁸ Dieses Dokument ist zwar nicht integraler Bestandteil des GATS, stellt jedoch nach Ansicht des Appellate Body ein ergänzendes Auslegungsmittel im Sinne des Art. 32 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) dar.¹⁹ Tatsächlich folgen die Mitglieder bei der Erstellung ihrer jeweiligen Listen meist den dort vorgegebenen Kategorien.²⁰ Ausgehend von diesem sektoriellen Ansatz²¹ ist festzuhalten, dass Bildungsdienstleistungen dem fünften Sektor der SSCL unterfallen und somit grundsätzlich Dienstleistungen im Sinne des GATS sind.²²

Demnach sind Bildungsdienstleistungen wie etwa die im schulischen Präsenzunterricht erbrachten Lehrdienstleistungen als Dienstleistungen im Sinne des Art. I:1 GATS zu qualifizieren.

2. Handel mit Dienstleistungen

Gemäß Art. I:2 GATS bedeutet „Handel mit Dienstleistungen“ die Erbringung einer Dienstleistung in einer der vier dort genannten Modalitäten. Im Unterschied zum internationalen Warenhandel, der auf einen Modus, nämlich die grenzüberschreitende Erbringung – eine Ware gelangt von Land A physisch in Land B – begrenzt ist, kennt der Handel mit Dienstleistungen gemäß Art. I:2 lit. a) bis d) GATS vier verschiedene Modalitäten. Artikel I:2 lit. a) bis d) GATS zeigt demgemäß auf, in welcher Weise die Erbringung der Dienstleistung erfolgen muss, um als „Transaktion zwischen Wirtschaftssubjekten verschiedener Mitglieder“ zu gelten.²³ Anknüpfungspunkte sind dabei die Herkunft des Erbringers und des Nutzers der Dienstleistung sowie Art und Dauer ihres Aufenthalts in einem der Mitgliedstaaten. Dies erklärt sich vor dem Hintergrund, dass der Dienstleistung als unkörperlichem Gegenstand kein Ursprungsort zugewiesen werden kann.²⁴ Zudem setzt der Handel mit Dienstleistungen in vielen Fällen, wenn auch nicht zwangsläufig, den

¹⁷ <http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc02/cpc.pdf> (14.3.2011).

¹⁸ Dazu nur *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 24.

¹⁹ Appellate Body Report, *US – Gambling*, WT/DS285/AB/R, Bericht v. 7.4.2005, Rdnr. 196.

²⁰ *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 26. Im Bildungsbereich übernahmen die meisten WTO-Mitglieder die Kategorien der CPC, siehe dazu: WTO Background Note by the Secretariat, S/C/W/49 v. 23.9.1998, S. 2.

²¹ *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 838.

²² Services Sectorial Classification List, MTN.GNS/W/120 v. 10.7.1991.

²³ *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 34.

²⁴ *Ibid.*

Grenzübertritt mindestens einer Person (Dienstleistungserbringer oder/und Dienstleistungsempfänger) voraus. Bezogen auf den internationalen Dienstleistungshandel unterscheidet Art. I:2 GATS somit folgende vier Erbringungsmodalitäten:

- a) Grenzüberschreitende Erbringung (*cross-border supply*) = „aus dem Hoheitsgebiet eines Mitglieds in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds“, d.h. nur die Dienstleistung überschreitet die Grenze; z.B. bei der postalischen oder elektronischen Versendung von Lehrmaterialien im Rahmen von Fernstudiengängen (*distance learning*).²⁵
- b) Dienstleistungsnutzung im Ausland (*consumption abroad*) = „im Hoheitsgebiet eines Mitglieds an den Dienstleistungsnutzer eines anderen Mitglieds“, d.h. der Dienstleistungsempfänger überschreitet die Grenze; z.B. Besuch eines Internats im Ausland.
- c) Kommerzielle Präsenz (*commercial presence*) = „durch einen Dienstleistungserbringer eines Mitglieds mittels kommerzieller Präsenz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds“, z.B. Gründung einer Schule im Ausland.
- d) Präsenz natürlicher Personen (*presence of natural persons*) = „durch einen Dienstleistungserbringer eines Mitglieds mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds“, z.B. Lehrkräfte, die an einer ausländischen oder einheimischen Schule im Ausland unterrichten.

Die vier Modi sind abschließend.²⁶ Vor dem Hintergrund der Gliederung der Listen spezifischer Verpflichtungen²⁷ nach Erbringungsformen und der damit einhergehenden unterschiedlichen Verpflichtung der Mitglieder bezüglich ein und derselben Dienstleistung im Hinblick auf die Erbringungsform, kann ein wirtschaftlicher Vorgang jedoch mehreren Erbringungsmodi zugleich zugeordnet werden.²⁸ So betrifft beispielsweise die Gründung einer französischen Auslandsschule für französische Schüler und Schülerinnen in Deutschland Modus 3 und Modus 2.

Die Handelshürden in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind je nach Erbringungsart unterschiedlich ausgeprägt. Bei der grenzüberschreitenden

²⁵ In diesem Zusammenhang mag man erwägen, ob im Falle der elektronischen Versendung (auch der Server des Empfängers in einem anderen Mitgliedstaat loziert sein muss als der Server des Versenders.

²⁶ *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), WTO – Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Bd. 6, 2008, Art. I GATS, Rdnr. 37.

²⁷ Näher dazu unter C.II.3.

²⁸ *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 843. Siehe Council for Trade in Services, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments und the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92 v. 28.3.2001, Rdnr. 35. Ausführlich zu den intermodalen Verknüpfungen *Chanda*, Inter-modal Linkages in Services Trade, OECD Trade Policy Working Papers No. 30, 2006.

Erbringung (Modus 1) sind Handelshürden nur vereinzelt festzustellen.²⁹ Im Bereich der Dienstleistungserbringung durch Inanspruchnahme der Dienstleistung im Ausland (Modus 2) sowie des Handels mit Dienstleistungen, deren Erbringung mittels Präsenz natürlicher Personen erfolgt (Modus 4), sind insbesondere Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen sowie Währungsrestriktionen als Handelshemmnisse zu nennen.³⁰ Der Handel mit Dienstleistungen, die mittels kommerzieller Präsenz erbracht werden, sieht sich unter anderem durch die Möglichkeiten zur Beschränkung ausländischer Direktinvestitionen gehemmt.³¹ Auch diese je nach Modus unterschiedlichen Handelshemmnisse erklären, warum die wirtschaftliche Bedeutung der vier Erbringungsarten stark variiert.³² Das gilt auch für den Bildungssektor.

Wirtschaftlich besonders bedeutsam ist die Inanspruchnahme von Bildungsdienstleistungen durch im Ausland Studierende, also der Modus 2 (Dienstleistungsnutzung im Ausland).³³ Die Zahl der Studierenden, die in einem Land, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, an einer Hochschule eingeschrieben waren, wuchs von 800.000 im Jahr 1975 auf 3,3 Millionen Studierende im Jahr 2008.³⁴ Deutschland stand im Jahr 2007 mit 258.513 Auslandsstudierenden im OECD-Vergleich an dritter Stelle hinter den USA und Großbritannien; d.h. gut jeder zehnte 2007 in Deutschland eingeschriebene Studierende besaß eine andere Staatsangehörigkeit als die deutsche (11,3 %).³⁵ In jüngerer Zeit wächst zudem die Bedeutung der grenzüberschreitenden Versendung von E-Learning-Programmen und anderen digitalen Bildungsprodukten, also die Bedeutung von Modus 1.³⁶ Die Studierenden

²⁹ Dazu auch *Reimold*, (Fn. 6), S. 65.

³⁰ Education Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/49 v. 23.9.1998, Rdnrn. 30 und 32.

³¹ *Ibid.*, Rdnr. 31.

³² Insgesamt gilt, dass Australien, Kanada, Italien, Großbritannien und die USA Anfang des Jahrtausends die fünf „Hauptexporteure“ von Bildungsdienstleistungen waren. Dies geht jedenfalls aus den Angaben der elf Staaten hervor, die hierzu Daten abgegeben haben, OECD, *Trade in Educational Services: Trends and Emerging Issues*, 2002, S. 5 und 7. Die Exporte der USA als führende Handelsnation im Bildungssektor stiegen von 4.575 Mio. US-Dollar im Jahr 1989 auf 10.280 Mio. US-Dollar im Jahr 2000. In diesem Zeitraum verzeichneten die USA einen Importanstieg von 586 Mio. US-Dollar im Jahr 1989 auf 2.150 Mio. US-Dollar im Jahr 2000, *ibid.*, S. 7 f.

³³ Zu diesem Schluss kommt der Council for Trade in Services, Education Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/49 v. 23.9.1998, Rdnrn. 9 und 26.

³⁴ OECD, *Education at a Glance 2010*, S. 313.

³⁵ OECD, *Higher Education to 2030, Volume 2: Globalisation*, 2009, S. 66.

³⁶ Vgl. auch OECD, (Fn. 34), S. 310: „*it is worth noting that, along with student mobility, the cross-border electronic delivery of flexible educational programmes and abroad campuses are also relevant to the trade dimension of international tertiary education, although no comparable data yet exist.*“

nehmen Bildungsangebote einer ausländischen Hochschule im Internet wahr, häufig ergänzt um Lehrveranstaltungen vor Ort durch Partnereinrichtungen des digitalen Programmanbieters (sogenannte „Twinning“-Partnerschaften). Führende Programmanbieter kommen aus Australien und Großbritannien.³⁷ Mittlerweile gibt es zudem über 100 ausländische Hochschulcampus – „Offshore“-Campus (Modus 3).³⁸

3. Maßnahmen der Mitglieder

Der Maßnahmenbegriff in Art. I:1 GATS wird sehr weit verstanden.³⁹ Er umfasst alle erdenklichen rechtlichen und faktischen Handlungen des Staates, die ihm oder dem Staat untergeordneten Stellen zurechenbar sind, soweit diese Aktivitäten sich auf den Dienstleistungshandel auswirken können.⁴⁰ Dazu zählen hinsichtlich des deutschen Schulsystems namentlich die Schulgesetze der Länder, die entsprechenden Schulrechtsartikel der Landesverfassungen und des Grundgesetzes einschließlich sämtlicher Vorschriften über die Finanzierung des Schulsystems sowie ferner Schulverordnungen, Erlasse, Richtlinien und Beschlüsse der Kultusministerkonferenz.

4. Beeinträchtigung des Handels mit Dienstleistungen

Der Anwendungsbereich des Abkommens wird nach Art. I:1 GATS auf Maßnahmen beschränkt, die den Dienstleistungshandel beeinträchtigen. Das GATS geht von einem weiten Beeinträchtigungsbegriff aus.⁴¹ In Übertragung der Definition des Panels zum Beeinträchtigungsbegriff nach Art. III GATT in der Entscheidung *Italy – Agricultural Machinery*⁴² sind Beeinträchtigungen sämtliche Maßnahmen, welche die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern nachteilig beeinflussen.⁴³ Eine Maßnahme muss mithin weder den Dienstleistungshandel regulieren noch dessen Beeinflussung intendieren. Vielmehr genügt eine faktische Beeinträchtigung⁴⁴ von einiger

³⁷ Zu dem Komplex der Programm-Mobilität siehe OECD, (Fn. 35), S. 69 ff.

³⁸ *Ibid.*, S. 72, z.B. hat die University of Nottingham einen Campus in China sowie in Malaysia.

³⁹ *Zacharias*, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 27.

⁴⁰ *Zdouc*, Legal Problems Arising Under the General Agreement on Trade in Services, 2002, S. 110 f.

⁴¹ Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, WT/DS 27/AB/R, Bericht v. 9.9.1997, Rdnr. 220; *Zacharias*, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 29.

⁴² Panel Report, *Italy – Agricultural Machinery*, BISD 7S/60, Bericht v. 15.7.1958.

⁴³ *Ibid.*, Rdnr. 12.

⁴⁴ *Zdouc*, (Fn. 40), S. 111.

Erheblichkeit.⁴⁵ Die Abgrenzung zwischen beeinträchtigenden und nicht beeinträchtigenden Maßnahmen kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, da häufig weder über die Konzeption noch über die Wirkungsweise von Handelsbarrieren auf den Dienstleistungshandel gesicherte Erkenntnisse vorliegen.⁴⁶

5. Zwischenergebnis

Grundsätzlich fallen Bildungsdienstleistungen somit gemäß Art. I:1 und I:2 GATS in den Anwendungsbereich des GATS. Klärungsbedürftig bleibt jedoch, ob und inwieweit die Einschränkung des Anwendungsbereichs nach Art. I:3 lit. b) und c) GATS auf Bildungsdienstleistungen Anwendung findet.

II. Ausschlussbereich nach Art. I:3 lit. b) und c) GATS

1. Einführung

Jenseits einer noch in den Anfängen befindlichen unionsrechtlichen Erörterung⁴⁷ wird im welthandelsrechtlichen Kontext zunehmend diskutiert, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Bildungsdienstleistungen in den Anwendungsbereich des GATS fallen. Diese Diskussion wird hier aufgenommen, strukturiert und weitergeführt, um die gefundenen Ergebnisse daran anschließend – wie eingangs angekündigt – auf den Primar- und Sekundarbereich an Grundschulen und weiterführenden Schulen in Deutschland anzuwenden. Kern des Problems ist die Interpretation des Bildungsdienstleistungen nach verbreiteter Auffassung (partiell) ausklammernden Art. I:3 lit. b) und c) GATS.⁴⁸ Die Vorschrift lautet in der amtlichen deutschen Übersetzung:⁴⁹

Art. I Geltungsbereich und Begriffsbestimmung

(3) Für die Zwecke dieses Übereinkommens

⁴⁵ *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003, S. 67.

⁴⁶ Zur Konzeptionalisierung und Messung von Barrieren des Dienstleistungshandels durch Expertengremien *Lang*, Legal Regimes and Regimes of Knowledge: Governing Global Services Trade, Law Society Economy Working Paper No. 15/2009, S. 20 ff.

⁴⁷ Instruktiv dazu jüngst *Korte/Dingemann*, Das Recht des Privatschulbetriebs unter europäischem Einfluss, RdJB 2009, S. 380 ff.

⁴⁸ Vgl. zur politischen Diskussion über den Anwendungsbereich des GATS und insb. zu den Befürchtungen der Kritiker des GATS *Reimold*, (Fn. 6), S. 177 f.

⁴⁹ BGBl. 1994 II, 1473 (englisch), 1643 (deutsch); ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 191.

- b) schließt der Begriff „Dienstleistungen“ jede Art von Dienstleistungen in jedem Sektor mit Ausnahme solcher Dienstleistungen ein, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden;
- c) bedeutet der Begriff „in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung“ jede Art von Dienstleistung, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird.

Nach Art. I:3 lit. b) GATS sind also solche Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des GATS ausgeschlossen, die „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ erbracht werden, wobei das Tatbestandsmerkmal „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in Art. I:3 lit. c) GATS negativ definiert oder jedenfalls dahingehend erläutert wird, als es jede Art von Dienstleistungen umfasst, die weder „zu kommerziellen Zwecken“ noch „im Wettbewerb“ erbracht werden. Die Bedeutung der drei Tatbestandsmerkmale „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ sowie „zu kommerziellen Zwecken“ und „im Wettbewerb“ sowie ihr Verhältnis zueinander sind freilich in mehrfacher Hinsicht umstritten und ungeklärt. Eine Erklärung für diese Meinungsvielfalt mögen die unterschiedlichen (Rechts)traditionen der Mitgliedstaaten geben, in denen keine einheitliche Vorstellung besteht, welche Tätigkeiten als genuin staatliche Aufgaben den ökonomischen Kräften des Marktes entzogen oder für den Wettbewerb geöffnet werden sollen.⁵⁰ Zudem kann die Abgrenzung wirtschaftlich orientierter oder auch koordinierter Dienstleistungen einerseits von bestimmten öffentlichen oder hoheitlichen „Dienstleistungen“ andererseits im Rahmen eines multilateralen Abkommens nur auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau erfolgen, das bei der Subsumtion konkreter Dienstleistungsbereiche Probleme aufwirft.

Bevor nun der Versuch unternommen wird, die Auslegungsprobleme zu strukturieren und zu diskutieren, sei vorab Folgendes zu der amtlichen deutschen Übersetzung von Art. I:3 GATS angemerkt: An dieser wird zu Recht kritisiert, dass die Formulierung „*on a commercial basis*“, „*sur une base commerciale*“ respektive „*en condiciones comerciales*“ in den authentischen Fassungen der Norm⁵¹ statt „zu kommerziellen Zwecken“ präziser mit „auf kommerzieller Basis“ oder „auf wirtschaftlicher Basis“

⁵⁰ So orientiert sich die französische Diskussion um die Interpretation der drei Tatbestandsmerkmale etwa an dem traditionellen Verständnis bzw. dem aktuellen Zuschnitt des *service public* in Frankreich, näher dazu und mit zahlreichen Nachweisen Grosbon, *Le droit à l'enseignement supérieur et la libéralisation internationale des services*, S. 29 ff., i.E. (zitiert nach Manuskript).

⁵¹ Die authentische englische Fassung lautet:

Article I Scope and Definition

3. *For the purpose of this Agreement:*

(b) „*services*“ includes any service in any sector except services in the exercise of governmental authority;
 (c) „*a service supplied in the exercise of governmental authority*“ means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

übersetzt wäre.⁵² Auf die Bedeutung dieser Differenz wird im Rahmen der Normauslegung noch zurückzukommen sein. Hier sei lediglich angedeutet, dass auch aus sachlichen Gründen Anlass besteht, bei der Norminterpretation die von der Kritik vorgeschlagene, stärker am Wortlaut der authentischen Fassungen orientierte Übersetzung zu Grunde zu legen.⁵³

2. Strukturierung der Auslegungsprobleme im Kontext von Art. I:3 lit. b) und c) GATS

Sichtet man die Stellungnahmen zur Interpretation von Art. I:3 lit. b) und c) GATS im Allgemeinen und im Hinblick auf Bildungsdienstleistungen im Besonderen, finden sich neben durchaus vielfältigen Interpretationsansätzen in der Literatur auch solche des WTO-Sekretariats und des Rats für den Handel mit Dienstleistungen, denen es freilich an einem systematisch angelegten Zugriff auf das Problem fehlt. So hat das WTO-Sekretariat zwar in verschiedenen im Auftrag des Rats für den Handel mit Dienstleistungen erstellten sogenannten *background notes* einige knappe Bemerkungen zum Anwendungsbereich im Sinne von Art. I:3 GATS gemacht, diese aber niemals vertieft.⁵⁴ Auch für den Bildungsbereich existiert ein solches Hintergrundpapier.⁵⁵ In diesem wird in knapper Form auf die verschiedenen Angebote im Bereich *basic education* eingegangen, insoweit ein überwiegend staatliches Angebot diagnostiziert und (nur?) für dieses Angebot eine Qualifikation als eine „in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung“ für möglich gehalten respektive favorisiert.⁵⁶ Auch im Rat für den Handel mit Dienstleistungen wurde verschiedentlich über das Verständnis von Art. I:3 GATS diskutiert, ohne eine substantielle Einigung zu erzielen.⁵⁷

⁵² Vgl. zu dieser Kritik *Krajewski*, Auswirkungen des GATS auf Instrumente der Kulturpolitik und Kulturförderung in Deutschland, 2005, S. 6, Fn. 7.

⁵³ Vgl. dazu unter B.II.5.a).

⁵⁴ Environmental Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/46 v. 6.7.1998, S. 14 f.; Postal and Courier Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/39 v. 18.6.1998, S. 2; Health and Social Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/50 v. 6.7.1998, S. 10; Legal Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/43 v. 6.7.1998, S. 3, Fn. 2; Education Services, Background Note by the Secretariat, S/C/E/49 v. 23.9.1998, Rdnr. 12 f.

⁵⁵ Council for the Trade in Services, Education Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/49 v. 23.9.1998.

⁵⁶ *Ibid.*, Rdnrn. 12 und 13: „Basic education provided by the government may be considered to fall within the domain of, in the terminology of the GATS, services supplied in the exercise of governmental authority (supplied neither on a commercial basis nor in competition).“

⁵⁷ Näher dazu m.w.N. *Krajewski*, Public Services and the Scope of the General Agreement on Trade in Services (GATS), 2001, S. 8 f.

Gerade vor diesem Hintergrund und im Sinne einer systematischen Annäherung an das hier interessierende Problem gilt es hervorzuheben, dass bei der Diskussion um die Auslegung von Art. I:3 lit. b) und c) GATS kategorial zwei Ebenen unterschieden werden müssen, wenn diese auch nicht gänzlich unverbunden nebeneinander stehen. Es gilt nicht nur nach der Bedeutung der beiden Tatbestandsvarianten von lit. c) sowie (gegebenenfalls) der Bedeutung von „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in lit. b) zu fragen, sondern zudem das Verhältnis von lit. b) zu lit. c) zu bestimmen.

3. Zum Verhältnis von Art. I:3 lit. b) zu lit. c) GATS

In der Literatur wird ganz überwiegend angenommen, dass der Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ nicht abschließend durch die beiden Negativmerkmale in Art. I:3 lit. c) GATS definiert wird. Vielmehr habe es eine – wie auch immer zu bestimmende – eigenständige („überschießende“) Bedeutung.⁵⁸ Anderenfalls ergäbe sich die befremdliche Konsequenz, kostenfreie bzw. ohne (unmittelbare) Gewinnerzielungsabsicht erbrachte Dienstleistungen – dem mögen ideelle oder auch mittel- oder langfristig orientierte kommerzielle Motive (Werbeeffekt) zu Grunde liegen – eines privaten Monopolunternehmens als „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ qualifizieren zu müssen.⁵⁹ Zudem wird argumentiert, es sei begrifflich „als irreführend anzusehen“, wenn hoheitliche Tätigkeiten von Polizei, Militär und Justiz nur deshalb aus dem Anwendungsbereich des GATS ausscheiden, weil sie weder im Wettbewerb noch auf kommerzieller Grundlage erbracht werden und nicht etwa deshalb, weil sie eine „genuin staatliche Tätigkeit darstellen“.⁶⁰

Ob diese eher begrifflichen Argumente überzeugen, mag dahinstehen; jedenfalls liegt es in der Perspektive systematischer Auslegung nahe, Art. I:3 lit. b) GATS mit seinem Ausschluss von Dienstleistungen „*in the exercise of governmental authority*“ nicht dadurch jegliche Bedeutung zu nehmen, dass man „*in the exercise of governmental authority*“ vollständig in den beiden Varianten von Art. I:3 lit. c) GATS aufgehen lässt, ohne „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in lit. b) bei der Bestimmung des Ausschlussbereichs in irgendeiner Weise zu berücksichtigen.

⁵⁸ Krajewski, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, JIEL 2003, S. 350 f.; Van Duzer, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in: Curtis/Ciuriak (Hrsg.), Trade Policy Research, 2004, S. 400 f., 403; Adlung, Public Services and the GATS, JIEL 2006, S. 465 f.; Leroux, 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?, Journal of World Trade 2006, S. 347 f.; Reimold, (Fn. 6), S. 210.

⁵⁹ Krajewski, (Fn. 58), S. 350 f. und 353.

⁶⁰ Reimold, (Fn. 6), S. 210; vgl. auch Krajewski, (Fn. 58), S. 353.

Scheidet danach eine vollständige Bedeutungslosigkeit von lit. b) aus, bleiben – soweit ersichtlich – sechs sinnvollerweise denkbare und in der Literatur (teils) erörterte⁶¹ Möglichkeiten einer Verhältnisbestimmung von Art. I:3 lit. b) zu lit. c) GATS:

1. Das Tatbestandsmerkmal „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in lit. b) fungiert als ein den Anwendungsbereich des GATS reduzierendes Korrektiv, wenn zwar die Dienstleistungserbringung aus kommerziellen Zwecken oder im Wettbewerb erfolgt, aber in hoheitlicher Form respektive Gestalt.
2. Das Tatbestandsmerkmal „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in lit. b) fungiert als ein den Anwendungsbereich des GATS erweiterndes Korrektiv, wenn die Dienstleistungserbringung zwar weder aus kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb erfolgt, aber (evidentermaßen) keine Ausübung hoheitlicher Gewalt vorliegt.
3. Das Tatbestandsmerkmal „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in lit. b) fungiert als ein den Anwendungsbereich des GATS reduzierendes und erweiterndes Korrektiv im Sinne der beiden erstgenannten Auslegungsmöglichkeiten.
4. Die Tatbestandsmerkmale in lit. b) und c) von Art. I:3 GATS bestimmen den Anwendungsbereich im jeweiligen Einzelfall nach Maßgabe einer Art Gesamtschau.⁶²
5. Artikel I:3 lit. b) GATS ist bei der Auslegung der beiden Tatbestandsvarianten des Art. I:3 lit. c) GATS wertend einzubeziehen. Das wiederum setzt voraus, sich der Bedeutung von „*in the exercise of governmental authority*“ vorher vergewissert zu haben.
6. Die beiden Negativmerkmale des Art. I:3 lit. c) GATS sind als Beschränkung von „*in the exercise of governmental authority*“ zu qualifizieren. Bei der Auslegung ist also zunächst von lit. b) auszugehen, die beiden Tatbestandsvarianten von lit. c) wirken daran anschließend im Sinne eines Korrektivs.

Auch wenn diese sechs Auslegungsvorschläge in der Sache (teils) nicht weit auseinanderliegen mögen, bedarf es, schon um den weiteren Auslegungsprozess zu strukturieren, einer Entscheidung. Die Auslegungsvariante 1 ist mit dem Sinn und Zwecks des GATS nicht vereinbar, da sie jegliche Dienstleistung hoheitlicher Provenienz vom Anwendungsbereich ausschließt, auch wenn sie sich nur hoheitlicher Formen bedient. Da die Variante 3 die Variante 1 einschließt, muss auch sie verworfen werden. Gegen die Varianten 4 und 5 sprechen ihre wenig klaren Konturen. Zu ihnen sollte allenfalls gegriffen werden, wenn sich keine Auslegung findet, die die Bestimmungen in ein transparentes und konturenschärferes

⁶¹ Vgl. etwa *Adlung*, (Fn. 58), S. 465 ff.; *Krajewski*, (Fn. 58), S. 353 f.

⁶² So *Reimold*, (Fn. 6), S. 215 ff.

Verhältnis setzt. Varianten 2 und 6 unterscheiden sich lediglich in der Perspektive: Nach beiden Varianten ist zunächst Voraussetzung für den Ausschluss der Anwendbarkeit des GATS, dass überhaupt ein Hoheitsträger handelt. Danach ist privates Handeln auch dann, wenn die Dienste nicht auf wirtschaftlicher Basis und außerhalb des Wettbewerbs angeboten werden, keine hoheitliche Gewalt im Sinn des GATS. Grundlegend für den Ausnahmetatbestand ist das Handeln von Hoheitsträgern. In der Art einer Rückausnahme will lit. c) sicherstellen, dass auch Dienstleistungen von Hoheitsträgern, wenn sie auf wirtschaftlicher Basis oder im Wettbewerb angeboten werden, in den Anwendungsbereich des GATS fallen. Die kommerziellen oder im Wettbewerb erbrachten staatlichen Dienstleistungen sollen etwa auch möglicher Gegenstand spezieller Verpflichtungen sein können. Der Begriff *any service* in lit. c) ist nach dieser Auslegung und dem Kontext der Regelung entsprechend als *any governmental service* zu lesen. Artikel I:3 lit. b) GATS ist hingegen so zu verstehen, dass ihm ein Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt zugrundeliegt, der bei dem Handeln von Hoheitsträgern anknüpft und durch Art. I:3 lit. c) GATS eingeschränkt wird.⁶³ Diese Inbeziehungsetzung der beiden Vorschriften vermeidet nicht nur unsinnige Ergebnisse, sondern gibt auch einen Rahmen vor, in dem beiden Regelungen, einschließlich der beiden Varianten in lit. c), ein eigenständiger Sinn gegeben werden kann. Sie entspricht dem Ziel des GATS, auch kommerziell oder im Wettbewerb erbrachte Dienstleistungen des Staates für eine Liberalisierung der Märkte zu öffnen.

Die Auslegung der einzelnen Tatbestände kann sich nun an dieser Regelungsstruktur orientieren. Demgemäß gilt es im Folgenden zunächst, dass dem Merkmal „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ gemäß Art. I:3 lit. b) GATS zugrundeliegende Verständnis der Hoheitsgewalt zu entwickeln, um anschließend den genaueren Umfang der Ausnahme durch die Auslegung von Art. I:3 lit. c) 1. und 2. Var. GATS zu bestimmen.

4. Art. I:3 lit. b) GATS: „In the exercise of governmental authority“

Der Appellate Body bestimmt den Begriff *government* in der Entscheidung *Canada – Milk/Dairy* unter Bezugnahme auf Art. IX:1 lit. a) des Landwirtschaftsübereinkommens als die Macht, mit Hilfe legislativer Autorität Individuen effektiv zu regulieren, zu überwachen und zu kontrollieren,⁶⁴ und hat diese Auslegung nach-

⁶³ Etwas anders noch *Cremer*, Der Anwendungsbereich des Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen nach Art. I:3 lit. b) und c) GATS und Bildungsdienstleistungen an Grundschulen und weiterführenden Schulen in Deutschland, RuB 2010, S. 36 ff.

⁶⁴ Appellate Body Report, *Canada – Milk/Dairy*, WT/DS103,113/AB/R, Bericht v. 13.10.1999, Rdnr. 97: „The essence of ‘government’ is [...] that it enjoys the effective power to ‘regulate’ ‘control’ or ‘super-vise’ individuals, or otherwise ‘restrain’ their conduct, through the exercise of lawful authority.“

folgend bestätigt.⁶⁵ Diejenigen in der Literatur, die entweder direkt an diese Begriffsbestimmung des Appellate Body anknüpfen⁶⁶ oder unter Zugrundelegung verschiedener Wörterbuchdefinitionen⁶⁷ hoheitliche Gewalt im Sinne von Befehl, Zwang und Kontrolle verstehen,⁶⁸ stellen heraus, dass Dienstleistungen „in the exercise of governmental authority“ (jedenfalls) Tätigkeiten der Eingriffsverwaltung umfassen bzw. – was nicht notwendig gleichzusetzen ist – ein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger voraussetzen.⁶⁹ Darunter fielen namentlich hoheitliche Tätigkeiten der Polizei, des Militärs und der Justiz. Nach der hier entwickelten Systematik der Vorschrift spricht gegen eine Reduktion des Anwendungsbereichs von Art. I:3 lit. b) GATS auf diese Formen der Ausübung hoheitlicher Gewalt, dass Art. I:3 lit. c) GATS dann keine einschränkende Bedeutung mehr entfalten könnte, da Dienstleistungen im Rahmen der angeführten klassischen Hoheitstätigkeit regelmäßig weder auf wirtschaftlicher Basis noch im Wettbewerb erbracht werden.

Diejenigen, die dem Tatbestandsmerkmal „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ einen weitergehenden Bedeutungsgehalt zuweisen, fassen darunter neben Dienstleistungen der Eingriffsverwaltung auch (ausgewählte) Tätigkeiten der Leistungsverwaltung („Daseinsvorsorge“).⁷⁰ Dieses weite Verständnis wird teils unter Bezugnahme auf das an diesen Dienstleistungen bestehende öffentliche Interesse,⁷¹ teils mit der menschenrechtlichen Qualifizierung solcher Dienstleistungserbringung und einer daran anknüpfenden menschenrechtskonformen Auslegung von Art. I:3 GATS begründet, nach der das völkerrechtliche „Recht auf Bildung“ Bildung zu

⁶⁵ Appellate Body Report, *Canada – Milk/Dairy*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by New Zealand and the United States, WT/DS103,113/AB/RW, Bericht v. 3.12.2001, Rdnr. 112; Appellate Body Report, *Canada – Milk/Dairy*, Second recourse to Article 21.5 of the DSU by New Zealand and the United States, WT/DS103,113/AB/RW2, Bericht v. 20.12.2002, Rdnr. 127.

⁶⁶ *Leroux*, (Fn. 58), S. 351 f.

⁶⁷ *Government* wird im Oxford English Dictionary of Current English, 3. Aufl. 2005, wie folgt definiert: „The power or right to give orders and enforce obedience; a person or organization having official power“ und im Black’s Law Dictionary, 6. Aufl. 1990: „Right to exercise powers; to implement and enforce laws to exact obedience, to command, to judge“.

⁶⁸ *Krajewski*, (Fn. 58), S. 350: Staatliche Kontrolle und Befehl; *Van Duzer*, (Fn. 58), S. 403: Macht und Recht, Gehorsam zu erzwingen; *Zacharias*, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 65: Befehl und Kontrolle sowie Entscheidungsgewalt. A.A. *Reimold*, (Fn. 6), S. 211 ff., der hoheitliche Gewaltausübung weiter versteht und darauf abstellt, dass die staatliche Tätigkeit als staatliche Aufgabe anerkannt ist.

⁶⁹ Kritisch diesbezüglich *ibid.*, S. 211 ff.: Tätigkeiten des Staates im Bereich der Fiskal- und Leistungsverwaltung würden durch das Kriterium der Überordnung und Unterordnung nicht erfasst.

⁷⁰ Vgl. dazu auch für den (öffentlichen) Wasserektor *Laskowski*, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 245 f.

⁷¹ Andiskutiert, dann aber abgelehnt von *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 28; *Zacharias*, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 67. Vgl. zum Vorschlag einer Exklusion der *services publics* nach französischem Muster und seiner überzeugenden Ablehnung *Grosbon*, (Fn. 50), S. 29 ff.

einer völkerrechtlich anerkannten Staatsaufgabe macht und damit als hoheitlich im Sinne von Art. I:3 lit. b) GATS qualifiziert.⁷²

Nach herkömmlichem Verständnis umfasst „*in the exercise of governmental authority*“, was wohl auch die von der Literatur angeführten Wörterbucheinträge nicht in Frage stellen (wollen),⁷³ Ausübung von Staatsgewalt durch die Legislative, Judikative und Exekutive unter Einschluss der in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts ausgestalteten Leistungsverwaltung, etwa der Sozialverwaltung.⁷⁴ Maßgeblich ist mit anderen Worten, ob Träger hoheitlicher Gewalt aufgrund einer Rechtsmacht handeln, die ihnen exklusiv zusteht und dadurch ihre Hoheitlichkeit zeigt. Der Zirkularität entgeht diese Bestimmung, da sich die Träger hoheitlicher Gewalt anhand der paradigmatischen Felder der Hoheitsgewalt bestimmen lassen. Eine dem Ausnahmecharakter von Art. I:3 lit. b) GATS zuwiderlaufende Überdehnung des hoheitlichen Handelns wird dadurch vermieden, dass aus der im Ansatz weiten Bestimmung, die sich zunächst an exklusiver Rechtsmacht orientiert, durch Art. I:3 lit. c) GATS wieder diejenigen hoheitlichen Aktivitäten ausgenommen werden, die für den internationalen Handel mit Dienstleistungen von Bedeutung sind. Letztlich entscheidend sind daher die Qualifikationen in Art. I:3 lit. c) GATS. Dieser Ansatz entspricht der Regelungsstruktur des Ausnahmetatbestands, der die Ausnahme negativ über Art. I:3 lit. c) GATS definiert. In der deutschen Dogmatik des Verwaltungsrechts entsprechen dem weiten Ansatz bei der Bestimmung der Hoheitlichkeit die Subjektstheorien zur Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht. Entscheidend ist danach, ob die Träger hoheitlicher Gewalt auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Normen handeln. Dabei sind *grasso modo* solche Normen öffentlich-rechtlicher Natur, welche ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt – unter Einschluss mit exklusiver Rechtsmacht beliehener Privater – berechnen oder verpflichten.⁷⁵ Im GATS wird diese Bestimmung jedoch durch Art. I:3 lit. c) GATS qualifiziert.

Weil die Ausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt aber noch durch die Kriterien in Art. I:3 lit. c) GATS qualifiziert wird, führt das Handeln auf Grundlage

⁷² Reimold, (Fn. 6), S. 229 ff. und vgl. auch S. 161: „Wegen der Pflicht zur Verwirklichung des Rechts auf Bildung ist Bildung als völkerrechtlich anerkannte Staatsaufgabe anzusehen. Die Verpflichtungen des Sozialpakts, aber auch anderer Abkommen, sind beim Handeln der Staaten auf internationaler Ebene zu berücksichtigen und mit anderen Ordnungen zu koordinieren; die Staaten dürfen nichts unternehmen bzw. zurechenbar dulden, was die Verwirklichung des Rechts auf Bildung in Drittstaaten verhindert“.

⁷³ Vgl. dazu Fn. 67.

⁷⁴ So im Ergebnis auch Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, 2009, S. 75, 99, der sich bei der Auslegung von Art. I:3 lit. b) GATS an Befehl, Zwang und Kontrolle orientiert, dann aber doch davon ausgeht, dass auch darüber hinausgehende hoheitliche Angebote der Daseinsvorsorge unter den Ausnahmetatbestand fallen können.

⁷⁵ Die Kategorien der verwaltungsrechtlichen Dogmatik bringen in der Sache insoweit ein Begriffsverständnis auf den Punkt, das über den nationalen Entstehungskontext hinaus fruchtbar gemacht werden kann.

exklusiver Hoheitsrechte noch nicht zum endgültigen Ausschluss der Anwendbarkeit des GATS. Entgegen einiger Stimmen in der Literatur sind damit auch Dienstleistungen der Daseinsvorsorge nicht pauschal vom Anwendungsbereich des GATS ausgeschlossen.⁷⁶ Die für eine solche Auffassung angeführten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. „*In the exercise of governmental authority*“ ist weder nach allgemeinem noch nach einem spezifisch (wirtschafts)völkerrechtlichen Sprachgebrauch mit *public interest* deckungsgleich;⁷⁷ im Übrigen ist *public interest* respektive öffentliches Interesse keine konturenscharfe Kategorie; in der Tendenz greift sie zu weit, da an der Erbringung fast aller Wirtschaftsleistungen ein öffentliches Interesse besteht. Auch für eine menschenrechtskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals *governmental authority* bietet der Wortlaut keinen hinreichenden Anhaltspunkt.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass „*in the exercise of governmental authority*“ nicht mehr, aber auch nicht weniger erfasst als ein Handeln auf Grundlage einer Rechtsmacht, die ausschließlich Hoheitsträgern – respektive zur Ausübung hoheitlicher Gewalt ermächtigten Privaten – zusteht, soweit dieses Handeln nicht auf wirtschaftlicher Basis oder im Wettbewerb im Sinne von Art. I:3 lit. c) GATS erfolgt.

5. Art. I:3 lit. c) GATS

a) Art. I:3 lit. c) 1. Var. GATS: „On a commercial basis“

Nach der ersten Variante von Art. I:3 lit. c) GATS ist der Anwendungsbereich des GATS eröffnet, wenn eine Dienstleistung „*on a commercial basis*“ erbracht wird. Bezüglich dieses Merkmals stehen sich im Wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber. Die wohl überwiegende Meinung verlangt eine Gewinnerzielungsabsicht respektive in (offenbarer) Anknüpfung an die Formulierung in den authentischen Sprachen – insoweit am deutlichsten die spanische Wendung – Angebotsbedingungen, die die Erzielung eines Gewinns erlauben, kurz eine „Erbringung zu Marktbedingungen“.⁷⁸ Andere halten es für ausreichend, wenn die in Rede stehende

⁷⁶ A.A. Zacharias, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 65: Die Interpretation des Tatbestandsmerkmals „*in the exercise of governmental authority*“ im Sinne von staatlichen Aktivitäten innerhalb eines Subordinationsverhältnisses bedeutet, dass die Mitgliedstaaten selbst darüber entscheiden können, welche Dienstleistungen in hoheitlicher Gewalt erbracht werden und welche nicht. Diese Interpretation widerspricht dem Liberalisierungszweck des GATS.

⁷⁷ Krajewski, (Fn. 58), S. 353; Michaelis, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 28; Zacharias, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 67.

⁷⁸ So etwa Krajewski, (Fn. 58), S. 351; Reimold, (Fn. 6), S. 185 ff., wo freilich zunächst „Entgeltlichkeit einer Dienstleistung“ der „Erbringung einer Dienstleistung zu Marktbedingungen“ gegenübergestellt wird (S. 185), abschließend aber (im Ergebnis, S. 194) eine „Dienstleistung gegen Entgelt“ mit einer „Erbringung zu Marktbedingungen“ gleichgesetzt und diese Fallgruppe dann gegenüber einer „Dienstleistung mit Gewinnerzielungsabsicht“ abgegrenzt wird. Vgl. auch Leroux,

Dienstleistung entgeltlich erbracht wird.⁷⁹ Im Rahmen dieser zweiten Auffassung wird dann wiederum diskutiert, ob es ausreicht, dass überhaupt ein Entgelt (als Gegenleistung) für die erbrachte Dienstleistung entrichtet wird oder ob dieses Entgelt (unter Zugrundelegung der Kosten des Dienstleistungserbringers) kostendeckend sein muss⁸⁰ – ohne dass der Dienstleistungserbringer freilich einen Gewinn erwirtschaftet, denn dann wäre man im Bereich der ersten Auffassung, welche eine Gewinnerzielungsabsicht verlangt. Um Missverständnissen vorzubeugen, sei betont, dass volle Kostendeckung nicht mit Marktpreis gleichzusetzen ist, denn ein „normaler/durchschnittlicher“ Marktteilnehmer (*private investor*) wird eine Dienstleistung typischerweise nicht zu einem lediglich die Kosten deckenden Preis anbieten – anderes kann allenfalls im Einzelfall aus strategischen Gründen gelten, etwa in der Perspektive eines *long term investments* oder schlicht wegen einer vorübergehend schwierigen Marktlage. Im Übrigen wird dann, wenn ein Anbieter, typischerweise ein staatlicher oder gemeinnütziger Anbieter, eine Dienstleistung zu einem lediglich seine Kosten deckenden Preis anbietet, mangels faktischer Gewinnerzielungsmöglichkeit zumeist kein Wettbewerb in Gestalt von (privaten) Konkurrenzangeboten und folglich auch kein Marktpreis existieren. Diesen die Feinjustierung der Auffassung, welche Entgeltlichkeit ausreichen lassen will, betreffenden Fragen muss freilich nur nachgegangen werden, wenn diese Auffassung im Grundsatz überzeugt und eben keine Gewinnerzielungsabsicht zu fordern wäre, um von einer Dienstleistung „*on a commercial basis*“ im Sinne von Art. I:3 lit. c) 1. Var. GATS sprechen zu können.

(1) Wortlaut

Entsprechend der Anordnung in Art. 3.2 Streitbeilegungs-Übereinkommen WTO/*Dispute Settlement Understanding of Disputes* (DSU) erfolgt die Auslegung des WTO-Rechts „nach den herkömmlichen Regeln der Auslegung des Völkerrechts“. Damit in Bezug genommen sind die Art. 31 ff. WVK.⁸¹ Danach bildet der Wortsinn den regelmäßigen Ausgangspunkt der Auslegung, wobei die gewöhnliche Wortbedeutung zu Grunde zu legen ist, soweit die Vertragsparteien einem Begriff keine davon abweichende besondere Bedeutung beigemessen haben. Letzteres ist vorliegend nicht erkennbar. Zu beachten ist freilich die bereits angesprochene Besonderheit, dass die amtliche deutsche Übersetzung die zitierten authentischen Fassungen nur unzureichend wiedergibt. In der Literatur werden daran anknüpfend

(Fn. 58), S. 348 ff., der darauf abstellt, „*whether the service is supplied with a view to making a profit or obtaining a financial gain*“ und *Laskowski*, (Fn. 70), S. 245.

⁷⁹ *Adlung*, (Fn. 58), S. 462 f.

⁸⁰ Instruktiv dazu *ibid.*, S. 463.

⁸¹ Vgl. zur Anwendbarkeit der Art. 31 ff. WVK auf die Nichtvertragsparteien der WVK im Kontext des WTO-Rechts *Götschke*, in: *Hilf/Oeter*, (Fn. 12), § 5, Rdnr. 27 ff.; *Appellate Body Report, US – Gasoline*, WT/DS2/AB/R, Bericht v. 29.4.1996, S. 17.

etwa das Oxford English Dictionary und das Black's Law Dictionary nach der Wortbedeutung von *commercial* befragt. Im Oxford English Dictionary wird *commercial* wie folgt erläutert: „*Concerned with the buying and selling of goods and services; making or intended to make profit.*“ Für den Begriff *commerce* findet sich dort: „*Trade, especially between countries; the buying and selling of goods and services.*“⁸² Black's Law Dictionary beschreibt *commercial* wie folgt: „*Relates to or is connected with trade and traffic or commerce in general; a generic term for most all aspects of buying and selling.*“ Für *commerce* findet sich im gleichen Werk: „*The exchange of goods, productions, or property of any kind; the buying, selling, and exchanging of articles.*“⁸³

Wenn es in der Literatur anknüpfend an diese Erläuterungen heißt, dass mithin zumindest eine Entgeltlichkeit der Dienstleistung erforderlich sei, um den Anwendungsbereich des GATS als eröffnet anzusehen, „der natürliche Wortsinn [aber][...] zudem auf das Erfordernis der Erbringung zu Marktbedingungen schließen [lässt], da er Elemente der Gewinnerzielung beinhaltet“,⁸⁴ bleibt diese Schlussfolgerung insoweit erklärungsbedürftig, als die genannten Wörterbucheinträge bezüglich der Frage einer Gewinnerzielungsabsicht gerade ambivalent oder jedenfalls nicht eindeutig ausfallen. Dennoch scheint auch uns der natürliche bzw. gewöhnliche Wortsinn jedenfalls tendenziell weiterzuhelfen und zwar ohne dass es insoweit einer weiteren (im Übrigen unergiebig) Befragung englischer, französischer oder spanischer Wörterbücher bedarf.⁸⁵ Insoweit ist entscheidend, dass es eben nicht „Zwecksetzung“, sondern „*basis*“ bzw. „*condiciones*“ heißt. Während nämlich „zu kommerziellen Zwecken“ ein (stärkeres) Abstellen auf die subjektiven Vorstellungen des Dienstleistungserbringers konnotiert, deutet „auf kommerzieller Basis“ eher darauf hin, nach den objektiven Rechtsbedingungen zu fragen, auf deren Grundlage/Basis die Dienstleistungserbringung erfolgt oder – wie es insbesondere die spanische Fassung nahelegt – zu fragen, ob die Dienstleistung zu Marktbedingungen oder zu kaufmännischen Bedingungen („*en condiciones comerciales*“) erbracht wird.⁸⁶ Bleibt aber die Frage, was denn nun Marktbedingungen bzw. kaufmännische Bedingungen sind. In Anbetracht des objektivierenden Ansatzes der Formulierung kommt es zwar nicht auf die Gewinnerzielungsabsicht und mithin die subjektiven Vorstellungen eines Dienstleistungserbringers an, wohl aber darauf, dass die jeweilige Rechtsordnung ihm erstens eine Gewinnerzielung erlaubt und zweitens

⁸² Oxford Advanced Learner's Dictionary, 7. Aufl. 2007.

⁸³ Black's Law Dictionary, 6. Aufl. 1990.

⁸⁴ So *Reimold*, (Fn. 6), S. 186.

⁸⁵ Erwähnt werden soll zudem, dass das Panel in der Entscheidung *Canada – Wheat* in Bezug auf Art. XVII GATT festgestellt hat, dass „*commercial considerations*“ ökonomische Vorteilhaftigkeit bedeutet, Panel Report, *Canada – Wheat*, WT/DS276/R, Bericht v. 6.4.2004, Rdnr. 6.84.

⁸⁶ Hier schließt sich der Kreis, besteht doch mithin auch aus sachlichen Gründen Anlass, im Rahmen der Norminterpretation die von der Kritik vorgeschlagene, stärker am Wortlaut der authentischen Fassungen orientierte Übersetzung zu Grunde zu legen.

die Bedingungen nicht so ausgestaltet sind, dass eine Gewinnerzielung aus tatsächlichen Gründen von vornherein ausscheidet. Ein Beispiel für Letzteres wäre eine Dienstleistung, die zwar gegen Entgelt erbracht werden darf, die Höhe des Entgelts aber derart begrenzt ist, dass eine Gewinnerzielung unmöglich erscheint. Sowohl in einer solchen Konstellation und erst recht bei einem ausdrücklichen Gewinnerzielungsverbot kann von einem Wirtschaften auf kaufmännischer Grundlage respektive zu Marktbedingungen keine Rede sein.

(2) Systematisch-teleologische Auslegung

Bleibt zu untersuchen, ob diese Lesart von Art. I:3 lit. c) 1. Var. GATS durch systematische oder systematisch-teleologische Argumente in Frage gestellt oder bestätigt wird oder ob insoweit vielleicht schlicht Unergiebigkeit zu konstatieren ist. In der Literatur wird im Hinblick auf eine systematische Auslegung⁸⁷ von Art. I:3 lit. c) 1. Var. GATS vor allem auf die Begriffsbestimmungen/Legaldefinitionen in Art. XXVIII lit. d) i) sowie lit. l) GATS rekurriert. Ausgangspunkt ist Art. XXVIII lit. d) i) GATS, wonach *commercial presence* (kommerzielle Präsenz) jede Art geschäftlicher und beruflicher Niederlassung („*any type of business or professional establishment*“) bedeutet. Weiter heißt es, geschäftliche und berufliche Niederlassung impliziere eine Absicht der Gewinnerzielung und somit – und damit schließt sich der Kreis – erfordere „*on a commercial basis*“ auch eine Gewinnerzielungsabsicht respektive eine Dienstleistungserbringung zu Marktbedingungen.⁸⁸ Vermag diese Argumentation auch *prima facie* zu überzeugen, ist ihr doch zu Recht entgegengehalten worden, dass es in Art. XXVIII lit. d) i) GATS weiter heißt, dass „kommerzielle Präsenz“ jede Art geschäftlicher oder beruflicher Niederlassung „*including through the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person*“⁸⁹ umfasse und Art. XXVIII lit. l) GATS sodann *juridical person* als „*any legal entity duly constituted or otherwise organized under applicable law, whether for profit or otherwise*“ definiere. Folgt man dieser „Definitions-kette“, können auch juristische Personen ohne Gewinnerzielungsabsicht eine „kommerzielle Präsenz“ im Sinne von Art. XXVIII lit. d) GATS begründen. Nun wurde aber gezeigt, dass die subjektive Perspektive einer Gewinnerzielungsabsicht mit einer objektiv verstandenen Erbringung von Dienstleistungen zu Marktbedingungen nicht deckungsgleich ist und Art. I:3 lit. c) 1. Var. GATS eben gerade nicht subjektiv ausgerichtet ist. Demzufolge vermag Art. XXVIII lit. l) GATS die Wortlaut-

⁸⁷ Ob die Argumentation unter Heranziehung von Begriffsbestimmungen/Legaldefinitionen nicht grundsätzlich eher der grammatischen Auslegung zuzuordnen ist, sei an dieser Stelle nur als Frage aufgeworfen und nicht weiter vertieft, weil es jedenfalls hier im Ergebnis nicht darauf ankommt, sind doch die Begriffsbestimmungen (im Hinblick auf die hier interessierende Frage) ihrerseits wiederum interpretationsbedürftig.

⁸⁸ So etwa *Krajewski*, (Fn. 58), S. 351.

⁸⁹ Hervorhebung nur hier.

auslegung nicht nachhaltig zu erschüttern. Ohne Widerspruch zu dieser Norm unterfallen auch Dienstleistungen juristischer Personen, die ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig sind, dem Anwendungsbereich des GATS, soweit sie diese zu Marktbedingungen anbieten (müssen).

In der Literatur wird zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass die jeweilige einzelne Dienstleistung und nicht etwa die Verfasstheit oder Gesamtorientierung eines dienstleistungserbringenden Unternehmens den Bezugspunkt für die Interpretation des Tatbestandsmerkmals „*on a commercial basis*“ bildet.⁹⁰ Diese Position kommt auch in Äußerungen des WTO-Sekretariats zum Ausdruck und wird durch die Struktur der Listen spezifischer Verpflichtungen, die nicht nach Dienstleistungserbringern, sondern nach Dienstleistungen geordnet sind, bestätigt.⁹¹ In der Tat ist durchaus vorstellbar, dass eine insgesamt auf Nonprofitabilität ausgerichtete (und gar gesetzlich dazu verpflichtete) gemeinnützige juristische Person in Teilbereichen mit der Erbringung bestimmter Dienstleistungen Profite anstrebt und das GATS (jedenfalls) insoweit Anwendung findet.⁹²

Jenseits der systematisch orientierten Einbeziehung von Art. XXVIII lit. d) GATS werden unter dem Gesichtspunkt systematischer Auslegung von „*on a commercial basis*“ in Art. I:3 lit. c) 1. Var. GATS teils auch Parallelen zum GATT und namentlich der Wendung „*in accordance with commercial considerations*“ (auf Grund von kommerziellen Erwägungen) in Art. XVII:1 lit. b) GATT, welcher Vorgaben für das Verhalten staatlicher Handelsunternehmen aufstellt, gezogen. Insoweit ist indes darauf hinzuweisen, dass das GATS gerade mit seinen Begriffsbestimmungen in Art. XXVIII „für dieses Abkommen“ die gegenüber dem GATT zumindest spezielleren Festlegungen trifft. Das gilt vorliegend zumal, weil der Begriff *commercial presence* (kommerzielle Präsenz) in Art. XXVIII lit. d) GATS dem Begriff „*on a commercial basis*“ jedenfalls nicht ferner steht als *commercial considerations* in Art. XVII:1 lit. b) GATT. Der Vergleich mit dem GATT führt vorliegend mithin nicht weiter.

(3) Rechtsvergleich mit dem EGV/AEUV

Namentlich *Reimold* hat weiter angenommen, dass eine vergleichende Heranziehung von Art. 50 EG (nunmehr Art. 57 AEUV) für die Auslegung von „*commercial*“ bzw.

⁹⁰ *Reimold*, (Fn. 6), S. 193 f.; *Zacharias*, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 73, fordert eine Anknüpfung an die Erbringungsmodalitäten und nicht an die operative Basis des Dienstleistungserbringers, da auch solche Dienstleistungserbringer, die nur in Teilbereichen kommerziell (profitorientiert) handelten, existierten.

⁹¹ Näher dazu *Reimold*, (Fn. 6), S. 193 f.

⁹² In der Literatur wird zudem darauf hingewiesen, dass dem Tatbestandsmerkmal „*on a commercial presence*“ gegenüber dem Dienstleistungsbegriff keine eigenständige Bedeutung zukäme, falls Kommerzialität mit bloßer Entgeltlichkeit gleichzusetzen wäre, *ibid.*, S. 194. Des Weiteren reflektiere der GATS-Anhang zu Finanzdienstleistungen die Ziele des GATS und verbinde Kommerzialität mit Gewinnstreben, so *Leroux*, (Fn. 58), S. 353.

„on a commercial basis“ fruchtbar gemacht werden kann.⁹³ Zur Begründung hat er im Wesentlichen vorgetragen, dass es sich „beim GATS um ein Wirtschaftsabkommen handelt, was in erster Linie gleichfalls auf den EG-Vertrag zutrifft“. Unseres Erachtens führt der Vergleich jedenfalls bezogen auf diese „Detailfrage“ indes nicht weiter, könnten das WTO-Recht und konkret das GATS und seine Vertragsparteien den Anwendungsbereich für Dienstleistungen doch anders geregelt haben (wollen) als im EU-Recht. Weil und soweit im GATS keine Bezugnahme auf das EU- respektive EG-Recht erfolgt, ist der Rechtsvergleich prinzipiell unergiebig. Zudem könnte man anführen, dass ein weites und eben weiteres Verständnis des Dienstleistungsbegriffs im EU-Recht schon deshalb plausibel sein könnte, weil der Integrationsprozess im Rahmen dieser regionalen Integration zweifelsfrei weiter fortgeschritten ist als auf der Ebene des Welthandelsrechts.

(4) Ergebnis der Auslegung von „on a commercial basis“ unter Einbeziehung von Art. I:3 lit. b) GATS

Die bisherige Auslegung hat ergeben, Dienstleistungserbringung „on a commercial basis“ als Dienstleistungserbringung zu Marktbedingungen im hier beschriebenen Sinne zu interpretieren. Die Klausel ergänzt die Bestimmung in Art. I:3 lit. b) GATS, indem sie Dienstleistungen von Trägern öffentlicher Gewalt auch dann in den Anwendungsbereich des GATS einbezieht, wenn sie zwar auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften, aber mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden.⁹⁴ Damit geraten etwa staatliche Dienstleistungsmonopole oder Dienstleistungen öffentlicher Träger oder mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteter Privater in den Anwendungsbereich des GATS, wenn sich mit ihnen eine Gewinnerzielungsabsicht verbindet.

b) Im Wettbewerb („in competition“)

In den Anwendungsbereich des GATS fallen nach Art. I:3 lit. c) GATS nicht nur „on a commercial basis“ erbrachte Dienstleistungen, sondern auch solche, die im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht werden. Freilich enthält das GATS keine Definition des Wettbewerbsbegriffs und die Streit-schlichtungsorgane der WTO haben sich zu seiner Bedeutung bislang nicht geäußert.

In Anknüpfung an die (vorgeblich) gewöhnliche und in den Wirtschaftswissenschaften verbreitete Wortbedeutung wird in der Literatur ein Wettbewerbsverhältnis angenommen, wenn verschiedene Anbieter auf einem gemeinsamen

⁹³ Reimold, (Fn. 6), S. 190 f.

⁹⁴ Auf die Gewinnerzielungsabsicht abstellend auch Simon, (Fn. 74), S. 81 f.

Markt substituierbare Leistungen anbieten und so um denselben Kundenkreis konkurrieren.⁹⁵

Alternativ zum Erfordernis bloßer Substituierbarkeit wird teils diskutiert, den Wettbewerbsbegriff des Art. I:3 lit. c) 2. Var. GATS auf eine Konkurrenz gleicher oder vergleichbarer Leistungen zu verengen.⁹⁶ Zur Begründung ließe sich im Wege systematischer Auslegung anführen, dass sich das Kriterium der Gleichheit (*likeness*) im Kontext des Grundsatzes der Meistbegünstigung (Art. II:1 GATS) sowie der Inländerbehandlung (Art. XVII:1 GATS) findet. Gegen eine solche Übertragbarkeit spricht freilich, dass die Vertragsstaaten das „Likeness“-Kriterium wörtlich in Art. I:3 lit. c) GATS hätten übernehmen können, wenn dies auch für die Bestimmung eines Wettbewerbsverhältnisses hätte maßgeblich sein sollen.⁹⁷ Teils wird das Substituierbarkeitskriterium auch unter vergleichendem Hinweis auf das GATT begründet.⁹⁸ Mag man dem Verweis auf das GATT aus den genannten Gründen auch skeptisch gegenüberstehen, haben die (in unterschiedliche Richtungen weisenden) systematisch ausgerichteten Argumente jedenfalls nicht die Überzeugungskraft, das verbreitete Begriffsverständnis von „Wettbewerb“ zu erschüttern. Zu widersprechen ist indes, wenn teils suggeriert wird, die Frage der Substituierbarkeit von Dienstleistungen bestimme sich allein nach ihrer Kreuzpreiselastizität,⁹⁹ also danach, ob und inwiefern die Änderung des Preises eines Gutes A zu einer Änderung der Nachfrage beim Gut B führt.¹⁰⁰ Maßgeblich für eine Wettbewerbsbeziehung ist aber nicht allein ein Preiswettbewerb und dementsprechend eine Veränderung des Preises als Kriterium für die Substitutionselastizität. Auch soweit eine Veränderung anderer Parameter das Auswahlverhalten der (potentiellen) Kunden dergestalt verändert, dass diese nun (vermehrt) Gut A an Stelle von Gut B nachfragen, liegt ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne von Art. I:3 lit. c) 2. Var. GATS vor.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Dienstleistungen in einem Wettbewerbsverhältnis nach Art. I:3 lit. c) GATS stehen, wenn sie austauschbar bzw. substituierbar sind. Je eher sich die Veränderung des Preises oder anderer Merkmale einer

⁹⁵ So oder ähnlich *Krajewski*, (Fn. 58), S. 352; *Marchetti/Mavroidis*, What are the main Challenges for the GATS Framework?, Don't talk about revolution, *European Business Organization Law Review* 2004, S. 531; *Leroux*, (Fn. 58), S. 361 ff.; *Zacharias*, (Fn. 26), Art. I GATS, Rdnr. 70 ff.

⁹⁶ So z.B. *Laskowski*, (Fn. 70), S. 245, die davon ausgeht, dass das Tatbestandsmerkmal „im Wettbewerb“ voraussetzt, dass mindestens zwei Anbieter „auf dem gleichen Markt die gleichen Leistungen anbieten“.

⁹⁷ *Van Duzer*, (Fn. 58), S. 410.

⁹⁸ *Krajewski*, (Fn. 58), S. 352 f.; kritisch *Adlung*, (Fn. 58), S. 463 ff.; *Leroux*, (Fn. 58), S. 367.

⁹⁹ So wohl *Reimold*, (Fn. 6), S. 198.

¹⁰⁰ Vgl. dazu auch OECD, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, 1993, Rdnr. 29.

Dienstleistung auf die Änderung der Nachfrage nach der anderen Dienstleistung auswirkt, desto eher ist davon auszugehen, dass die Produkte austauschbar sind und somit in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Letztlich ist dies eine Einzelfallfrage und kann hier nicht weiter vertieft werden.

Indes – und dies ist von der Frage nach den Kriterien zur Bestimmung (hinreichender) Substituierbarkeit und der Ablehnung des bloßen Abstellens auf die Kreuzpreiselastizität zu unterscheiden – sind nach der klaren Konzeption und Intention des GATS als Handelsabkommen nur solche Wettbewerbsbeziehungen von Art. I:3 lit. c) 2. Var. GATS erfasst, die einen wirtschaftlichen Charakter aufweisen.¹⁰¹ Dort wo der Wettbewerb etwa nur sportlicher oder ideeller Natur ist, will das GATS keinen Einfluss nehmen. Soweit sich etwa eine Konkurrenz um Schüler allein auf das Angebot unterschiedlicher Bildungsmethoden, -ziele und -konzepte bezieht, begründet dies keinen Wettbewerb im Sinne des GATS. Durch die Beschränkung des nach Art. I:3 lit. c) GATS beachtlichen Wettbewerbs auf den wirtschaftlichen ergibt sich im Übrigen auch keine Redundanz seiner zweiten im Verhältnis zu seiner ersten Variante. Die erste Variante deckt die Konstellationen ab, in denen der Staat oder ein mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Privater mit Gewinnerzielungsabsicht eine Dienstleistung als Monopolist anbietet und damit Wettbewerb ausschließt.¹⁰² Die Wettbewerbsvariante hat dort eigenständige Relevanz, wo der Staat eine Dienstleistung zwar nicht mit Gewinnerzielungsabsicht anbietet, sie aber mit privaten Dienstleistungsangeboten konkurriert, die auf Gewinn zielen.¹⁰³ In diesem Fall werden durch die Wettbewerbsklausel nicht nur die mit Gewinnerzielungsabsicht handelnden Dienstleister, sondern alle Wettbewerber in den Anwendungsbereich des GATS einbezogen. Gewinnorientierte private Dienstleister sollen auch vor wettbewerbswidriger Konkurrenz durch Wohlfahrtsveranstaltungen geschützt werden. Durch die zweite Variante werden so auch Dienstleister erfasst, die nicht die Voraussetzungen der ersten Variante erfüllen. Beide Varianten haben danach einen selbständigen Anwendungsbereich.

¹⁰¹ In diese Richtung auch *Van Duzer*, (Fn. 58), S. 404 f.

¹⁰² Auf diese Variante scheint *Simon*, (Fn. 74), S. 99 ff., die Ausnahme des Art. I:3 lit. b) GATS beschränken zu wollen, ohne dass sein Wettbewerbsbegriff und dessen Verhältnis zur ersten Variante von Art. I:3 lit. c) GATS ganz klare Konturen erhält.

¹⁰³ Siehe auch unter B.II.5.a)(4) a.E.

III. Anwendung der Ergebnisse auf die in den Grundschulen und den weiterführenden Schulen in Deutschland erbrachten Bildungsdienstleistungen

1. „In the exercise of governmental authority“

Nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen unterfallen Bildungseinrichtungen dem Ausnahmetatbestand von Art. I:3 lit. b) GATS, wenn die Bildungsdienstleistung auf Vorschriften beruht, die ausschließlich Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten und keine der beiden Varianten des Art. I:3 lit. c) GATS einschlägig ist. Bildungsdienstleistungen staatlicher Grundschulen und weiterführender Schulen erfüllen zunächst die Voraussetzung, auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Rechtsgrundlagen zu erfolgen. Besonders die Schulabschlüsse und Bildungspatente, auf die sie gerichtet sind, können nur auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften verliehen werden. Dasselbe gilt aber auch für anerkannte bzw. genehmigte private Ersatzschulen, denen – wenn auch in unterschiedlichem Umfang – entsprechende Hoheitsgewalt verliehen worden ist oder die für die Verleihung der Schulabschlüsse und Bildungspatente, auf die ihre Dienstleistungen gerichtet sind, staatlicher Hoheitsgewalt bedürfen. Sowohl die staatlichen Grund- und weiterführenden Schulen als auch die Ersatzschulen unterfallen jedoch nur der Ausnahme von Art. I:3 lit. b) GATS, wenn sie weder „*on a commercial basis*“ operieren noch in einem wirtschaftlichen Wettbewerb stehen.

2. „On a commercial basis“

Die in den staatlichen Grundschulen und weiterführenden Schulen in Deutschland erbrachten Bildungsdienstleistungen erfolgen durchweg kostenfrei und schon aus diesem Grunde nicht zu Marktbedingungen. In einigen Bundesländern herrscht gar (eine teils landesverfassungsrechtlich garantierte) Lernmittelfreiheit. Aber auch soweit keine Lernmittelfreiheit besteht, ändert die partielle und eher marginale Beteiligung an den Kosten dieses Bildungsangebots nichts daran, dass die staatlichen Schulen nicht „*on a commercial basis*“ operieren.

Für Ersatzschulen in freier Trägerschaft existiert zwar kein gesetzliches Verbot der Gewinnerzielung, faktisch ist eine Gewinnerzielung angesichts des Sonderungsverbots aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG und den sonstigen rechtlichen Vorgaben aber grundsätzlich ausgeschlossen. Schulen in freier Trägerschaft sind vielmehr grundsätzlich gemeinnützig, weil dies regelmäßig Voraussetzung für die Bezuschussung der Schule durch das jeweilige Bundesland ist. Als Beispiel für einen solchen Regelungsmechanismus sei hier nur § 105 Abs. 5 NRW-SchulG angeführt. Gemeinnützigkeit schließt eine Gewinnerzielung aber gerade aus.

In verfassungsrechtlich zulässiger Weise können Ersatzschulen nur mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, soweit das Sonderungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG nicht greift. Eine Ausnahme gilt insoweit für internationale Schulen. Die

Ausnahme findet ihre Legitimation nicht nur in der Tradition, sondern auch in der Sache darin, dass sie Schülern gilt, die sich absehbar nur vorübergehend in Deutschland aufhalten.¹⁰⁴ Internationale Schulen, die die Anforderungen der verfassungsrechtlichen Ausnahme erfüllen, dürfen ihre Bildungsdienstleistungen durch die Erhebung auch hoher Schulgelder gewinnorientiert anbieten. Wenn sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, unterfallen sie dem GATS.

Gleiches gilt aber auch für gewinnorientierte Ersatzschulen, die unter Missachtung des Sonderungsverbots ihre Bildungsdienstleistungen über hohe Schulgelder gewinnorientiert anbieten. So ist etwa fraglich, ob alle in jüngerer Zeit gegründeten „internationalen Schulen“ die Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Ausnahmetatbestands erfüllen. Soweit sie gewinnorientiert betrieben werden,¹⁰⁵ unterfallen sie unabhängig von ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dem GATS. Für das GATS als völkerrechtlichen Vertrag ist nicht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit, sondern die tatsächliche Erbringung eines Dienstleistungsangebots maßgeblich. Ein Vertragsstaat kann die Anwendbarkeit des GATS nicht dadurch ausschließen, dass er gewinnorientierte Angebote in einem Bildungsbereich zwar „auf dem Papier“ ausschließt, sie aber dann faktisch doch duldet, genehmigt oder gar fördert.

3. „In competition“

Soweit das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot beachtet wird, werden staatliche und gemeinnützige Ersatzschulen auch nicht mittels der Variante „*in competition*“ gemäß Art. I:3 lit. c) 2. Var. GATS in den Anwendungsbereich des GATS einbezogen. Das Sonderungsverbot und die sonstigen rechtlichen Vorgaben für Ersatzschulen lassen grundsätzlich keine Ersatzschulangebote zu, die an der Erzielung von Gewinn ausgerichtet sind. Entsprechend kann auch zwischen den staatlichen Schulen und den Ersatzschulen kein wirtschaftlicher Wettbewerb im Sinne von Art I:3 lit. c) 2. Var. GATS bestehen.¹⁰⁶

Etwas anderes gälte aber, soweit – unter Verstoß gegen das Sonderungsverbot – gewinnorientierte Ersatzschulangebote geduldet oder gar gefördert würden (bzw.

¹⁰⁴ Zu den engen verfassungsrechtlichen Grenzen dieser Schulform im Einzelnen *Poscher/Neupert*, Die Rechtsstellung ausländischer und internationaler Schulen unter dem Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Internationalisierung des Privatschulangebots, RdJB 2005, S. 244 ff.

¹⁰⁵ Vgl. zu den insoweit etwa zu nennenden Phorms-Schulen nur *Krampen*, Welche Rechtsform passt für welche Schule?, RdJB 2009, S. 365.

¹⁰⁶ Etwas anderes würde nur gelten, soweit der Staat oder freie Träger ebenfalls veritable – nicht nur vorgebliche – internationale Schulen betrieben, die mit gewinnorientierten internationalen Schulen im Wettbewerb stünden.

werden). Gewinnerorientierte Ersatzschulen stünden in einem nicht nur ideellen, sondern auch wirtschaftlichen Wettbewerb mit den staatlichen und gemeinnützigen Ersatzschulen. Aufgrund der Wettbewerbsvariante des Art. I:3 lit. c) 2. Var. GATS würden damit auch die staatlichen und gemeinnützigen Grund- und weiterführenden Schulen in den Anwendungsbereich des GATS fallen. Die Anwendbarkeit des GATS auf staatliche und gemeinnützige Schulen freier Träger hängt daher von der tatsächlichen Beachtung des verfassungsrechtlichen Sonderungsverbots aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG ab.

C. Verpflichtungen

Für die vom Anwendungsbereich des GATS erfassten (Bildungs-)Dienstleistungen können sich für die WTO-Mitglieder Verpflichtungen ergeben, welche freilich nicht sämtlich aus dem GATS selbst stammen, sondern zudem aus den dazugehörigen Anlagen und Protokollen und insbesondere den sogenannten Listen spezifischer Verpflichtungen der WTO-Mitglieder.¹⁰⁷

Der Text des GATS enthält in erster Linie Rahmenvorschriften zur Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels und begründet nur wenige unmittelbare Verpflichtungen. Zu den unmittelbaren Verpflichtungen, den sogenannten „allgemeinen Pflichten“, zählen der Grundsatz der Meistbegünstigung des Art. II und das Transparenzgebot des Art. III GATS.¹⁰⁸ Zudem gibt es noch insgesamt acht Anlagen, die gemäß Art. XX:3 und XXIX GATS als „wesentliche Bestandteile“ des GATS anzusehen sind. In diesen Anlagen sind Sonderregeln für einige Dienstleistungssektoren enthalten sowie Ausnahmen vom Prinzip der Meistbegünstigung.¹⁰⁹ Neben den sogenannten allgemeinen Verpflichtungen kennt das GATS sogenannte spezifische Verpflichtungen; diese ergeben sich nicht unmittelbar aus dem GATS, sondern bedürfen der Umsetzung im Wege spezifischer Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern. Die so ausgehandelten Verpflichtungen werden in gemäß Art. XX:3 GATS verbindlichen „Listen spezifischer Verpflichtungen“ (*Schedules of Specific Commitments*) niedergelegt.¹¹⁰

¹⁰⁷ Vgl. dazu *Michaelis*, (Fn. 12), § 22, Rdnr. 19, der die ministeriellen Entscheidungen zum Dienstleistungshandel und die Vereinbarung über Verpflichtungen bezüglich Finanzdienstleistungen als viertes Element nennt.

¹⁰⁸ *Ohler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 835.

¹⁰⁹ Namentlich handelt es sich um die Bereiche der Finanz-, Telekommunikations- und Transportdienstleistungen; daneben gibt es eine Anlage mit Ausnahmen zum Meistbegünstigungsgrundsatz und eine über den grenzüberschreitenden Personenverkehr.

¹¹⁰ Siehe dazu Council for Trade: Guidelines for the scheduling of specific commitments under the GATS, S/L/92 v. 28.3.2001.

Im Folgenden soll anhand der Unterscheidung von allgemeinen und spezifischen Verpflichtungen dargestellt werden, welche mitgliedstaatlichen Pflichten sich im Regelungsbereich des GATS im Hinblick auf die in den Anwendungsbereich des GATS fallenden (Bildungs-)Dienstleistungen ergeben (können).

I. Allgemeine Verpflichtungen – Der Meistbegünstigungsgrundsatz

Zu den allgemeinen Verpflichtungen – Verpflichtungen, die auch ohne die Übernahme spezifischer Zugeständnisse für alle WTO-Mitglieder gelten – zählen namentlich der Meistbegünstigungsgrundsatz (Art. II GATS) sowie das Transparenzgebot (Art. III GATS). Hier wird nur auf den Meistbegünstigungsgrundsatz näher eingegangen.

Gemäß Art. II:1 GATS gewährt „jedes Mitglied [...] hinsichtlich aller Maßnahmen, die unter dieses Übereinkommen fallen, den Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds sofort und bedingungslos eine Behandlung, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die es den gleichen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern eines anderen Landes gewährt.“

Der Meistbegünstigungsgrundsatz untersagt den Mitgliedern als Diskriminierungsverbot,¹¹¹ gleichartige¹¹² Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen Landes günstiger zu behandeln als solche eines WTO-Mitglieds. D.h. auch Vergünstigungen, die Nicht-WTO-Mitgliedern gewährt werden, müssen nach diesem Grundsatz den WTO-Mitgliedern zugesprochen werden.¹¹³ Gewährt etwa Deutschland amerikanischen Bildungsanbietern Subventionen, dann resultiert aus Art. II:1 GATS grundsätzlich die Verpflichtung Deutschlands, auch Bildungsanbietern aller anderen WTO-Mitgliedstaaten nicht weniger Subventionen zuteil werden zu lassen. Die Anbieter aus anderen WTO-Mitgliedstaaten dürfen gegenüber dem amerikanischen Bildungsanbieter nicht benachteiligt werden. Allerdings ist Deutschland nicht verpflichtet, den Bildungsanbietern anderer Länder Subventionen in gleicher Höhe wie den inländischen Bildungseinrichtungen zu gewähren. Deutschland darf die „eigenen“ Schulen mit anderen Worten finanziell bevorzugen.

Als allgemeine Verpflichtung gemäß Art. II:1 GATS verpflichtet der Meistbegünstigungsgrundsatz zwar zunächst alle Mitglieder unmittelbar und unterschiedslos, jedoch sieht Art. II:2 GATS eine Abweichungsmöglichkeit durch Abgabe einer befristeten Erklärung entsprechend der „Anlage zu Ausnahmen von Art. II“ für die Mitglieder vor.¹¹⁴ Dabei handelt es sich um sogenannte spezifische Ausnahmen von

¹¹¹ *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 40.

¹¹² In den authentischen französischen bzw. englischen Versionen heißt es „like“ bzw. „similaire“, näher zum Begrifflichen auch *ibid.*, B.II., Rdnr. 46, Fn. 93.

¹¹³ *Reimold*, (Fn. 6) S. 70; *Weiss*, (Fn. 5), S. 1196.

¹¹⁴ Näher dazu *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 854.

der Meistbegünstigung.¹¹⁵ Maßnahmen, die vor Inkrafttreten des GATS in einem Mitgliedstaat eingeführt worden waren, dürfen unter den Voraussetzungen des Art. II:2 GATS und der „Anlage zu Ausnahmen von Art. II“ aufrechterhalten werden. Diese spezifischen Ausnahmen werden in den sogenannten Negativlisten der Mitglieder eingetragen. Gemäß der „Anlage zu Ausnahmen von Art. II“ sind die vom Meistbegünstigungsgrundsatz abweichenden Maßnahmen grundsätzlich auf zehn Jahre zu befristen und unterliegen der regelmäßigen Überprüfung durch den GATS-Rat. Ausnahmen, die bei Inkrafttreten des GATS noch nicht vorlagen, dürfen nach Zustimmung von drei Vierteln der Mitglieder in die Negativlisten aufgenommen werden.¹¹⁶ Spezifische Ausnahmen im Sinne von Art. II:2 GATS wurden im Sektor Bildungsdienstleistungen freilich nicht beansprucht.¹¹⁷

Neben den Negativlisten gibt es sogenannte horizontale Meistbegünstigungsausnahmen gemäß den Art. II:3, V, Vbis und XIII:1 GATS. Dies sind dauerhafte und nicht verhandlungsbedürftige Ausnahmen.¹¹⁸ Artikel II:3 GATS gewährt den Mitgliedern das Recht, „angrenzenden Ländern Vorteile zu gewähren oder einzuräumen, um, beschränkt auf unmittelbare Grenzgebiete, den Austausch von örtlich erbrachten und genutzten Dienstleistungen zu erleichtern“. Die Bestimmungen der Art. V, Vbis und XIII lassen Ausnahmen vom Meistbegünstigungsgrundsatz zugunsten von Mitgliedern von Freihandelszonen, Zollunionen und integrierten Arbeitsmärkten sowie für das öffentliche Beschaffungswesen zu. Diese Ausnahme gilt nicht zuletzt für den EU-Binnenmarkt und die zahlreichen Präferenzabkommen der EU.¹¹⁹ Neben diesen für den Bildungssektor nicht spezifischen regionalen Ausnahmen besteht gemäß Art. VII GATS eine für den Bildungsbereich wichtige Ausnahme vom Meistbegünstigungsgrundsatz für den Fall, dass ein Mitglied Qualifikationen eines Dienstleistungserbringers anerkennt, die dieser in einem anderen Mitgliedstaat erworben hat. Diese Anerkennung unterliegt nicht dem Grundsatz der Meistbegünstigung, sondern der speziellen Regelung des Art. VII GATS. Diese wird auch als „bedingte Meistbegünstigung“ bezeichnet, da die Anerkennung nicht unbedingt und unverzüglich erfolgen muss, jedoch eine Pflicht besteht, die Anerkennung ausländischer Qualifikationen durch Verfahrenspflichten zu fördern.¹²⁰ Gemäß Art. VII:2 GATS hat „ein Mitglied, das Vertragspartei einer bestehenden oder künftigen Vereinbarung oder Absprache nach Absatz 1 ist, anderen interessierten Mitgliedern ausreichende Gelegenheit [zu geben], über den Beitritt zu einer solchen

¹¹⁵ *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 77.

¹¹⁶ Anlage zu Ausnahmen von Art. II i.V.m. Art. IX:3 WTO-Übereinkommen.

¹¹⁷ WTO, Market Access-Special Studies No. 6/2001, S. 101.

¹¹⁸ Diese wurden nach dem Vorbild des Art. XXIV GATT geschaffen, *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 80.

¹¹⁹ Vgl. auch *Barth*, (Fn. 5), S. 456.

¹²⁰ *Reimold*, (Fn. 6), S. 76.

Vereinbarung oder Absprache zu verhandeln oder ähnliche mit ihm auszuhandeln“. Ferner bestimmt Art. VII:2 GATS: „Sofern ein Mitglied eine Anerkennung autonom gewährt, gibt es jedem anderen Mitglied ausreichende Gelegenheit, nachzuweisen, dass die Ausbildung, Berufserfahrung, Zulassungen, Beglaubigungen oder Anforderungen, die im Hoheitsgebiet des anderen Mitglieds erworben beziehungsweise erfüllt worden sind, anzuerkennen sind.“

1. Tatbestand des Meistbegünstigungsgrundsatzes

Der Tatbestand der Meistbegünstigungspflicht erfasst alle Maßnahmen eines WTO-Mitglieds, die in den Anwendungsbereich des GATS fallen, und alle Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer der WTO-Mitglieder. Zudem muss es sich um gleiche bzw. gleichartige Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer handeln. Das GATS definiert jedoch genauso wenig wie das GATT den Begriff der „Gleichartigkeit“. Indes kann insoweit auch für das GATS an die Rechtsprechung zu Art. III:2 und 4 GATT angeknüpft werden.¹²¹ Demnach soll es auf bestimmte identische oder vergleichbare Eigenschaften der betreffenden Waren ankommen.¹²² Entsprechend kann auch für Dienstleistungen auf die Endverwendungsmöglichkeit und die Neigungen und Gewohnheiten der Verbraucher (ob etwa zwei Dienstleistungen als alternative Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks angesehen und gebraucht werden) Bezug genommen werden.¹²³ Indes stellte der Appellate Body fest, dass es eine präzise und absolute Definition des Begriffs der „Gleichartigkeit“ nicht geben kann.¹²⁴ Die Feststellung der Gleichartigkeit bedürfe vielmehr einer Einzelfallbetrachtung.¹²⁵ Auch das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses kann auf hinreichende Vergleichbarkeit hinweisen. Hinsichtlich der Dienstleistungserbringer lässt das Panel in *EC – Bananas III* den Schluss von der Gleichartigkeit der Dienstleistungen auf die Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer zu.¹²⁶ Dies wird in der Literatur insbesondere unter dem Hinweis auf die demnach möglichen Konstellationen und damit einhergehenden Eingriffsmöglichkeiten in die nationale Regelungsautonomie kritisiert. Es wird daher teilweise gefordert, in erster Linie auf die Merkmale der Dienstleistungserbringer als solche abzustellen.¹²⁷ Die Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer wird an Kriterien fest-

¹²¹ So auch *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 46; *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 67.

¹²² Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R, Bericht v. 12.3.2001, Rdnr. 91; *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 50 f.

¹²³ Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R, Bericht v. 12.3.2001, Rdnr. 101.

¹²⁴ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages*, WT/DS8,10,11/AB/R, Bericht v. 4.10.1996.

¹²⁵ *Ibid.*, Rdnr. 114; *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 67; *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 46.

¹²⁶ Panel Report, *EC – Bananas III*, WT/DS27/R, Bericht v. 22.5.1997, Rdnr. 7.322. „Similarly, in our view, to the extent that entities provide like services, they are like service suppliers.“

¹²⁷ *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 68.

gemacht, die auf der Grundlage der spezifischen Eigenschaften der Dienstleistungserbringer gebildet werden, zum Beispiel der Größe des Unternehmens, der Anzahl der Beschäftigten und deren Qualifikationen, der Art der Unternehmen und deren Finanzierung (privat/öffentlich).¹²⁸

2. Rechtsfolgen der Meistbegünstigungspflicht

Rechtsfolge des Meistbegünstigungsgrundsatzes ist die sofortige und bedingungslose Anwendung der „besten Behandlung“, die gleichen ausländischen Dienstleistungen bzw. -erbringern gewährt wird, auf die Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer der WTO-Mitglieder. Dabei sind sowohl *de jure* als auch *de facto* weniger günstige Behandlungen untersagt.¹²⁹

II. Besondere Verpflichtungen

Im Unterschied zu den „allgemeinen Verpflichtungen“ bedürfen die „spezifischen Verpflichtungen“ zur Gewährung von Marktzugang, von Inländerbehandlung sowie sogenannte zusätzliche Verpflichtungen der Vereinbarung zwischen den Mitgliedern.¹³⁰ Die Mitglieder haben bezogen auf Letztere lediglich die Verpflichtung nach Art. XIX:1 GATS auf sich genommen, in „aufeinanderfolgende Verhandlungsrunden“ einzutreten, „um schrittweise einen höheren Stand der Liberalisierung zu erreichen“. Das Ergebnis dieser Liberalisierungsbemühungen sind die völkerrechtlich verbindlichen Listen spezifischer Verpflichtungen – *Schedules of Specific Commitments*.¹³¹ Es handelt sich dabei mithin um vertraglich ausgehandelte, einseitige, völkerrechtlich bindende Erklärungen.¹³² Erst aus der Gesamtschau dieser Listen lässt sich somit für jedes Mitglied die individuelle Verpflichtungssituation in den verschiedenen Sektoren bzw. Subsektoren und hinsichtlich der unterschiedlichen Erbringungsmodalitäten erkennen.

Zunächst sollen die Verpflichtungen zur Gewährleistung von Marktzugang (Art. XVI GATS) und Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) als Kern der Bestimmungen zur Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels im Bereich der besonderen Verpflichtungen dargestellt werden. Anschließend wird das Instrumentarium der WTO-Mitglieder zur flexiblen Gestaltung ihrer besonderen

¹²⁸ *Krajewski/Engelke*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Fn. 26), Art. XVII GATS, Rdnr. 32; *Krajewski*, (Fn. 45), S. 105; *Zdouc*, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS, JIEL 2 (1999), S. 333.

¹²⁹ *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 53.

¹³⁰ *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 858.

¹³¹ Siehe schon unter C.

¹³² *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 859.

Verpflichtungen zunächst in seiner Struktur vorgestellt, bevor ein Blick auf die besonderen Verpflichtungen geworfen wird, die die EU und Deutschland im Bildungssektor eingegangen sind.

1. Marktzugang

Die Marktzugangspflicht soll gewährleisten, dass Dienstleistungsströme von außen ihren Weg auf das Territorium eines anderen WTO-Staates finden. Allerdings bedeutet die Übernahme einer spezifischen Marktzugangspflicht in einem Dienstleistungssektor lediglich die Verpflichtung zur Einhaltung des in der Liste des jeweiligen Mitglieds festgelegten Mindeststandards.¹³³ Aus der Marktzugangspflicht ergeben sich in Art. XVI:2 GATS abschließend aufgeführte Verbote für Maßnahmen der Mitglieder, die den Marktzugang insbesondere quantitativ beschränken. Diese Verbote stehen unter dem Vorbehalt ausdrücklicher entgegenstehender Vereinbarungen in den Listen und beziehen sich auf

- a) die Anzahl der Dienstleistungserbringer;
- b) den Gesamtwert der Dienstleistungsgeschäfte oder des Betriebsvermögens;
- c) die Gesamtzahl oder das Gesamtvolumen der Dienstleistungen;
- d) die Gesamtzahl der natürlichen Personen, die in einem besonderen Sektor beschäftigt werden kann; und
- e) ausländische Kapitalbeteiligungen.

Zusätzlich zu den quantitativen Verboten enthält Art. XVI:2 lit. d) GATS eine qualitative Beschränkung, nämlich das Verbot der staatlichen Anordnung „spezifisch rechtlicher Unternehmensformen, durch die eine Dienstleistung erbracht werden kann“. Diskriminierende Maßnahmen in diesem Bereich können Wettbewerbsbeschränkungen bewirken, die in ihrem Ausmaß nicht weniger einschneidend sind als ein quantitatives Marktzugangsverbot. Umgekehrt kommt ein Diskriminierungsverbot erst zum Zuge, wenn der Marktzugang für Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer gewährleistet ist. Marktzugang und Inländerbehandlung stehen in einem inneren Zusammenhang.¹³⁴ Neben die Marktzugangspflicht des Art. XVI GATS wurde daher die Verpflichtung zur Inländerbehandlung gemäß Art. XVII GATS¹³⁵ gestellt.

¹³³ Pitschas, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 104.

¹³⁴ Obler, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 866.

¹³⁵ Art. XVII:1 GATS lautet: „In den in seiner Liste aufgeführten Sektoren gewährt jedes Mitglied unter den darin festgelegten Bedingungen und Vorbehalten den Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds hinsichtlich aller Maßnahmen, welche die Erbringung von Dienstleistungen beeinträchtigen, eine Behandlung, die nicht weniger günstig ist als die, die es seinen eigenen gleichen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern gewährt.“

2. Inländerbehandlung

Artikel XVII:1 GATS bestimmt: „In den in seiner Liste aufgeführten Sektoren gewährt jedes Mitglied unter den darin festgelegten Bedingungen und Vorbehalten den Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds hinsichtlich aller Maßnahmen, welche die Erbringung von Dienstleistungen beeinträchtigen, eine Behandlung, die nicht weniger günstig ist als die, die es seinen eigenen gleichen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern gewährt.“

Parallel zum Meistbegünstigungsgrundsatz statuiert auch das Gebot der Inländerbehandlung ein Diskriminierungsverbot.¹³⁶ Dabei tritt die Verpflichtung der WTO-Mitglieder zu einer „nicht weniger günstigen Behandlung“ nur dann ein, wenn die ausländische Dienstleistung bzw. der ausländische Dienstleistungserbringer im Vergleich zu den entsprechenden inländischen Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern gleich bzw. gleichartig (*like*)¹³⁷ ist. Der unterschiedliche Vergleichsmaßstab – die Inländerbehandlung rekuriert auf Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer eines anderen Mitglieds im Verhältnis zu inländischen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern – hindert nicht daran, die Frage, unter welchen Voraussetzungen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer „gleich“ bzw. „gleichartig“ sind, nach demselben Maßstab¹³⁸ zu beurteilen wie bei der Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs nach Art. I:3 lit. c) GATS.

Artikel XVII:2 und 3 GATS statuieren zunächst ein Verbot für „de jure“-Diskriminierungen („formal nicht identische Behandlung“). Darunter fallen Maßnahmen, die an die Staatsangehörigkeit der Dienstleistungserbringer anknüpfen. Des Weiteren verbietet die Norm „de facto“-Diskriminierungen („formal identische Behandlungen“); Maßnahmen also, die zwar nicht unmittelbar an der Herkunft der Dienstleistungserbringer anknüpfen, aber dennoch eine Benachteiligung ausländischer Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer mit sich bringen.¹³⁹ In der Literatur wurden zahlreiche Ansätze zur Beschränkung der „de facto“-Diskriminierung entwickelt, die allerdings von den WTO-Streitschlichtungsgremien entweder abgelehnt oder bislang jedenfalls nicht anerkannt wurden.¹⁴⁰

¹³⁶ *Obler*, (Fn. 7), § 18, Rdnr. 853.

¹³⁷ Die amtliche Übersetzung von „*like*“ als „gleich“ ist zu eng und durch „gleichartig“ zu ersetzen, so auch *ibid.*, Rdnr. 866. Implizit *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 67; *Reimold*, (Fn. 6), S. 82.

¹³⁸ Vgl. zur Frage, ob Gleichartigkeit stets im Hinblick auf Dienstleistung und Dienstleistungserbringer festgestellt werden muss, oder ob bereits gleichartige Dienstleistungen oder gleichartige Dienstleistungserbringer den Anspruch auf Inländerbehandlung begründen, *Cosy*, Determining 'likeness' under the GATS: Squaring the circle?, in: WTO (Hrsg.), Staff Working Papers ERSD-2006-08, 2006, S. 8 m.w.N. zur unterschiedlichen Haltung der WTO-Mitglieder und aus der Literatur.

¹³⁹ *Krajewski/Engelke*, (Fn. 128), Art. XVII GATS, Rdnr. 42.

¹⁴⁰ Überblick bei *ibid.*, Rdnr. 46 ff.

Das Benachteiligungsverbot kann sich insbesondere bezüglich der Vergabe von Subventionen auf die nationalen Schulsysteme auswirken.¹⁴¹ So dürften die Staaten bei der Finanzierung ihrer Schulsysteme ausländische Bildungsanbieter nicht als subventionsberechtigter Empfänger ausschließen. Indes kommt die Pflicht zur Inländerbehandlung nur dann zur Anwendung, wenn ein Mitglied einen (Sub-) Sektor¹⁴² in seine Positivliste aufnimmt und für diesen kein in der Liste ausdrücklich festgelegter horizontaler oder vertikaler Vorbehalt einschlägig ist.¹⁴³ Zudem verlangt das Gebot der Inländergleichbehandlung nur eine Gleichbehandlung gleicher bzw. gleichartiger Dienstleistungsangebote. Auch wenn der bloße Verzicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht, die bloße Gemeinnützigkeit, insoweit nicht als Differenzierungskriterium herangezogen werden kann, weil sonst die Einbeziehung auch nicht gewinnorientierter hoheitlicher Dienstleister in die Wettbewerbsvariante nach Art. I:3 lit. c) GATS unterlaufen würde, können sachliche Kriterien weiterhin Differenzierungen erlauben. Soweit in Deutschland nur Schulen subventioniert werden, die dem Sonderungsverbot Rechnung tragen, könnten auch nur solche ausländischen Anbieter einen Subventionsanspruch geltend machen, die diese Voraussetzung in gleicher Weise erfüllen.

3. Listen spezifischer Zugeständnisse

Letztlich sind für die Verpflichtungen aus dem GATS die in den Listen übernommenen Verpflichtungen maßgeblich. Diese weisen eine komplexe Struktur verschiedener Eintragungsmöglichkeiten auf, aus deren Zusammenspiel sich erst der Liberalisierungsgrad für einen Mitgliedstaat in einem bestimmten Dienstleistungssektor ergibt.

Wie bereits angedeutet, sind die WTO-Mitglieder gemäß Art. XIX:1 GATS verpflichtet, in aufeinanderfolgende Verhandlungsrunden (wie die seit 2001 laufende und bis heute nicht abgeschlossene Doha-Verhandlungsrunde¹⁴⁴) einzutreten, um schrittweise einen höheren Stand der Liberalisierung zu erreichen. Das Ergebnis dieser Verhandlungsrunden sind Verpflichtungserklärungen der WTO-Mitglieder, die in Listen spezifischer Verpflichtungen zusammengetragen werden und die jedes Mitglied individuell aufstellt. Jedes WTO-Mitglied bestimmt in seiner Liste spezifischer Verpflichtungen (Art. XX GATS) souverän den Inhalt und die Reichweite seiner besonderen Verpflichtungen (Marktzugang, Art. XVI GATS, Inländer-

¹⁴¹ Zum Diskussionsstand *Reimold*, (Fn. 6), S. 82 ff.

¹⁴² Zu den Begrifflichkeiten sogleich unter C.II.3.a).

¹⁴³ Dazu *Pitsbas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 110; *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 65.

¹⁴⁴ Zu den Implikationen der Doha-Verhandlungsrunde für den Handel mit Dienstleistungen siehe *Leal-Arcas*, *Services as Key for the Conclusion of the Doha Round*, *Legal Issues of Economic Integration* 2008, S. 301 ff.

behandlung, Art. XVII GATS und zusätzliche Verpflichtungen, Art. XVIII GATS), und zwar gesondert für jeden Dienstleistungs(sub)sektor und jede Erbringungsmodalität (Art. I:2 GATS). Wie bereits erwähnt sind die Listen spezifischer Zugeständnisse als „wesentlicher Bestandteil des Übereinkommens“ (Art. XX:3 GATS) völkerrechtlich verbindlich.

Bevor auf den Inhalt der Liste spezifischer Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten eingegangen wird, werden noch folgende Fragen behandelt: (1) Welche Struktur liegt den Dienstleistungssektoren und insbesondere dem Sektor für Bildungsdienstleistungen zu Grunde? (2) Welche Eintragungsoptionen haben die WTO-Mitglieder zur Festlegung ihrer besonderen Verpflichtungen im Sektor für Bildungsdienstleistungen? (3) Gibt es eine verbindliche oder zumindest standardisierte Terminologie für die Listeneinträge?

a) Struktur der Dienstleistungssektoren

Die erste, immer noch wirksame Fassung der *Services Sectoral Classification List* (SSCL)¹⁴⁵ enthält eine Aufzählung von Dienstleistungssektoren, für die jedes WTO-Mitglied potentiell den Inhalt und Umfang seiner spezifischen Verpflichtungen flexibel festlegen kann. Zwar ist die SSCL als Klassifikation des GATS-Sekretariats unverbindlich. Jedoch hat der Appellate Body in *US – Gambling* die SSCL¹⁴⁶ grundsätzlich als Interpretationsmittel für die in den Listen spezifischer Zugeständnisse eingetragenen besonderen Verpflichtungen der WTO-Mitglieder anerkannt; es sei denn, aus den Listeneinträgen ergibt sich im Einzelfall ausdrücklich ein abweichender Erklärungswille.¹⁴⁷

Die Dienstleistungsklassifikation besteht aus zwölf Sektoren,¹⁴⁸ wobei jeder Sektor eine Gruppe von Dienstleistungen in sich versammelt, welche wirtschaftlich gemeinsame Merkmale aufweisen. Die Sektoren sind ihrerseits zwei- oder dreistufig

¹⁴⁵ Sog. „W-120 Liste“. Siehe Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120 v. 10.7.1991.

¹⁴⁶ Als „vorbereitende Arbeiten“ im Sinne des Art. 32 WVK. Das Wiener Vertragsrechtsübereinkommen v. 23.5.1969 regelt das Recht der Verträge zwischen Staaten (Art. 1 WVK). Die WVK wurde bis dato von 44 Staaten und dem HI. Stuhl unterzeichnet und von 110 Staaten und dem HI. Stuhl ratifiziert, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=UNTSO&mtmsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtmsg3&lang=en (14.3.2011). BGBl. 1985 II, 927.

¹⁴⁷ Appellate Body Report, *US – Gambling*, WT/DS285/AB/R, Bericht v. 7.4.2005, Rdnr. 196 ff.

¹⁴⁸ Dabei handelt es sich um: Unternehmerische und berufsbezogene Dienstleistungen, Kommunikationsdienstleistungen, Bau- und Montagedienstleistungen, Betriebsdienstleistungen, Bildungsdienstleistungen, Umweltdienstleistungen, Finanzdienstleistungen, Medizinische und soziale Dienstleistungen, Tourismus und Reisedienstleistungen, Erholung, Kultur und Sport, Transportdienstleistungen und sonstige nicht aufgeführte Dienstleistungen.

gegliedert, wobei sich für die jeweils tiefste Gliederungsebene der Begriff „Subsektor“ etabliert hat. Für die Zwischenebene im Falle der Dreistufigkeit fehlt es an einem eingeführten Begriff; hier wird der Begriff „Teilsektor“ verwandt. Insgesamt finden sich 155 Subsektoren.¹⁴⁹

Jeder Sektor, Teilsektor und Subsektor ist mit einer Ziffer der *Central Product Classification* (CPC) gekennzeichnet.¹⁵⁰ Die CPC ist eine internationale Klassifikation der Vereinten Nationen für Waren und Dienstleistungen. Sie zielt auf die Harmonisierung nationaler und regionaler Statistiken zur präzisen Klassifizierung und Messung der internationalen Handelsströme. Die CPC enthält Erläuterungen über den Inhalt und Umfang der Produktkategorien, um Produkte eindeutig einer Kategorie zuordnen zu können. Die CPC weist zudem Bezüge zur *Standard Classification of All Economic Activities* (ISIC) auf. Während die CPC Waren und Dienstleistungen klassifiziert, fasst die ISIC ökonomische Aktivitäten zu Branchen bzw. Industriezweigen zusammen. Die CPC wurde mehrfach überarbeitet. Die Nachfolgeversionen, CPC 1, 1.1 und 2, haben jedoch bis heute keinen Eingang in die SSCL gefunden.¹⁵¹ Zur Erreichung einer höheren Trennschärfe der Kategorien wird seit 1996 im Ausschuss für spezifische Verpflichtungen (*Committee on Specific Commitments*) eine bis heute nicht abgeschlossene Diskussion über die Optimierung der SSCL durch die Integration der revidierten Versionen der CPC geführt.¹⁵²

¹⁴⁹ Michaelis, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 24.

¹⁵⁰ In der Fassung der Provisional Central Product Classification, Statistical Papers, Series M No. 77, United Nations, 1991.

¹⁵¹ Reimold, (Fn. 6), S. 55.

¹⁵² Siehe Committee on Specific Commitments, Report of the Meeting v. 24.5.1996, Note by the Secretariat, S7CSC/M/1, Rdnr. 7: „*The overall objective of the work should be a clear, accurate and comprehensive description of the universe of service activities by sector and sub-sector to help ensure comparability of classification systems*“. Soweit ersichtlich lässt sich der Diskussionsverlauf im Committee on Specific Commitments in den folgenden Dokumenten verfolgen: Report of the Meeting v. 10.10.1996, S/CSC/M/2, Rdnr. 3 ff.; Report of the Meeting v. 29.10.1997, S/CSC/M/4, Rdnr. 3 ff.; Report of the Meeting v. 2.4.1998, S/CSC/M/5, Rdnr. 2 ff.; Report of the Meeting v. 16.10.1998, S/CSC/M/6, Rdnr. 3 ff.; Report of the Meeting v. 25.11.1998, S/CSC/M/7, Rdnr. 1 ff.; Report of the Meeting v. 24./28.2.2000, S/CSC/M/7, Rdnr. 28; Report of the Meeting v. 11./12.4.2000, S/CSC/M/14, Rdnr. 9 ff.; Report of the Meeting v. 23./24.4.2000, S/CSC/M/15, Rdnr. 24. Die Dokumente S/CSC/M/7 bis S/CSC/M/13 wurden bisher nicht veröffentlicht.

b) Der Sektor für Bildungsdienstleistungen

Der Sektor für Bildungsdienstleistungen¹⁵³ (Sektor 5 der SSCL) ist in nachfolgend erläuterte fünf Subsektoren gegliedert.¹⁵⁴

(1) Primarbildungsdienstleistungen

Zu den „Primarbildungsdienstleistungen“ gehören der vorschulische Bereich sowie der basale schulische Bereich. Vorschulische Bildungsdienstleistungen bereiten junge Kinder auf eine schultypische Umwelt in Kindertagesstätten sowie Vorklassen an Grundschulen vor. Dienstleistungen einer Kindertagesmutter sind ausgenommen.

(2) Sekundarbildungsdienstleistungen

Der Subsektor „Sekundarbildungsdienstleistungen“ erfasst vier Typen von Bildungsdienstleistungen: „*General secondary education services*“, „*Higher secondary education services*“, „*Technical and vocational secondary education services*“ und „*Technical and vocational secondary school-type education services for handicapped students*“.

„Allgemeine sekundäre Bildungsdienstleistungen“ bezieht sich auf die erste Phase der zweiten Stufe schulischer Bildungsdienstleistungen (Sekundarstufe I). Sie sind gegenüber der schulischen Primarstufe stärker fächerorientiert ausgerichtet und durch eine beginnende Spezialisierung gekennzeichnet. Da die Abgrenzung zwischen der Primarstufe und der allgemeinen Sekundarstufe nur graduell ist, können sich etwa mit Bezugnahme auf das deutsche Schulsystem für Grundschulen mit einer zweijährigen Förderstufe in den Klassen fünf und sechs Klassifikationsprobleme ergeben. Die *International Standard Classification of Education (ISCED)* der UNESCO stellt eine präzise Zuordnung von Zweifelsfällen sicher.¹⁵⁵ Die ISCED

¹⁵³ Zu Recht weist *Mause*, *Ist Bildung eine Ware?*, Ein Klärungsversuch, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 2008, S. 365 f., darauf hin, dass die (bildungsökonomische) Verwendung des Begriffs Bildungsdienstleistungen nicht präzise ist, da Bildung als ein psychischer Vorgang nicht Gegenstand einer äußerlichen Wirtschaftstransaktion sein kann. Er schlägt daher als Alternative den Begriff *Lehrdienstleistungen* vor. Allerdings trägt der Dienstleistungssektor für lehrende Tätigkeiten im GATS die offizielle Bezeichnung *education services*, so dass im Folgenden am Begriff Bildungsdienstleistungen festgehalten wird.

¹⁵⁴ Zur Struktur des Bildungssektors siehe Council for Trade in Services, Education Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/49 v. 23.9.1998.

¹⁵⁵ UNESCO, ISCED, 1997, Rdnrn. 45 ff. und 52 ff. Die International Standard Classification of Education wird zurzeit überarbeitet. Siehe UN Department of Economic and Social Affairs, Statistic Division, Review of the International Standard Classification of Education (ISCED), Draft Recommendations on the Measurement of Education Attainment, ESA/STAT/AC.190/11 v. 13.8.2009.

gliedert sich in sieben Stufen von Level 0 bis Level 6. Zwischen den SSCL-Sektoren für Bildungsdienstleistungen und der ISCED bestehen Parallelen. Auch die ISCED unterscheidet zwischen Level 1 „*Primary education or first stage of basic education*“ und Level 2 „*Lower secondary or second stage of basic education*“. Aus einer Begleitveröffentlichung der UNESCO zur ISCED geht hervor, dass Level 1 die ersten sechs Schuljahre umfasst.¹⁵⁶ Da Level 1 ISCED mit dem CPC-Subsektor „*Other primary education services*“ korrespondiert, ist die sechs Schuljahre umfassende Phase des Level 1 ISCED auch auf „*Other primary education services*“ übertragbar, worunter im deutschen Schulsystem Grundschulen mit einer Förderstufe fallen.

„Höhere Sekundarbildungsdienstleistungen“ sollen zu einem qualifizierenden Schulabschluss führen, der zur Aufnahme einer Berufsausbildung oder eines Studiums an einer Hochschule berechtigt (Sekundarstufe II).

„Technische und berufliche Bildungsdienstleistungen“ beziehen sich auf Bildungsdienstleistungen im Bereich der technischen und beruflichen Ausbildung, die sowohl theoretische als auch praktische Inhalte vermittelt. Der Schwerpunkt liegt auf der fachbezogenen Spezialisierung, die häufig berufsqualifizierend ist.

Bei den „Technischen und beruflichen Bildungsdienstleistungen für Schüler mit Förderbedarf“ handelt es sich um berufsbildende Bildungsdienstleistungen, die das spezifische Potential und die Bedürfnisse von Schülern und Schülerinnen mit Behinderungen berücksichtigen.¹⁵⁷

(3) Höhere Bildungsdienstleistungen

Bildungsdienstleistungen im Bereich der „Höheren Bildungsdienstleistungen“ werden als „Post-sekundäre technische und berufliche Bildungsdienstleistungen“ sowie „Andere höhere Bildungsdienstleistungen“ beschrieben. Insoweit handelt es sich erstens um Bildungsdienstleistungen im Bereich der höheren Berufsausbildung, die sich an die sekundäre Bildung anschließt, sowie zweitens um sämtliche Bildungsdienstleistungen, die zu einem Hochschulabschluss hinführen.

¹⁵⁶ UNESCO, ISCED, 1997, Rdnr. 46.

¹⁵⁷ Hier bleibt die Klassifikation hinter der menschenrechtlichen Entwicklung des Rechts auf Bildung zurück. Die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen zielt mit ihrer Verpflichtung zu einem inklusiven Bildungssystem gerade auf den Abbau besonderer Förderschulen. Es dürfte diesem Anliegen der Behindertenrechtskonvention zuwider laufen, dass die dem GATS zugrundeliegende Klassifikation weiterhin an das von der Behindertenrechtskonvention zurückgewiesene Förderschulmodell anknüpft. Zum Gebot der schulischen Inklusion nach der Behindertenrechtskonvention *Poscher/Rauc/Langer*, Von der Integration zur Inklusion, Das Recht auf Bildung aus der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und seine innerstaatliche Umsetzung, 2008.

(4) Erwachsenenbildungsdienstleistungen

„Erwachsenenbildungsdienstleistungen“ bezieht sich auf die Erwachsenenbildung, die außerhalb der traditionellen Bildungsinstitutionen stattfindet. Die Erwachsenenbildung umfasst allgemeinbildende und berufsbildende Programme. Dazu gehören auch Bildungsangebote zum Erwerb der Lese- und Schreibkompetenz. Dienstleistungen der Erwachsenenbildung sind auch ohne die persönliche Anwesenheit der Lehrenden und Lernenden in einem räumlichen Näheverhältnis möglich, da sie auch durch ein spezifisches Medium wie Radio, Fernsehen oder Post vermittelt werden können. Bildungsdienstleistungen für Erwachsene, die innerhalb des regulären Bildungssystems als höhere Bildungsdienstleistungen erbracht werden, fallen nicht in die Gruppe der Erwachsenenbildungsdienstleistungen.

(5) Sonstige Bildungsdienstleistungen

„Sonstige Bildungsdienstleistungen“ erfassen Bildungsdienstleistungen, die sich den anderen Subsektoren nicht zuordnen lassen. Darunter fallen jedoch nicht private Hauslehrer und Tutoren, die im Sektor für „*Private households with employed persons*“ erfasst werden.

c) Übernommene Verpflichtungen

Trotz der großen wirtschaftlichen Bedeutung und eines zunehmenden Wachstums des internationalen Handels ist Bildung einer der Sektoren mit den wenigsten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Nur 51 von insgesamt 153 WTO-Mitgliedern sind dort insgesamt 183 besondere Verpflichtungen eingegangen. Wie auch in anderen Sektoren stiegen die Verpflichtungen in allen fünf Subsektoren infolge des Beitritts neuer Mitglieder in den letzten Jahren qualitativ und quantitativ an. WTO-Mitglieder, die in allen Subsektoren Verpflichtungen übernommen haben, sind etwa China, Jordanien, Lesotho, Mazedonien, Moldawien, Norwegen, Saudi Arabien, Sierra Leone und Tonga. 34 WTO-Mitglieder sind für Primarbildungsdienstleistungen und 41 WTO-Mitglieder für Sekundarbildungsdienstleistungen besondere Verpflichtungen eingegangen. Auffällig ist, dass die USA keine besonderen Verpflichtungen im Sektor für Primar- und Sekundarbildungsdienstleistungen eingegangen sind. Im Subsektor der höheren Bildungsdienstleistungen sind 42 WTO-Mitglieder Verpflichtungen eingegangen, im Bereich Erwachsenenbildung 41 und im Bereich der sonstigen Bildungsdienstleistungen 25.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Vgl. zum Ganzen und auch zur EU Background Note by the Secretariat, S/C/W 313 v. 1.4.2010, Rdnr. 57 ff.

d) Eintragungsoptionen der WTO-Mitglieder

Jedes WTO-Mitglied verfügt im Rahmen der soeben dargestellten Listenstruktur über verschiedene Eintragungsoptionen zur Bestimmung des Inhalts und der Reichweite besonderer Verpflichtungen (Art. XVI, XVII und XVIII GATS). Die Listen der WTO-Mitglieder sind in der Regel in zwei Abschnitte untergliedert. Abschnitt I enthält spezifische Verpflichtungen horizontaler Natur, d.h. solche, die für alle Dienstleistungssektoren der Liste gelten, wohingegen Listeneinträge in Abschnitt II der Liste spezifischer Zugeständnisse („Vertikale Verpflichtungen“) sich jeweils nur auf einen bestimmten Dienstleistungssektor beziehen. Horizontale spezifische Verpflichtungen können (ebenso wie vertikale spezifische Verpflichtungen) in Bezug auf bestimmte Erbringungsmodalitäten festgelegt werden oder alle vier Erbringungsmodalitäten betreffen.

Listeneinträge der WTO-Mitglieder im Abschnitt I für „Horizontale Verpflichtungen“ sind gewissermaßen der *allgemeine* Teil der Listen spezifischer Zugeständnisse, der „vor die Klammer“ der Listeneinträge für die einzelnen Dienstleistungssektoren im Abschnitt II unter „Vertikale Verpflichtungen“ gestellt ist. So hebt zum Beispiel die Eintragung „*none*“ (also keine Beschränkung des Marktzugangs bzw. der Inländerbehandlung) in Abschnitt II in einem bestimmten Dienstleistungssektor für eine bestimmte Erbringungsform nicht die in Bezug auf diese Erbringungsform bestehenden Bestimmungen horizontaler Natur auf. Davon kann jedoch durch ausdrücklichen Vermerk in der entsprechenden Spalte eine Ausnahme gemacht werden.¹⁵⁹ Hat ein WTO-Mitglied im Abschnitt II unter „Vertikale Verpflichtungen“ lediglich besondere Verpflichtungen für Bildungsdienstleistungen übernommen, dann gelten die Listeneinträge im Abschnitt I, also die horizontalen Verpflichtungen, auch nur für diesen Sektor.¹⁶⁰ Entgegen dem Wortlaut „Horizontale Verpflichtungen“ kann es sich bei den Einträgen des Abschnitts I auch um *Beschränkungen* der besonderen Verpflichtungen, d.h. um *Beeinträchtigungen* des Dienstleistungshandels (Handelshemmnisse) handeln.¹⁶¹ Diese kann das WTO-Mitglied aufrechterhalten, obwohl die Maßnahme ohne einen entsprechenden Listeneintrag gegen das Abkommen verstoßen würde. Die WTO-Mitglieder können somit im Abschnitt II der Liste unter „Vertikale Verpflichtungen“ den Inhalt und Umfang der spezifischen Verpflichtungen für jeden Dienstleistungssektor und dessen Unterteilungen sowie jede Erbringungsmodalität (Modus 1 bis 4, Art. I:2 GATS) flexibel bestimmen.¹⁶²

¹⁵⁹ Council for Trade, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92 v. 28.3.2001, Rdnr. 36 ff.; vgl. zum Ganzen auch *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 122 ff.

¹⁶⁰ Council for Trade, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92 v. 28.3.2001, Rdnr. 37.

¹⁶¹ Zum Beeinträchtigungsbegriff des Art. I:1 GATS siehe unter B.I.4.

¹⁶² *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 20.

e) Terminologie der Listeneinträge

Um Inhalt und Umfang der spezifischen Verpflichtungen jedes der 153 WTO-Mitglieder bestimmen zu können, bedarf es neben einem Verständnis der Strukturen der Eintragungsmodalitäten der Vergewisserung über die Bedeutung der verwandten Begriffe. Richtlinien für die praktische Erstellung bzw. das sachgerechte Ausfüllen der Listen spezifischer Zugeständnisse, die während der Uruguay-Runde verabschiedet¹⁶³ und später vom WTO-Sekretariat überarbeitet wurden,¹⁶⁴ haben den Zweck, den Erklärungswillen der WTO-Mitglieder so präzise wie möglich mit den schriftlichen Listeneinträgen in Übereinstimmung zu bringen. Zwar handelt es sich bei diesen Richtlinien nur um unverbindliche Empfehlungen, allerdings hat der Appellate Body in der Entscheidung *US – Gambling* festgestellt, dass die Richtlinien bei der Bestimmung der besonderen Verpflichtungen der WTO-Mitglieder als völkerrechtlich anerkanntes Interpretationsmittel berücksichtigt werden können.¹⁶⁵ Auch die Staatenpraxis hält sich weitgehend an diese Richtlinien. Demnach bezeichnet der Listeneintrag *none* in Abschnitt II unter „Vertikale Verpflichtungen“ die uneingeschränkte Verpflichtung in einem spezifischen Dienstleistungs(sub)sektor für eine spezifische Erbringungsmodalität. Ungeachtet des „none“-Vermerks können sich allerdings Beschränkungen aus Listeneinträgen im Abschnitt I unter „Horizontale Verpflichtungen“ ergeben.

- Jedes WTO-Mitglied, das eine beeinträchtigende Maßnahme aufrechterhalten will, muss diese in der entsprechenden Listenspalte des betreffenden Subsektors präzise angeben.
- Der Listeneintrag *unbound* bedeutet, dass ein WTO-Mitglied keine besonderen Verpflichtungen in einem spezifischen Dienstleistungs(sub)sektor für eine spezifische Erbringungsmodalität eingegangen ist. Daher können Maßnahmen dieses betreffenden WTO-Mitglieds aufrechterhalten bleiben, obwohl sie eine besondere GATS-Verpflichtung betreffen.
- Der Eintrag *unbound** bringt zum Ausdruck, dass die spezifische Dienstleistungserbringung in einem spezifischen Dienstleistungssektor technisch (noch) nicht durchführbar ist. Erweist sich die Dienstleistungserbringung in Zukunft als technisch durchführbar, ist der Listeneintrag *unbound** in *unbound* umzudeuten.

¹⁶³ Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Scheduling of Initial Commitments in Trade on Services, Explanatory Note, MTN.GNS/W/164 v. 3.9.1993; Group of Negotiations on Services, Uruguay Round, Scheduling of Initial Commitments on Trade in Services, Explanatory Note, Addendum, MTN.GNS/W/164. Diese Richtlinien wurden überarbeitet. Siehe Council for Trade, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), S/L/92 v. 28.3.2001.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Appellate Body Report, *US – Gambling*, WT/DS285/AB/R, Bericht v. 7.4.2005, Rdnr. 196 ff. Die völkerrechtlich anerkannten Interpretationsgrundsätze ergeben sich aus den Art. 31 ff. WVK.

Modell einer Liste spezifischer Verpflichtungen gemäß Art. XX GATS

- 1) *Cross-border supply* 2) *Consumption abroad*
 3) *Commercial Presence* 4) *Presence of natural persons*

Abschnitt I
Horizontale Verpflichtungen

Bestimmungen, Beschränkungen und Bedingungen des Marktzugangs	Bedingungen und Qualifizierungen der Inländerbehandlung	Zusätzliche spezifische Verpflichtungen über Marktzu- gang und Inländerbehandlung hinaus
--	---	---

Betreffen alle Sektoren dieser Liste

- | | | |
|---------------------|-------|-------|
| 1) unbound | 1)... | 1)... |
| 2) none | 2)... | 2)... |
| 3) Restriktion: ... | 3)... | 3)... |
| 4) | 4) | 4) |

Abschnitt II
Vertikale Verpflichtungen

Sektor/Subsektor
 Bildungsdienstleistungen

- | | | | |
|--------------------------------------|----|----|----|
| a) Primarbildung | 1) | 1) | 1) |
| | 2) | 2) | 2) |
| | 3) | 3) | 3) |
| | 4) | 4) | 4) |
| b) Sekundarbildung | 1) | 1) | 1) |
| | 2) | 2) | 2) |
| | 3) | 3) | 3) |
| | 4) | 4) | 4) |
| c) Höhere Bildung | 1) | 1) | 1) |
| | 2) | 2) | 2) |
| | 3) | 3) | 3) |
| | 4) | 4) | 4) |
| d) Erwachsenenbildung | 1) | 1) | 1) |
| | 2) | 2) | 2) |
| | 3) | 3) | 3) |
| | 4) | 4) | 4) |
| e) Sonstige Bildungsdienstleistungen | 1) | 1) | 1) |
| | 2) | 2) | 2) |
| | 3) | 3) | 3) |
| | 4) | 4) | 4) |

f) Liste spezifischer Zugeständnisse der EU und ihrer Mitgliedstaaten im Bildungssektor

Inhalt und Umfang der besonderen Verpflichtungen Deutschlands ergeben sich aus der für die Bundesrepublik Deutschland maßgeblichen Liste spezifischer Verpflichtungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten.¹⁶⁶ Die Kompetenz für die „Gemeinsame Handelspolitik“ der EG beim Abschluss des GATS richtete sich damals nach Art. 113 EGV (später Art. 133 EG/nunmehr Art. 207 AEUV). Zum Umfang der Kompetenz aus dem damaligen Art. 113 EGV hatte der EuGH in seinem *Gutachten 1/94*¹⁶⁷ festgestellt, dass der EG die alleinige Vertragsabschlusskompetenz für das GATS als Nebenabkommen zum WTO-Abkommen fehle, da nur die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der ersten Erbringungsmodalität des GATS in den Anwendungsbereich von Art. 113 EGV falle. Dienstleistungen, die den Erbringungsmodalitäten „Auslandserbringung“, „gewerbliche Niederlassung“ und „Niederlassung natürlicher Personen“ des GATS unterfielen, sollten demgegenüber außerhalb des Anwendungsbereichs der Gemeinsamen Handelspolitik gemäß Art. 113 EGV liegen.¹⁶⁸ Die Wirksamkeit der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus den von der EG und ihren Mitgliedstaaten gemeinschaftlich ratifizierten WTO-Abkommen, einschließlich des GATS, würde dadurch indes nicht berührt. Angesichts der gemeinschaftlichen Ratifizierung scheidet auch eine Aufteilung der Verpflichtungen (aus dem GATS) in einen Gemeinschafts- respektive Unionsteil und einen mitgliedstaatlichen Teil aus. Vielmehr erstreckt sich die Zuständigkeit des EuGH nach seiner eigenen Rechtsprechung auf das gesamte WTO-Recht.¹⁶⁹

Durch den Vertrag von Lissabon wird der Begriff der Gemeinsamen Handelspolitik in Art. 207 AEUV unter anderem um handelspolitische Maßnahmen im Bereich von Dienstleistungen erweitert, so dass ein mit dem WTO-Recht weitgehend kohärenter Kompetenztitel¹⁷⁰ vorliegt. Infolge der Vertragsänderung verfügt die EU gemäß Art. 207 AEUV nunmehr über eine (nahezu) umfassende Kompetenz¹⁷¹ zur Weiterentwicklung des GATS. Unter anderem für den Bereich der Bildungsdienstleistungen verlangt Art. 207 Abs. 4 lit. b) AEUV jedoch Einstimmigkeit, wenn ein Abkommen die einzelstaatliche Organisation dieser Dienstleistungen ernsthaft stören und die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre Erbringung beeinträchtigen könnte.

¹⁶⁶ BGBl. 1994 II, 1678 ff.

¹⁶⁷ EuGH, *Gutachten 1/94*, Slg. 1994, I-5276.

¹⁶⁸ *Ibid.*, Rdnr. 41 ff.; vgl. auch *Müller-Ibold*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Vorbem. zu Art. 206, 207 AEUV, Rdnr. 9 f. m.w.N. aus der überwiegend kritischen Literatur.

¹⁶⁹ Vgl. dazu mit Nachweisen *ibid.*, Art. 207 AEUV, Rdnr. 72.

¹⁷⁰ Näher dazu *Hahn*, in: Callies/Ruffert, EU-Verträge, 4. Aufl. 2011, Art. 207 AEUV, Rdnr. 2.

¹⁷¹ Auch dazu m.w.N. *Müller-Ibold*, (Fn. 168), Art. 207 AEUV, Rdnr. 73.

Die besonderen Verpflichtungen für Deutschland im Bildungssektor sind ausweislich der maßgeblichen Liste spezifischer Verpflichtungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten¹⁷² auf „privat finanzierte Bildungsdienstleistungen“ beschränkt. Darauf bezogen ist unklar, inwieweit auch öffentlich mitfinanzierte Bildungsdienstleistungen in den Anwendungsbereich der besonderen Verpflichtungen fallen. Bezogen auf das deutsche Bildungssystem können jedoch zumindest die gemeinnützigen Ersatzschulen, die nicht nur faktisch ganz überwiegend durch öffentliche Mittel finanziert werden, sondern aufgrund des Sonderungsverbots auch rechtlich auf eine überwiegende öffentliche Finanzierung angewiesen sind, nicht als „privat finanzierte Bildungsdienstleistungen“ im Sinne des Listeneintrags gelten.

Ungeachtet dessen enthält die EU-Liste zudem eine horizontale Beschränkung des Marktzugangs für „öffentliche Aufgaben“ sowie eine Beschränkung der Inländerbehandlung für Subventionen hinsichtlich des „öffentlichen Sektors“. Die Begriffe „öffentliche Aufgaben“ und „öffentlicher Sektor“ müssen weiter verstanden werden als die durch Art. I:3 lit. c) GATS qualifizierte „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ in Art. I:3 lit. b) GATS. Dies folgt zum einen daraus, dass die Vertragsstaaten frei sind, wie sie ihre Vorbehalte zuschneiden, und hier bewusst einen Begriff gewählt haben, der von dem in Art. I:3 lit. b) GATS abweicht. Zum anderen wäre der Vorbehalt sonst bedeutungslos, da Dienstleistungen in Ausübung von Hoheitsgewalt im Sinne von Art. I:3 lit. b) und c) GATS bereits vom Anwendungsbereich des Abkommens ausgeschlossen sind und daher auch nicht Gegenstand einer besonderen Verpflichtung sein können. Nicht nur die Bildungsangebote staatlicher Grund- und weiterführender Schulen, sondern auch diejenigen privater Ersatzschulen, die die staatlichen Angebote auf der Grundlage staatlicher Beihilfen und öffentlicher Subventionen substituieren, fallen unter die horizontalen Beschränkungen für „öffentliche Aufgaben“ und den „öffentlichen Sektor“. Dies gilt auch dann, wenn sie in einem Wettbewerb mit gewinnorientierten Schulangeboten stünden und dadurch vom Anwendungsbereich des GATS erfasst würden. Auch aufgrund der Listeneinträge der EU besteht derzeit insbesondere keine Verpflichtung Deutschlands, ausländischen privaten Bildungsanbietern, die in Deutschland eine Schule gründen wollen, Subventionen in gleicher Höhe wie dem staatlichen Schulwesen oder auch nur den inländischen Ersatzschulen zu gewähren.

III. Weitere Schranken der Dienstleistungsregulierung

Neben den Verboten für Marktzugangsbeschränkungen und diskriminierende Maßnahmen setzt das GATS der innerstaatlichen Dienstleistungsregulierung weitere Grenzen, insbesondere in den Art. VI:4 und 5 GATS. Artikel VI:4 GATS sieht vor, dass der GATS-Rat sogenannte Disziplinen erarbeitet, „um zu gewährleisten, dass

¹⁷² BGBl. 1994 II, 1678 ff.

Maßnahmen, die Qualifikationserfordernisse und -verfahren [...] betreffen, keine unnötigen Handelshemmnisse für den Handel mit Dienstleistungen darstellen.“ Mit diesen Vorschriften soll also das Ziel verfolgt werden, die handelshemmende Regulierung in den Mitgliedstaaten weiter zurückzudrängen. Die Regelung des Art. IV:4 GATS basiert auf der Annahme, dass, selbst wenn das nationale Dienstleistungsrecht nicht diskriminierend wirkt, eine Überregulierung den Marktzugang von Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern aus anderen WTO-Mitgliedern beeinträchtigen kann.¹⁷³ Die Funktion der in Art. VI:4 GATS in Bezug genommenen Qualifikations- und Zulassungserfordernisse besteht darin zu gewährleisten, dass die Qualifikations- und Zulassungserfordernisse einerseits für den Dienstleistungshandel nicht belastender als nötig sind und andererseits die Qualität der Dienstleistungen sichergestellt ist.¹⁷⁴ Insoweit könnten sich die Disziplinen der innerstaatlichen Regulierung im deutschen Schulsystem mitunter auf die GATS-konforme Ausgestaltung der Genehmigungsvoraussetzungen für die Gründung und den Betrieb von Ersatzschulen auswirken.

Die Rechtsnatur dieser Disziplinen ist noch nicht eindeutig geklärt. Zumindest handelt es sich nicht um unmittelbar verbindliches Sekundärrecht.¹⁷⁵ Um Verbindlichkeit zu erlangen, müssten die sogenannten Disziplinen jedenfalls von den WTO-Mitgliedern in ihre jeweiligen Positivlisten aufgenommen werden. Allerdings impliziert eine Veröffentlichung des GATS-Rates bezüglich der Disziplinen eine Stillstandsverpflichtung. Nach dieser dürfen die WTO-Mitglieder nach der Übernahme spezifischer Verpflichtungen in den entsprechenden Sektoren keine neuen Maßnahmen erlassen, die mit den Disziplinen unvereinbar sind.¹⁷⁶ Disziplinen für Qualifikationserfordernisse und Zulassungsverfahren wurden vom GATS-Rat bislang nicht erlassen. Der einzige Anwendungsfall des Art. VI:4 GATS stammt aus dem Jahr 1998 und betrifft Disziplinen für Wirtschaftsprüfungsleistungen aus dem Jahr 1998.¹⁷⁷

¹⁷³ *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 101.

¹⁷⁴ *Pauwelyn*, *Rien ne va Plus?: Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, *World Trade Review* 2005, S. 153.

¹⁷⁵ *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 140; *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 102.

¹⁷⁶ *Decision on Principles Relating to the Accountancy Sector*, S/L/63 v. 15.12.1998 und hierauf bezugnehmend *Pitschas*, (Fn. 11), B.II., Rdnr. 140.

¹⁷⁷ Siehe dazu *Michaelis*, (Fn. 12), § 20, Rdnr. 105.

D. Schluss

Bildungsdienstleistungen stehen nicht etwa von vorneherein außerhalb des Anwendungsbereichs des GATS im Sinne von Art. I:1 und I:2 GATS. Im Hinblick auf die Einschränkung des Anwendungsbereichs gemäß Art. I:3 lit. b) und c) gilt zunächst, dass „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ jegliches Handeln auf Grundlage exklusiver Rechtsmacht erfasst, die ausschließlich Hoheitsträger – respektive zur Ausübung hoheitlicher Gewalt ermächtigte Private – berechtigen, soweit dieses Handeln nicht „auf wirtschaftlicher Basis“ oder „im Wettbewerb“ im Sinne von Art. I:3 lit. c) GATS erfolgt. Diese Konzeption verfolgt eine im Ansatz zunächst weite Bestimmung der Ausübung hoheitlicher Gewalt, die aber dann diejenigen hoheitlichen Aktivitäten über Art. I:3 lit. c) GATS wieder in den Geltungsbereich des GATS einbezieht, die für den internationalen wirtschaftlichen Handel von besonderer Bedeutung sind. Letztlich entscheidend sind daher die Qualifikationen in Art. I:3 lit. c) GATS. Dieser Ansatz entspricht der Regelungsstruktur des Ausnahmetatbestands, der die Ausnahme negativ über Art. I:3 lit. c) GATS definiert.

Dabei bezieht „auf wirtschaftlicher Basis“ solche Dienstleistungen von Trägern öffentlicher Gewalt in den Anwendungsbereich des GATS ein, welche zwar auf der Grundlage von Hoheitsrechten, aber mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden. Damit geraten etwa staatliche Dienstleistungsmonopole oder Dienstleistungen öffentlicher Träger oder mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteter Privater in den Anwendungsbereich des GATS, wenn sich mit ihnen eine Gewinnerzielungsabsicht verbindet.

Die Wettbewerbsvariante von Art. I:3 lit. c) GATS erfasst nur Wettbewerbsbeziehungen, die einen wirtschaftlichen Charakter aufweisen, d.h. bei denen mindestens ein Wettbewerber mit Gewinnerzielungsabsicht und -aussicht handelt. Soweit der Wettbewerb um Schüler mittels attraktiver Bildungsmethoden, -ziele und -konzepte lediglich ideelle Ziele, einschließlich des Motivs der Standort- respektive Schulerhaltung, verfolgt, begründet dies keinen Wettbewerb im Sinne des GATS. Durch die Beschränkung des nach Art. I:3 lit. c) GATS beachtlichen Wettbewerbs auf den wirtschaftlichen wird auch keine der beiden Varianten der Regelung redundant. Die erste Variante deckt vielmehr die Konstellationen ab, in denen der Staat oder ein mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Privater mit Gewinnerzielungsabsicht eine Dienstleistung als Monopolist anbietet und damit Wettbewerb ausschließt. Die Wettbewerbsvariante wiederum hat dort eigenständige Relevanz, wo der Staat oder mit Hoheitsgewalt ausgestattete Private eine Dienstleistung zwar nicht mit Gewinnerzielungsabsicht anbieten, sie aber mit privaten gewinnorientierten Dienstleistungsangeboten konkurrieren. In diesem Fall werden durch die Wettbewerbsklausel nicht nur die mit Gewinnerzielungsabsicht handelnden Dienstleister, sondern alle Wettbewerber in den Anwendungsbereich des GATS einbezogen. Ist der Wettbewerb eröffnet, sollen die Wettbewerber auch vor unlauterer wohlfahrtsstaatlicher Konkurrenz geschützt werden.

In Folge dieser Konzeption begründet das verfassungsrechtliche Sonderungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG für den Bereich der Ersatzschulen eine der Anwendung des GATS dauerhaft entgegenstehende Hürde, da es einen gewinnorientierten Wettbewerb in diesem Bereich der Bildungsdienstleistungen in Deutschland ausschließt. Allerdings gilt dies nur, soweit das Sonderungsverbot auch tatsächlich beachtet wird. Im Falle der verfassungswidrigen Genehmigung gewinnorientierter internationaler oder sonstiger schulgeldfinanzierter Ersatzschulen würden diese auch die staatlichen Schulen und gemeinnützigen Ersatzschulen in einen wirtschaftlichen Wettbewerb stellen, der für sie den Anwendungsbereich des GATS eröffnet.

Den spezifischen Verpflichtungen des GATS, besonders hinsichtlich des Marktzugangs und der Inländergleichbehandlung, stehen im Bereich der Grund- und weiterführenden Schulen zudem noch die horizontalen Listeneinträge der EU entgegen, die sowohl die Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“ als auch den „öffentlichen Sektor“ von den spezifischen Verpflichtungen ausnehmen. Ferner hat die EU lediglich spezifische Verpflichtungen für „privat finanzierte Bildungsdienstleistungen“ übernommen. Hierunter fallen weder die öffentlichen Schulen noch die gemeinnützigen Ersatzschulen, die zur Wahrung des Sonderungsverbots in ganz überwiegendem Umfang mit öffentlichen Mitteln finanziert werden.

Nach dem bisherigen Verhandlungsstand sind die Grund- und weiterführenden Schulen in Deutschland nicht nur durch die Ausnahme vom Anwendungsbereich des GATS für hoheitliche Dienstleistungen, sondern auch durch die horizontalen und vertikalen Listeneinträge der EU vor einer Einbeziehung in das WTO-Regime geschützt. Die Dauerhaftigkeit dieses dreifachen Schutzwalls wird zum einen von der tatsächlichen Entwicklung des Schulwesens in Deutschland abhängen und zum anderen von den zukünftigen Ergebnissen der Verhandlungsrunden zur Liberalisierung des Marktes für Bildungsdienstleistungen.