

Sechster Teil

Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)

Literatur: *A. Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Bd. I, Clarendon: Oxford 1976 der Originalwerkes aus 1776; *R.J. Krommenacker*, World-Trade Services: The Challenge for the Eighties, Artech House: Dedham Mass. 1984; *W.J. Drake/K. Nicolaidis*, Ideas, Interests and Institutionalization: »trade in services« and the Uruguay Round, 46 International Organization 1/1992, S. 37–100; *P. Hilpold*, Das Transparenzprinzip im internationalen Wirtschaftsrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Beziehungsgeflechts zwischen EU und WTO, in: Europarecht 5/1999, S. 597–620; *M. Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Duncker & Humblot: Berlin 1999; WTO, GATS – Fact and Fiction, WTO: Genf 2001; *Ch. Pitschas*, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, C.H. Beck: München 2003, S. 495–564; *A.C.P. Pereira*, The liberalization of education under the WTO services agreement (GATS): A threat to public educational policy?, 2 MJIEL 3/2005, 2–40; *L.J. White*, International Trade in Services: More than meets the eye, in: Choi/Hartigan (Hrsg.), Handbook of International Trade, Bd. II, 2005, S. 472–498; *B. Hoekman/A. Mattoo*, International trade: trade in services?, in: Guzman/Sykes (Hrsg.), Research Handbook in International Economic Law, 2007, S. 113–150; *G. Gari*, Legal Instruments for the Liberalization of Trade in Services at the Sub-Regional Level: The Mercosur Case, 25 Penn State International Law Review 3/2007, 659–705; *E. Leroux*, Eleven Years of GATS Case Law: What have we learnt?, 10 JIEL 4/2007, 749–793; *D. Fernandes*, Twins, Siblings or Friends: The Conceptual Case of Goods and Services, where do we stand and where could we be headed to?, in: Kern/Andenas (Hrsg.), The World Trade Organization and Trade in Services, 2008, S. 105–145; *R. Leal-Arcas*, The GATS in the Doha Round: A European Perspective, in: Kern/Andenas (Hrsg.), The World Trade Organization and Trade in Services, 2008, S. 9–104; *R. Wolf- rum/P.-T. Stoll/C. Feinäugle* (Hrsg.), WTO – Trade in Services, 2008; *R. Leal-Arcas*, Services as Key for the Conclusion of the Doha Round, 35 LIEI 4/2008, S. 301–321; *A. Lang*, GATS, in: Betlehem et al. (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Trade Law, 2009, S. 157–185; *R. Adlung/A. Carzaniga*, MFN Exemptions under the General Agreement on Trade in Services: Grandfather Striving for Immortality?, 12 JIEL 2/2009, S. 357–392; *P. Kulkarni*, Impact of the GATS on Basic Social Services Redux, 43 JWT 2/2009, 245–283; *M. Michaelis*, Dienstleistungshandel (GATS), in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, S. 409–448; *J. Hernekamp*, Ausgewählte Dienstleistungssektoren, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, S. 449–478; *P. Delimatsis*, Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation – hopes and fears, in: 9 World Trade Review 4/2010, S. 643–673; Munin, Legal Guide to GATS, 2010; *P. Hilpold*, Migration und Internationales Wirtschaftsrecht, in: Hilpold/Perathoner (Hrsg.), Immigration und Integration, 2010, S. 13–40; *M. Trebilcock/R. Howse/A. Eliason*, International Trade Regulation, Routledge: London und New York 2013; *P. Delimatsis*, Institutional Transparency in the WTO, in: A. Peters/A. Bianchi (Hrsg.), Transparency in International Law, CUP: Cambridge 2013, S. 112–141; *M. Matsushita/Th.J. Schoenbaum/P.C. Mavroidis/M. Hahn*, The World Trade Organization, OUP: Oxford 2017, S. 555–632; *M. Trebilcock/J. Trachtman*, Advanced Introduction to International Trade Law, Edward Elgar: Cheltenham 2020; *M. Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 2021; *P. Van den Bossche/D. Prévost*, Essentials of WTO Law, C.F. Müller: Heidelberg 2021; *W. Weiß/Ch. Ohler/M. Bungenberg*, Welthandelsrecht, C.H. Beck: München 2022, S. 327–365

1 Definition

1249 Anders als bei Waren, deren Körperlichkeit eine autonome Wahrnehmung geradezu zur Selbstverständlichkeit macht, ist die selbständige Erfassung der Dienstleistungen mit vielfältigen Schwierigkeiten verbunden. Es handelt sich um eine **äußerst breite Kategorie mit einer großen Anzahl an Einzelercheinungen**, die wechselseitig oft wenig Gemeinsamkeiten aufweisen. Z.T. sind Dienstleistungen auch eng mit der Warenherstellung verbunden, ihre selbständige Erfassung damit eine Frage der Festlegung. Adam Smith hat Dienstleistungen noch keinen autonomen wirtschaftlichen Wert beigemessen.¹⁰⁶¹ Die sozialistischen Staaten haben Dienstleistungen in Anlehnung an die Wertlehre von *Karl Marx* in ihrer volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung ebenfalls lange Zeit hin nicht berücksichtigt – und damit die wirtschaftliche Realität nur ungenügend beschreiben können.¹⁰⁶² Angesichts der heterogenen Natur der Dienstleistung kann jede diesbezügliche Definition der Dienstleistung nur einen Näherungswert liefern.

1250 Nach der Drei-Sektoren-Theorie, die in den 1930er Jahren von *Fisher* und *Clark* entwickelt worden ist, ist zwischen Rohstoffgewinnung (Urproduktion), Rohstoffverarbeitung und Tertiärem Bereich (Dienstleistungen) zu unterscheiden, wobei sich über die Zivilisation ein struktureller Wandel zeigt. Die letzte Stufe dieses Prozesses wird somit von der Herausbildung des Tertiären Sektors repräsentiert, in dessen Rahmen immer höher entwickelte Dienstleistungen angeboten werden. Das relativ späte Aufkommen eines Interesses an einer Regelung des Dienstleistungssektors ließe sich damit erklären.

¹⁰⁶¹ Wie gezeigt, war dies auch einer der Hauptkritikpunkte von *Friedrich List* an *Smith*'s Theoriengebäude.

¹⁰⁶² *Adam Smith* (1723–1780) unterteilte die «Güter» nach dem subjektiven Nutzen der Nachfrager in «produktive» und «unproduktive» wirtschaftliche Aktivitäten. Zu den produktiven Gütern zählte *Adam Smith* alle physischen Erzeugnisse wie Nahrungsmittel, Kleider und Maschinen. Als unproduktiv galt «die Arbeit eines niedrigen Dieners» und «die Arbeit mancher in der Gesellschaft hoch angesehener Personen»: Diese Arbeit «ist unproduktiv, hat keinen Wert, schlägt sich in keinem dauerhaften verkäuflichen Gut nieder, das nach getaner Arbeit weiter besteht [...]». Zu dieser Klasse von Leuten zählen die Geistlichen, Anwälte, Spieler, Spaßmacher, Musiker und Opernsänger.» (*Adam Smith*, 1776, Neuabdruck 1976, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Bd. I, 330 f.).

Karl Marx verneinte ebenfalls den ökonomischen Wert der Dienstleistungen. In Anlehnung an den Marxismus nahm die ehemalige UdSSR die Erbringung von Dienstleistungen während Jahrzehnten nicht in die Berechnung des Volkseinkommens auf. (Vgl. *R.J. Krommenacker* (1984), S. 4).

2 Die Eigenschaften der Dienstleistungen

Will man den Tertiären Sektor nicht allein als Restkategorie verstehen, so sind **1251** Eigenschaften zu identifizieren, die zumindest von einem Großteil der Dienstleistungen gleichzeitig erfüllt werden. Es sind dies:

- die Nichtstofflichkeit (*immateriality*)
- die Unberührbarkeit (*intangibility*)
- die fehlende Lagerfähigkeit (*non storability*)
- die fehlende Transportfähigkeit (*non transportability*)
- die Unsichtbarkeit (*invisibility*)
- die zeitliche Nähe von Herstellung und Konsum (*closeness of production and consumption*)
- Leistungsdifferenzierung entsprechend den Konsumentenwünschen (*differentiation according to customer needs*)
- Einbeziehung des Konsumenten in den Leistungserstellungsprozess (*joint production*).

Verschiedene dieser Eigenschaften sind auch bei Waren gegeben. Einige Dienstleistungen werden wiederum einer Mehrzahl dieser Eigenschaften nicht gerecht. **1252**

Das GATT-Sekretariat hat schon im Jahr 1991 ein Klassifikationsschema **1253** (*Services Sectoral Classification List*) durch Enumeration entwickelt, nach welchem die Dienstleistungen in zwölf Kategorien unterteilt werden und das mittlerweile sehr breite Anerkennung findet:¹⁰⁶³

1. Business services
2. Communication services
3. Construction services
4. Distribution services
5. Educational services
6. Environmental services
7. Financial services
8. Health-related and social services
9. Tourism and travel-related services
10. Recreational, cultural and sporting services
11. Transport services
12. Other services not elsewhere included

Diese Liste weist zudem zahlreiche Subsektoren auf (gegenwärtig 155) und wird laufend ergänzt und verfeinert. Auch größere Umgestaltungen sind bei grundlegenden Fortentwicklungen des tertiären Sektors nicht ausgeschlossen.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶³ Vgl. das gemeinsam von UN, EU IWF, OECD, UNCTAD und WTO herausgegebene «Manual on Statistics of International Trade in Services», 2002, Abs. 2.23 (Stand: April 2011).

¹⁰⁶⁴ Ibid., Abs. 2.24.

3 Die Schaffung internationalrechtlicher Regelungen zum Dienstleistungsverkehr

- 1254** Wie bereits angedeutet, wird die Verselbständigung und Expansion des Tertiären Sektors als Ergebnis eines mehrphasigen strukturellen Wandels gesehen, wobei viele der die Dienstleistung charakterisierenden physischen und ökonomischen Eigenschaften dazu beitragen, dass ein internationaler Handel mit Dienstleistungen – anders als der Handel auf nationaler Ebene – nochmals zeitversetzt beginnt. Der Bedarf an einschlägigen Regelungen ist deshalb jüngeren Datums und er wurde erstmals von den hochentwickelten Industriestaaten angemeldet.
- 1255** Zwar nahm bereits **Art. 53 der Havanna-Charta** – in Zusammenhang mit der Regelung der restriktiven Geschäftspraktiken – auf den Dienstleistungssektor Bezug. Für den Fall des Vorliegens solcher Praktiken in den Bereichen Transport, Telekommunikation, Versicherungen oder Geschäftsdienstleistungen der Banken war aber nicht mehr als ein Verständigungsmechanismus vorgesehen.
- 1256** Das als Teilersatz für die nicht in Kraft getretene Havanna-Charta angesehene **GATT berücksichtigte Dienstleistungen – mit Ausnahme von Art. IV – nicht**. Der Vorschlag einer extensiven Auslegung des Begriffs »Waren« setzte sich nicht durch.
- 1257** Weltweit ist der Dienstleistungssektor von **höheren Wachstumsraten als in der Warenproduktion** gekennzeichnet. Dienstleistungen machen bereits 60% des weltweiten aggregierten Produktionswertes aus. Aufgrund der genannten Eigenschaften der Dienstleistungen – insbesondere der häufig erforderlichen Kunden-nähe bei der Dienstleistungserbringung sowie ihrer Nichtlagerbarkeit – machen Dienstleistungen nur 20% des Welthandels aus.
- 1258** 2008 waren die Wachstumsraten des Dienstleistungshandels – krisenbedingt – erstmals rückläufig; 2009 ist der Handel mit Dienstleistungen sogar zurückgegangen (–23%). 2010 kehrte der Dienstleistungshandel wieder auf den Wachstumspfad zurück.¹⁰⁶⁵
- 1259** Es wird von einem weiteren, sehr hohen Wachstumspotential für den internationalen Handel mit Dienstleistungen ausgegangen. Die Nutzung dieses Potentials setzt aber die Schaffung eines entsprechenden Rechtsrahmens sowie einen konsequenten Abbau der Handelshemmnisse voraus.
- 1260** Erste substanzielle Liberalisierungsmaßnahmen wurden Anfang der 1960er Jahre im Rahmen der **OECD** gesetzt. So verabschiedete der OECD-Rat im Jahr **1961** den *Code of Liberalisation of Current Invisible Operations* sowie den *Code of Liberalisation of Capital Movement*. Diese Initiative hatte allerdings – trotz ihrer erheblichen materiellen Reichweite (sie umfasste sowohl den realwirtschaft-

¹⁰⁶⁵ Diese Zahlen sind mit Vorsicht zu betrachten, da die Außenhandelsstatistiken Dienstleistungen nur ungenügend erfassen und der Dienstleistungsbegriff selbst – wie hier gezeigt – definitionsabhängig ist.

lichen Bereich als auch den finanzwirtschaftlichen) – eher Auswirkungen auf die Herausbildung eines entsprechenden Problembewusstseins denn eine weiterreichende Marktöffnung zur Folge. Die Gründe dafür waren folgende:¹⁰⁶⁶

- Der geographische Geltungsbereich dieser Maßnahmen war auf das Territorium der 24 OECD-Mitgliedstaaten beschränkt.
- Darüber hinaus schränkten die Mitgliedstaaten den inhaltlichen Anwendungsbereich durch zahlreiche Vorbehalte ein.
- Es fehlte an einem geeigneten Streitbeilegungsmechanismus.

Das Thema «Dienstleistungen» war von den USA schon im Rahmen der Tokio-Runde (1973–1979) angesprochen worden. Im Rahmen der **Uruguay-Runde** wurde die Berücksichtigung der Dienstleistungen für die USA schließlich zur **conditio sine qua non für den Start der neuen Welthandelsrunde**. Die anfängliche Zurückhaltung einer Vielzahl an GATT-Vertragsparteien (insbesondere im Bereich der Entwicklungsländer) wich mit der Zeit einer vorsichtigen Zustimmung. Dazu trug wesentlich die Präzisierung des Dienstleistungsbegriffs (bzw. dessen, was im Rahmen der Uruguay-Runde darunter zu verstehen war) bei, wobei diese Klärung parallel zum Verhandlungsprozess Platz griff.

1261

Die Dienstleistungsverhandlungen erfolgten in einem zum Warenbereich gesonderten Rahmen. Das Mandat aus dem Jahr 1986 lautete folgendermaßen:

1262

«Negotiations in this area shall aim to establish a multilateral framework of principles and rules for trade in services, including elaboration of possible disciplines for individual sectors, with a view to expansion of such trade under conditions of transparency and progressive liberalization and as a means of promoting economic growth of all trading partners and the development of developing countries. Such framework shall respect the policy objectives of national laws and regulations applying to services and shall take into account the work of international organizations.»¹⁰⁶⁷

Die Besonderheiten der Dienstleistung im Vergleich zur Ware, die speziellen Anforderungen, die ein diesbezüglicher Liberalisierungsprozess stellt (er betrifft in erster Linie politisch heikle nationale Regulierungen) und die weitreichenden nationalen Vorbehalte auf diesem Gebiet ließen die Schaffung eines speziellen Rahmens angezeigt erscheinen. Dieser sollte aber von den grundlegenden GATT-Prinzipien durchwirkt sein. Das Ergebnis war ein separates Abkommen, das GATS-Abkommen, das zum einen eine **Reihe von allgemeinen Verpflichtungen und Disziplinen** enthält, die für alle WTO-Mitglieder gelten (Meistbegünstigungsverpflichtung, Transparenzverpflichtung), und zum anderen **spezifische Verpflichtungen**, die nach Maßgabe von **Positivlisten** übernommen werden (Marktzugang und Inländerbehandlung).

1263

¹⁰⁶⁶ Vgl. M. Michaelis (2010), Rz 15.

¹⁰⁶⁷ BISD 33/19, 28.

4 Die Erbringungsarten (*modes of supply*)

- 1264** Wie erwähnt, enthält das GATS keine Definition der Dienstleistung. Gemäß Art. I.3 (b) GATS findet dieses Abkommen aber auf jede Art von Dienstleistung in jedem Sektor Anwendung. Diese Bestimmung ist entwicklungs offen in dem Sinne, dass sie auch neue Dienstleistungen, die durch die laufende technologische Entwicklung entstehen, kontinuierlich rezipiert.
- 1265** Ein Weg zur näheren Umschreibung und Festlegung der Verpflichtungen in diesem Bereich bestand in der Bestimmung von Erbringungsarten. Damit wurde das Ziel verfolgt, den breiten ökonomischen Dienstleistungsbegriff auf rechtlicher Ebene möglichst vollständig zu erfassen. Gleichzeitig wurde damit für die WTO-Mitglieder die Möglichkeit eröffnet, Zugeständnisse weitgehend zu differenzieren.
- 1266** Die **vier Erbringungsarten** sind folgende: **«cross-border supply»** (grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung), **«consumption abroad»** (Nutzung von Dienstleistungen im Ausland), **«commercial presence»** (gewerbliche Niederlassung) und **«presence of natural persons»** (Dienstleistungserbringung im Ausland durch grenzüberschreitende Personenbewegung).

4.1 Genzüberschreitende Dienstleistungserbringung («Cross-border supply»)

- 1267** Diese DL werden *«aus dem Hoheitsgebiet eines Mitglieds in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds»* erbracht (Art. I.2 (a)). Nur die DL, nicht aber DLERbringer oder –empfänger, überschreiten hier die Grenze.
- 1268** Beispiele sind die grenzüberschreitende Erbringung von:
- Telefon- und Kommunikationsleistungen
 - DL aufgrund von Katalogen oder Internet
 - finanzielle Leistungen (Kredite, Finanzprodukte)
 - Fernkurse auf elektronischer Basis, medizinische Diagnoseleistungen

4.2 Nutzung von Dienstleistungen im Ausland («consumption abroad»)

- 1269** Hier wird die DL «im Hoheitsgebiet eines Mitglieds an den Dienstleistungsnutzer eines anderen Mitglieds» erbracht (Art. I.2 (c) GATS).
- 1270** Hier überschreitet also der Dienstleistungsnutzer die Grenze, nicht hingegen die Dienstleistung oder der Dienstleistungserbringer.
- Beispiele:
- Fremdenverkehr
 - Studium oder medizinische Behandlung im Ausland
 - Reparaturleistungen an Sachen, die über die Grenze verbracht werden

4.3 Gewerbliche Niederlassung («*commercial presence*»)

Die DL wird hier «*durch einen DLERbringer eines Mitglieds mittels kommerzieller Präsenz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds*» erbracht (Art. I.2 (c) GATS). Hier überschreitet also der DLERbringer die Grenze, wobei er dauerhafte Strukturen errichtet. 1271

Beispiele:

- die Einrichtung von Filialen durch Banken oder Versicherungen
- internationale Hotel-, Restaurant- und Warenhausketten und
- internationale Anwalts-, Wirtschafts- und Steuerberatungskanzleien

Die Übernahme von Verpflichtungen in diesem Bereich bedingt idR erhebliche Anpassungen im Berufs-, Standes- und Gewerberecht.

4.4 Dienstleistungserbringung im Ausland durch grenzüberschreitende Personenbewegung («*Presence of natural persons*»)

Es ist dies die heikelste Erbringungsart, da sie – soweit entsprechende Verpflichtungen übernommen werden – die Freizügigkeit von natürlichen Personen auf internationaler Ebene, auch außerhalb von regionalen Integrationszonen, die solche Regelungen schon lange kennen, zur Folge hat. Es wird die selbständige und die nichtselbständige Erbringung von DL erfasst. Angesichts der Sensibilität dieses Bereichs wurde dem GATS-Abkommen eine eigene «Anlage zum grenzüberschreitenden Verkehr natürlicher Personen» beigefügt («*Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services under the Agreement*»). 1272

Gemäß Abs. 2 dieser Anlage wird klargestellt, dass das sich das GATS-Abkommen 1273

- nicht auf den Zugang natürlicher Personen zum Beschäftigungsmarkt und auch
- nicht auf Fragen der Staatsangehörigkeit, des Daueraufenthalts oder der Dauerbeschäftigung bezieht.

Mit dem GATS wurde also kein Recht auf Immigration geschaffen noch ist die Gewährung eines solchen Rechts für die Zukunft intendiert. Die Zulassung natürlicher Personen bleibt somit in der souveränen Verantwortung der WTO-Mitglieder. Bislang wurden überwiegend Verpflichtungen betreffend die konzerninterne Verlegung von hochqualifiziertem Führungspersonal übernommen. Verpflichtungen zugunsten geringer qualifizierten Personals bilden die absolute Ausnahme.¹⁰⁶⁸ 1274

Im Anschluss an die Einführung des «**Internets der Dinge**» («Internet of Things – IOT»), in dem Produkte vernetzt und mit der Erbringung einer Vielzahl von Dienstleistungen untrennbar verbunden werden, wurde auch von einer **fünften Erbringungsart** gesprochen, die es noch zu regeln gälte.¹⁰⁶⁹ 1275

¹⁰⁶⁸ Vgl. P. Hilpold (2010), 21 f., mwN.

¹⁰⁶⁹ M. Trebilcock/J. Trachtman (2020), S. 133.

Spezielle Fragen zum Anwendungsbereich des GATS:

4.5 Die erfassten «Maßnahmen»

1276 Das GATS findet Anwendung auf «Maßnahmen der Mitglieder, die sich auf den Handel mit Dienstleistungen auswirken».

1277 Der Begriff der «Maßnahme» wird weit definiert und umfasst die Maßnahmen zentraler, regionaler und lokaler Instanzen sowie auch die Maßnahmen nicht-staatlicher Stellen, soweit diese Befugnisse wahrnehmen, die von den vorgenannten Instanzen übertragen wurden.¹⁰⁷⁰ Hinsichtlich der Rechtsform der Maßnahmen gibt es ebenfalls keine Einschränkungen: Es kommen Handlungen aller drei Staatsgewalten in Frage.¹⁰⁷¹

1278 Welche Maßnahmen sich mit auf den Handel mit DL (**negativ**) «auswirken» («*affecting trade in services*»)¹⁰⁷² wird im GATS-Abkommen nur indikativ definiert;¹⁰⁷³ eine breite Definition ist zu bevorzugen.¹⁰⁷⁴ Es genügt eine **tatsächliche Beeinträchtigung**, wobei diese aber nicht pauschal behauptet werden darf, sondern im Einzelfall nachgewiesen werden muss.¹⁰⁷⁵

1279 **GATS und GATT können dabei parallel zur Anwendung kommen:**

«The second issue is whether the GATS and the GATT 1994 are mutually exclusive agreements. The GATS was not intended to deal with the same subject matter as the GATT 1994. The GATS was intended to deal with a subject matter not covered by the GATT 1994, that is, with trade in services. Thus, the GATS applies to the supply of services [...]. Given the respective scope of application of the two agreements, they may or may not overlap, depending on the nature of measures at issue. Certain measures could be found to fall exclusively within the scope of the GATT 1994, when they affect trade in goods as goods. Certain measures could be found to fall exclusively within the scope of the GATS, when they affect the supply of services of both the GATT 1994 and the GATS. These are measures that involve a service relating to a particular good or a service supplied in conjunction with a particular good [...]. Whether a certain measure affecting the supply of a service related to a particular good is scrutinized under the GATT 1994 or the GATS, or both, is a matter that can only be determined on a case-by-case basis.»¹⁰⁷⁶

1280 Der Vertragspraxis (Art. 31.3(b) WVK) wird hier also eine vorrangige Bedeutung zukommen, insbesondere in Bereichen neuer Technologien, wie im **E-Com-**

¹⁰⁷⁰ Art. I:3 (a) GATS.

¹⁰⁷¹ Vgl. Art. XXVIII a) GATS.

¹⁰⁷² Der in der deutschen Übersetzung verwendete Ausdruck «beeinträchtigen» ist irreführend, da einengend.

¹⁰⁷³ Art. XXVIII (c) GATS.

¹⁰⁷⁴ Vgl. *Ch. Pitschas* (2003), S. 510, Rz 36.

¹⁰⁷⁵ So *M. Michaelis* (2010), S. 424, unter Verweis auf EC – Bananas, AB, Abs. 41 ff. und US – Gambling, AB, Abs. 123–126, 144.

¹⁰⁷⁶ Vgl. EC-Bananas, AB, Abs. 219.

merce. Dabei zeichnet sich ab, dass primär auf die Natur der Leistung, weniger auf das Transaktionsinstrument geschaut wird. So können im Wege des E-Commerce sowohl Waren (GATT-Anwendungsbereich) als auch Dienstleistungen (GATS-Anwendungsbereich) gehandelt werden. Strittig ist die Qualifizierung digitaler Produkte. Diese werden zwar überwiegend als DL qualifiziert; einige Mitglieder mit hochentwickelten E-Commerce-Industrien möchten diese aber als Waren einstufen, da das GATT einen höheren Diskriminierungsschutz bietet.¹⁰⁷⁷

4.6 Ausübung hoheitlicher Gewalt

Gemäß Art. I.3 (b) GATS findet dieses Abkommen keine Anwendung auf DL, die **«in Ausübung hoheitlicher Gewalt»** erbracht werden. Dieses Konzept ist nicht gleichzusetzen mit «öffentlichen Dienstleistungen» oder gar mit dem ganzen Bereich der Daseinsvorsorge. Diese Bereichsausnahme ist vielmehr **eng zu definieren**. Sie umfasst jene DL, die

- weder zu kommerziellen Zwecken
- noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren DLebringern erbracht werden.¹⁰⁷⁸

Da diese Bedingungen kumulativ gegeben sein müssen, kann man davon ausgehen, dass nur der **engste hoheitliche Bereich, also Bereiche wie Justiz, Polizei oder Militär**, vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen sind und alle anderen öffentlichen Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des GATS fallen.¹⁰⁷⁹ Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, bedeutet dies aber nicht, dass damit der gesamte Versorgungssektor (Bildung, Wasser, Strom usw.) zu privatisieren und für internationale Anbieter zu öffnen wäre. Über die Regelung des Marktzugangs behalten die Mitglieder vielmehr diesbezüglich ein sehr wirksames Steuerungsinstrument.

Eine weitere Bereichsausnahme ist für den **Luftverkehr** vorgesehen.

4.7 Erste Ergebnisse

Insgesamt ist somit im GATS ein **sehr weites Dienstleistungskonzept** gewählt worden, das über das traditionelle Verständnis des Dienstleistungsbegriffs weit hinausreicht und auch Investitionsfragen (Erbringungsart 3, gewerbliche Niederlassung) und die Migrationsthematik (Erbringungsart 4, Freizügigkeit natürlicher Personen) berührt. Durch die extensive Fassung der staatlichen «Maßnahmen», die in den Anwendungsbereich des GATS-Abkommens fallen, falls sie die Dienstleistungserbringung (negativ) berühren, wurde die Tragweite dieses Abkommens

¹⁰⁷⁷ P.-T. Stoll/F. Schorkopf (2002), S. 183.

¹⁰⁷⁸ Art. I.3 (c) GATS.

¹⁰⁷⁹ M. Krajewski (2021), S. 151.

nochmals ausgedehnt. Auch die Bereichsausnahme für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben kann den Anwendungsbereich des GATS nicht wesentlich einschränken. Der zweifach geschichtete Verpflichtungscharakter hat aber den Souveränitätseinschnitt wieder stark relativiert.

5 Die verschiedenen Verpflichtungen

- 1285** Die Komplexität der Dienstleistungsmaterie sowie ihre politische und gesellschafts-politische Sensibilität haben – wie bereits angedeutet – eine spontane und umfassende Liberalisierung in diesem Bereich nicht erlaubt. Dementsprechend mussten auch die Verpflichtungen im GATS in allgemeine Verpflichtungen, die von allen WTO-Mitgliedern zu erfüllen sind, und speziellen Verpflichtungen, die auf einer eigenen, zusätzlichen Verpflichtungserklärung beruhen, unterschieden werden.
- 1286** Zu den **allgemeinen Verpflichtungen** zählen insbesondere das Meistbegünstigungsprinzip (Art. II GATS), die Transparenzverpflichtung (Art. III GATS) und die Bestimmungen über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Art. VII GATS).
- 1287** Unter den **speziellen Verpflichtungen** sind jene über den Marktzugang (Art. XVI GATS) und über die Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) hervorzuheben.
- 1288** Diese beiden Kategorien sind aber nicht völlig getrennt voneinander zu betrachten: Weitgehend entfalten sie nur im wechselseitigen Zusammenhang Wirkung.

5.1 Die Allgemeinen Verpflichtungen

5.1.1 Das Meistbegünstigungsprinzip (Art. II)

- 1289** Das Meistbegünstigungsprinzip (*Most-Favoured-Nations-Principle, MFN-Prinzip*) im Bereich der DL entspricht von der Struktur her jenem des GATT, indem es die sofortige und bedingungslose Ausweitung der günstigsten Behandlung im multilateralen Kontext verlangt. Es weist aber auch verschiedene Abweichungen auf (es begünstigt Dienstleistungen **und** Dienstleistungserbringer anderer WTO-Mitglieder) und es wird in breiterer Form durch Ausnahmen eingeengt.
- 1290** Was den Anwendungsbereich anbelangt, gilt das MFN-Prinzip:
- für alle Maßnahmen, die unter das GATS-Abkommen fallen;
 - für gleiche Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer.
- 1291** Was als gleiche (bzw. «gleichartige») DL zu qualifizieren ist, kann unter Bezugnahme auf die GATT-Rechtsprechung bestimmt werden. Der AB hat dazu das bekannte «Zieharmonika»-Bild verwendet:

«...there can be no one precise and absolute definition of what is <like>. The concept of <likeness> is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordions of <likeness> stretches and squeezes in different places as different provisions of the WTO Agreement are applied.»¹⁰⁸⁰

Die «Gleichartigkeit» ist also fallbezogen zu bestimmen, wobei eine Fülle von Kriterien herangezogen werden kann.¹⁰⁸¹ **1292**

- Primär ist auf die Erbringungsart abzustellen. Nur DL derselben Erbringungsart können vergleichbar sein.
- Des Weiteren kann auf die Services Sectoral Classification List (SSCL) Bezug genommen werden.
- Von fundamentaler Bedeutung ist schließlich die Frage, ob die betreffenden DL in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen. Dabei ist auf die Gewohnheiten und Präferenzen der Konsumenten abzustellen, auf die Frage, ob sie die betreffende DL als austauschbar ansehen.

Das MFN-Prinzip verbietet also Diskriminierung, wobei sowohl rechtliche als auch faktische Diskriminierung untersagt ist. **1293**

Das MFN-Prinzip kennt allerdings auch **Ausnahmen:**

1294

Mitglieder können einzelne Handelsvorteile, die sie anderen Mitgliedern gewährt haben, durch Eintragung in sog. **Negativlisten** von der **Meistbegünstigungsverpflichtung ausnehmen** (Art. II.2 GATS). Diese Eintragung hatte zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der WTO bzw. des Beitritts zu erfolgen, sollte nicht länger als 10 Jahre in Kraft bleiben und ist periodisch zu überprüfen. Die Zahl der Ausnahmen ist nicht beschränkt. Von dieser Ausnahme wurde umfassend Gebrauch gemacht, insbesondere in den Bereichen Seetransport, audiovisuelle Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen.¹⁰⁸² Treibende Kraft hinter dieser Ausnahmeregelung waren die USA, die damit der Gefahr des Trittbrettfahrertums begegnen wollten.¹⁰⁸³

Diese Regelung wird häufig kritisiert, auch da die 10-Jahres-Frist systematisch nicht eingehalten und die ursprünglichen Ausnahmen durchgehend noch in Kraft sind. Es wird von anderer Seite aber auch darauf verwiesen, dass die Existenz von Ausnahmeregelungen in einem derart heiklen Bereich wie jenem der DL von grundlegender Bedeutung ist und die Auffassung vertreten, dass diese Ausnahme zu eng gefasst sei.¹⁰⁸⁴ **1295**

Die übrigen Ausnahmen vom MFN-Prinzip im GATS haben (noch) eine geringere Tragweite. Gemäß **Art. V GATS** und **V^{bis} GATS** können WTO-Mitglieder **wirtschaftliche Integrationszonen** begründen bzw. **Abkommen über integrierte** **1296**

¹⁰⁸⁰ Japan – Alcoholic Beverages, Abs. 114.

¹⁰⁸¹ Vgl. dazu im Detail *R. Wolfrum*, Art. II, in: Wolfrum et al. (Hrsg.), 2008, Abs. 52 ff.

¹⁰⁸² *M. Michaelis* (2010), S. 435, Abs. 77.

¹⁰⁸³ *Ch. Pitschas* (2003), S. 516, Abs. 58.

¹⁰⁸⁴ *A. Adlung/A. Carzaniga* (2009).

Arbeitsmärkte schließen. Aufgrund der Neuigkeit dieser Materie, ist diese Möglichkeit erst in den letzten Jahren erkundet und genutzt worden ist.

1297 Art. II.3 GATS erlaubt des Weiteren die Einführung von **Begünstigungen im kleinen Grenzverkehr**, «um, beschränkt auf unmittelbare Grenzgebiete, den Austausch von örtlich erbrachten Dienstleistungen zu erleichtern.»

1298 Nicht dem MFN-Gebot unterliegen auch die **Verpflichtungen aus Doppelbesteuerungsabkommen** (Art. XIV (e) GATS).

1299 Was die Position der **Entwicklungsländer** im GATS anbelangt, enthält die Präambel dieses Abkommens nur generelle Bekundungen. Das GATS sieht für die Drittweltstaaten – im Gegensatz zu Teil IV des GATT – kein «special and differential treatment» vor. Das Ziel des GATS ist nach Art. IV allein der vermehrte Einbezug und die zunehmende Beteiligung dieser Länder am weltweiten Dienstleistungshandel.

1300 Die Verbesserung der Marktsituation der Entwicklungsländer soll über eine weitere Öffnung und Liberalisierung der Märkte der Industriestaaten erfolgen. Drei Förderungsbereiche stehen im Vordergrund:

- Die Stärkung der inländischen Dienstleistungswirtschaft in wirtschaftlich schwächeren Ländern durch den erleichterten Zugang zur Technologie der Industriestaaten.
- Die Verbesserung der Absatzwege für Dienstleistungen aus den wirtschaftlich schwächeren Staaten in die wohlhabenderen Länder.
- Die Öffnung der Dienstleistungsmärkte der Industriestaaten für die Exporte der Entwicklungsländer. Der Vertrag fordert die Industriestaaten auf, diesbezügliche Abmachungen mit den wirtschaftlich schwächeren Handelspartnern zu vereinbaren.

1301 Das GATS verpflichtete die Industriestaaten, innerhalb von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten des WTO-Vertragswerks Informations- und Kontaktstellen für die Dienstleistungsanbieter aus den Entwicklungsländern einzurichten. Die Schaffung dieser Stellen erfolgte in der Absicht, die Absatzmöglichkeiten von Dienstleistungen aus der Dritten Welt in den Industriestaaten zu verbessern sowie die berufliche Qualität der Dienstleistungserbringer der Entwicklungsländer und deren Anerkennung in den Industriestaaten anzuheben. Grundsätzlich ging es damals den Industriestaaten darum, die Entwicklungsländer von der Meistbegünstigungs- und Inlandgleichbehandlungs-Pflicht etwas zu entbinden. In diesem Sinne haben die Minister an der zehnten **Konferenz in Nairobi 2015** die **geltenden «Waiver» zugunsten der am geringsten entwickelten Länder (LDCs) bis ins Jahr 2030 verlängert.**¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸⁵ Es handelt sich um die «Waiver» von 2011 mit einer Geltungsdauer von 15 Jahren, deren Auslaufen von 2026 auf 2030 erstreckt wurde. Vgl. WTO (2016), Annual Report 2016, Genf, S. 38.

5.1.2 Die Transparenzverpflichtung (Art. III GATS)

Der Transparenzverpflichtung kommt im GATS eine herausragende Rolle zu.¹⁰⁸⁶ Sie hat eine wichtige instrumentale Funktion und soll die Voraussetzungen schaffen, damit dieses komplexe Regelwerk, das eng vernetzt ist mit nationalen Reglementierungen, überhaupt zur Anwendung kommen kann. Demzufolge haben die Mitglieder sowohl die bestehenden als auch die neu eingeführten Regelungen (nationale Bestimmungen und v. Verträge), welche die Anwendung des GATS-Abkommens betreffen, zu veröffentlichen und auch auf Auskunftersuchen anderer Mitglieder zu antworten.

1302

5.1.3 Anerkennung von Berufsqualifikationen (Art. VII GATS)

Die Anerkennung von Berufsqualifikationen, von Genehmigungen und Beglaubigungen sowie von bereits erfüllten berufsbezogenen Anforderungen zwischen den WTO-Mitgliedern kann den Handel mit DL erheblich erleichtern. Es handelt sich hierbei aber um einen äußerst heiklen Bereich, der potenziell tief in die nationale Regulierungsautonomie eingreift. Deshalb werden den Mitgliedern diesbezüglich auch keine unmittelbaren Pflichten auferlegt, sondern allein das Gebot, in diesem Bereich diskriminierungsfrei vorzugehen (Art. VII.3), begleitet von der Aufforderung, die wechselseitige Anerkennung «soweit wie möglich auf multilateral vereinbarte Kriterien» abzustützen (VII.5).

1303

5.2 Die speziellen Verpflichtungen

5.2.1 Marktzugang (Market Access – Art. XVI GATS)

Unabhängig von den oben erwähnten allgemeinen Verpflichtungen, denen die Mitglieder auf jeden Fall nachzukommen haben, wird ein Handel mit DL nach Maßgabe des GATS erst im Wege der Übernahme spezifischer Verpflichtungen eröffnet. Die **Marktöffnung erfolgt also nicht automatisch**, sondern über die **Eintragung von Verpflichtungen** in eigene Listen, die wiederum nach **Sektoren, Subsektoren und Erbringungsarten** gegliedert werden. Es handelt sich somit nicht um eine sektorenübergreifende Marktöffnung, sondern um einen Positiv-Listen-Ansatz. Wurde eine entsprechende Verpflichtung übernommen, so sind die in Art. XVI.2 GATS abschließend angeführten Maßnahmen untersagt, außer es wurde eine entsprechende Ausnahme in die Listen eingetragen.

1304

Art. XVI.2 verbietet folgende Maßnahmen:

1305

- a) Beschränkungen der **Anzahl der Dienstleistungserbringer** in Form von zahlenmäßigen Quoten, Monopolen oder Dienstleistungserbringern mit aus-

¹⁰⁸⁶ Zum Transparenzprinzip im WTO-Recht vgl. P. Hilpold (1999) und P. Delimatsis (2013).

schließlichsten Rechten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;

- b) Beschränkungen des **Gesamtwertes der Dienstleistungsgeschäfte** oder des Betriebsvermögens in Form zahlenmäßiger Quoten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;
- c) Beschränkungen der **Gesamtzahl der Dienstleistungen** oder des **Gesamtvolumens** erbrachter Dienstleistungen durch Festsetzung zahlenmäßiger Einheiten in Form von Quoten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;
- d) Beschränkungen der **Gesamtzahl natürlicher Personen**, die in einem bestimmten Dienstleistungssektor beschäftigt werden dürfen oder die ein Dienstleistungserbringer beschäftigen darf und die zur Erbringung einer spezifischen Dienstleistung erforderlich sind und in direktem Zusammenhang damit stehen, in Form zahlenmäßiger Quoten oder des Erfordernisses einer wirtschaftlichen Bedürfnisprüfung;
- e) Maßnahmen, die **bestimmte Arten rechtlicher Unternehmensformen** oder von Gemeinschaftsunternehmen beschränken oder vorschreiben, durch die ein Dienstleistungserbringer eine Dienstleistung erbringen darf, und
- f) Beschränkungen der **Beteiligung ausländischen Kapitals** durch Festsetzung einer prozentualen Höchstgrenze für die ausländische Beteiligung oder für den Gesamtwert einzelner oder zusammengefasster ausländischer Investitionen.

1306 Art. XVI.2 GATS enthält somit überwiegend quantitative Beschränkungsverbote (Ausnahme: lit e). Obwohl diese Auflistung an und für sich abschließend ist, wurde die Bindung der DL-Erbringung an die eigene Staatsbürgerschaft sowie das regulative Verbot der Erbringung einer Leistung (*in US – Gambling and Betting*) als sog. Nullquote und damit als verbotene quantitative Beschränkung ausgelegt.¹⁰⁸⁷

5.2.2 Inländerbehandlung (*National Treatment* – Art. XVII GATS)

1307 Gleich wie der Marktzugang **setzt die Verpflichtung zur Inländerbehandlung die Übernahme spezifischer Verpflichtungen voraus**. Die Inländerbehandlung greift auch dann nicht, wenn das Mitglied entsprechende Ausnahmen in die Listen eingetragen hat. Das Gebot der Inländerbehandlung ist – wie im Kontext des Warenverkehrs – binnengerichtet: Ist der Marktzugang eröffnet, dann darf ausländischen DL oder DL-Erbringern keine weniger günstige Behandlung gewährt werden als gleichartigen inländischen DL oder DL-Erbringern. Eine formal unterschiedliche Behandlung ist unproblematisch, solange keine faktische Diskriminierung vorliegt.¹⁰⁸⁸ Entscheidend ist, dass die Wettbewerbsbedingungen nicht verändert werden, dass ein «level playing field» vorliegt.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁷ Vgl. M. Krajewski (2021), S. 142.

¹⁰⁸⁸ Ch. Pitschas (2003), S. 534.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

Eine Ausnahme vom Gebot der Inländerbehandlung gilt für **steuerliche Maßnahmen**, «vorausgesetzt, das Ziel der unterschiedlichen Behandlung besteht darin, eine gerechte oder wirksame Festsetzung oder Erhebung direkter Steuern in Bezug auf Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer anderer Mitgliedstaaten zu gewährleisten» (Art. XIV (d) GATS). Was als «gerechte Besteuerung» anzusehen ist, definieren Steuersysteme bekanntlich primär aus einer nationalen Perspektive. Demzufolge sind Vorrechte und Befreiungen häufig Ansässigen vorbehalten. Die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung wird in Anbetracht der Bedeutung, welche die Mitglieder einer souveränen steuerrechtlichen Regelungsautonomie beimessen, hingenommen.¹⁰⁹⁰ **1308**

5.2.3 Die Listen der spezifischen Zugeständnisse (Art. XX GATS)

Die verschiedenen Verpflichtungen sind **in eigene Listen aufzunehmen**, die einen integrierenden Bestandteil des GATS-Abkommens bilden. Die vielfältigen Differenzierungsmöglichkeiten in Bezug auf die zu übernehmenden Verpflichtungen sowie die Möglichkeit, verschiedene Ausnahmen einzufügen, spiegeln sich auch in der Gestalt dieser Listen wider. **1309**

So ist einmal nach Sektoren und Subsektoren zu unterscheiden. Diesbezüglich ist dann – differenziert nach den vier Erbringungsarten¹⁰⁹¹ – die Reichweite von Marktzugang und Inländerbehandlung zu bestimmen. Eventuell können auch über Marktzugang und Inländerbehandlung hinaus weitere Verpflichtungen übernommen werden, die dann nach dem MFN-Prinzip auch allen übrigen Mitgliedern zu gewähren sind.¹⁰⁹² **1310**

Trägt das Mitglied den Terminus «none» ein, so besteht im jeweiligen Bereich keine Beschränkung. «Unbound» bedeutet wiederum, dass im jeweiligen Bereich keine Verpflichtung besteht. **1311**

Zudem kann ein Mitglied auch sog. «horizontale» Verpflichtungen bzw. Einschränkungen («horizontal commitments») eingehen. Diese gelten auch für jene Sektoren, für welche keine Verpflichtungen eingegangen worden sind («unbound»), außer es wurde eine entsprechende Ausnahme in die Liste aufgenommen. **1312**

¹⁰⁹⁰ Welche Maßnahmen in diesem Zusammenhang zulässig erscheinen, wird in Fußnote 6 zu Art. XIV GATS definiert.

¹⁰⁹¹ Dabei wird die jeweilige Zahl (1 – 4) der Erbringungsart vermerkt.

¹⁰⁹² Bislang ist von dieser Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht worden. Die entsprechenden Verpflichtungen wären in die vierte Spalte der Verpflichtungslisten einzutragen.

6 Die Ausnahmen

6.1 Allgemeine Ausnahmen (Art. XIV GATS) und Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit (Art. XIV^{bis} GATS)

- 1313** Diese beiden Bestimmungen sind Art. XX und Art. XXI GATT nachgebildet, wenngleich es auch mehrere nicht unerhebliche Unterschiede gibt.
- 1314** Art. XIV nennt **drei zentrale Tatbestände**, die als allgemeine Ausnahmen geltend gemacht werden können:
- a) die Aufrechterhaltung von öffentlicher Moral oder der öffentlichen Ordnung
 - b) den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen
 - c) die Gewährleistung der Einhaltung von Gesetzen oder sonstigen Vorschriften, die nicht in Widerspruch zum GATS stehen.
- 1315** Beispielfhaft erwähnt Art. XIV GATS in diesem Zusammenhang die Verhinderung irreführender oder betrügerischer Geschäftspraktiken, den Datenschutz oder die Gewährung von Sicherheit («safety»).
- 1316** Art. XIV GATS enthält keinen Tatbestand, der unmittelbar für Umweltschutzmaßnahmen herangezogen werden könnte (anders als Art. XX (g) GATT, «Erhaltung erschöpflicher Naturressourcen»). Damit bietet sich eine extensive Auslegung von Art. XIV (b) an, um diese Lücke zu schließen.¹⁰⁹³
- 1317** Die zu treffenden Maßnahmen müssen **erforderlich** sein, um das genannte Ziel zu erreichen. Es darf also kein gelinderes, ebenso wirksames Instrument zur Verfügung stehen.
- 1318** Zudem dürfen diese Maßnahmen zu **keiner willkürlichen oder unberechtigten Diskriminierung** bzw. zu einer **verschleierte Handelsbeschränkung** führen (chapeau).
- 1319** Die Anwendung solcher Maßnahmen erfolgt also über einen **dreistufigen Prüfprozess**: Tatbestandsbestimmung, Erforderlichkeitsnachweis, diskriminierungsfreie Anwendung.
- 1320** In «US – Gambling and Betting» hat der AB diesen Prüfprozess folgendermaßen beschrieben:

«Article XIV of the GATS, like Article XX of the GATT 1994, contemplates a <two-tier analysis> of a measure that a Member seeks to justify under that provision. A panel should first determine whether the challenged measure falls within the scope of one of the paragraphs of Article XIV. This requires that the challenged measure address the particular interest specified in that paragraph and that there be a sufficient nexus between the measure and the interest protected. The required nexus – or <degree of connection> – between the measure and the interest is specified in the language of the paragraphs themselves, through the use of terms such as <relating to> and <necessary to>. Where the challenged measure has been found to fall within one of the paragraphs of Article XIV, a panel should then consider whether that measure satisfies the requirements of the chapeau of Article XIV.» (Ibid., Abs. 292).

¹⁰⁹³ Th. Cottier/P. Delimatsis/N. Diebold, in: Wolfrum et al. (2008), S. 304.

Die Sicherheitsausnahme in Art. XIV^{bis} GATS entspricht weitgehend jener in Art. XXI GATT. 1321

6.2 Spezifische Ausnahmen

Das GATS enthält eine Reihe von weiteren Ausnahmen für spezifische Sachverhalte. So können gemäß **Art. XII GATS Beschränkungen zum Schutz der Zahlungsbilanz** eingeführt (oder beibehalten) werden, wobei dafür aber sehr strenge Bedingungen gelten: 1322

- Anwendungsvoraussetzungen sind indes. «bestehende oder drohende schwerwiegende Zahlungsbilanzstörungen oder extreme Zahlungsbilanzschwierigkeiten».
- Die Anwendung der Maßnahmen hat in nichtdiskriminierender Form und befristet zu erfolgen.

Das öffentliche Beschaffungswesen ist bekanntlich von besonderer Sensibilität und wurde dementsprechend in einem plurilateralen Abkommen geregelt. Auf dieser Grundlage wird dieser Bereich von der Anwendung des GATS-Abkommens weitgehend ausgenommen (Art. XIII GATS). 1323

7 Die regulatorische Autonomie und ihre Grenzen

Der DL-Bereich ist national regelmäßig stark reglementiert. Das Bestehen eines **legitimen nationalen Regulierungsinteresses** kann nicht in Zweifel gezogen werden und die Aufnahme des DL-Bereichs in das WTO-Recht konnte nur unter Berücksichtigung dieses Umstandes gelingen. Dies kommt auch deutlich in der **Präambel** des GATS-Abkommens zum Ausdruck: 1324

«In Anerkennung des Rechts der Mitglieder, die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen, um ihre nationalen politischen Ziele zu erreichen, ...»

Damit ist aber auch eine **erhebliche Missbrauchsgefahr** verbunden. Deshalb mussten der Regulierungsautonomie Grenzen gesetzt werden, damit die Liberalisierungsmaßnahmen durch faktische Beschränkungen und trotz formaler Einräumung von Meistbegünstigung, Marktzugang und Inländerbehandlung nicht wieder zunichte gemacht werden. Zu diesem Zwecke **setzt Art. VI GATS** der nationalen Regulierungsautonomie **Grenzen**: 1325

- So sind allgemein geltende Maßnahmen **«angemessen, objektiv und unparteiisch anzuwenden»**. Dazu haben die Mitglieder auch Instanzen einzurichten, vor welchen entsprechende Verwaltungsentscheidungen überprüft werden können.
- Genehmigungsverfahren sind **innerhalb angemessener Fristen abzuwickeln**.

- Es ist die Erarbeitung von sog. **«Disziplinen»** vorgesehen, um sicherzustellen, *«dass Maßnahmen, die Qualifikationserfordernisse und -verfahren, technische Normen und Zulassungserfordernisse betreffen, keine unnötigen Hemmnisse für den Handel mit Dienstleistungen darstellen»* (Art. VI.4 GATS).

1326 Diese Disziplinen werden vom GATS-Rat erarbeitet und erscheinen insbesondere in Sektoren mit hohem technischem Regulierungsbedarf sinnvoll. Bislang wurden allein Disziplinen für Wirtschaftsprüfungs-DL erstellt.¹⁰⁹⁴

1327 Solange diese Disziplinen noch nicht bestehen, ist auf jeden Fall die **Zunichtemachung oder Beeinträchtigung von spezifischen Verpflichtungen** durch Zulassungs- und Qualifikationserfordernisse oder technische Normen **auszuschließen** (Art. VI.5 GATS).

8 Fortschreitende Liberalisierung (Art. XIX GATS)

1328 Allgemein wird die Auffassung vertreten, dass das **GATS nicht unmittelbar zur Öffnung des DL-Marktes beigetragen hat**. Die Zugeständnisse schreiben weitgehend allein den in diesem Bereich bereits erreichten Liberalisierungsstand fest (*«standstill»*),¹⁰⁹⁵ z.T. liegen sie sogar darunter, die effektive Liberalisierung geht also über die gegebenen Verpflichtungen hinaus. Die zentrale Errungenschaft, die mit dem GATS einhergeht, besteht also in erster Linie in der **Einrichtung eines Rahmenwerkes, das Transparenz und Rechtssicherheit (auch über den Streitbeilegungsmechanismus) schafft** sowie in der Begründung eines **geordneten Verhandlungsmechanismus** zur weiteren Öffnung der nationalen DL-Märkte. Auf diese fortschreitende Liberalisierung verweist Art. XIX GATS: Danach sollten spätestens im Jahr 2000 Verhandlungen über eine weitere Marktöffnung beginnen. Regelmäßig sollten weitere Verhandlungsrunden folgen. Die sog. *«GATS-2000»*-Verhandlungen wurden tatsächlich zeitgerecht begonnen, haben aber bislang keine greifbaren Ergebnisse erbracht, was auch mit dem weitgehenden Stillstand der Doha-Runde bzw. ihres Scheiterns zusammenhängt.

1329 Wird gegenwärtig die Öffnung der Dienstleistungsmärkte im Wesentlichen über die wechselseitige schrittweise Aushandlung von Liberalisierungsmaßnahmen betrieben, so wäre eine pauschale Öffnung mit genereller Harmonisierung der Standards, so wie dies in der EU geschieht, weit wirksamer.¹⁰⁹⁶ Das EU-Beispiel lässt sich aber kaum auf die multilaterale Ebene übertragen, da dort die Schaffung einheitlicher Standard und ihre Kontrolle nicht in vergleichbarer Form möglich sind.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁴ Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, WTO, S/L/63 v. 15.12.1998.

¹⁰⁹⁵ P. Van den Bossche/N. Prévost (2021), S. 100.

¹⁰⁹⁶ M. Trebilcock/J. Trachtman (2020), 143.

¹⁰⁹⁷ Ibid.

9 Spezielle Sektoren

Ist das DL-Konzept insgesamt schon ein sehr heterogenes, so **werfen einzelne DL-Sektoren ganz besondere Fragen auf**, die eigene Regelungen erforderlich machen bzw. für anhaltende Diskussionen sorgen. Es sind dies: **1330**

- die Finanz-DL
- die Telekommunikation
- die See- und Lufttransport-DL
- der Bildungssektor

Für die drei erstgenannten Sektoren konnte am Ende der Uruguay-Runde noch kein zufriedenstellendes Ergebnis erzielt werden. Weitere Verhandlungen erbrachten insbesondere im Bereich der Finanz-DL und der Telekommunikation erste Ergebnisse. Diese mussten nachträglich in das GATS-Rahmenwerk eingebaut bzw. mit diesem vernetzt werden, was zu einer erheblichen Komplexität in diesen Bereichen führte. **1331**

Folgende Instrumente wurden dabei gewählt: **1332**

- Anlagen («*annexes*»)

Die Anlagen bilden einen integrierenden Bestandteil des GATS (Art. XXIX) und erweitern oder verengen materienspezifisch dessen Inhalt in Bezug auf einzelne Verpflichtungen.¹⁰⁹⁸ Es handelt sich somit um Vertragsspezifikationen, die das Rahmenwerk überlagern.

- Protokolle («*protocols*»)

Die Protokolle beziehen sich dagegen auf die Verpflichtungslisten und aktualisieren diese für einzelne Mitglieder.¹⁰⁹⁹

- Sui generis-Vereinbarungen ohne unmittelbaren Verpflichtungscharakter¹¹⁰⁰

Angesichts der schwierigen Konsensfindung in dieser politisch heiklen und technisch komplexen Materie erschien es angezeigt, **Modelllösungen ohne unmittelbaren Verpflichtungscharakter** zu entwickeln, die dann sukzessive in «hartes» Recht überführt werden konnten. Zwei Texte sind diesbezüglich verfasst worden: die Vereinbarung über Verpflichtungen im Bereich der Finanzdienstleistungen («*Understanding on Commitments in Financial Services*») sowie das Referenzpapier zu Basiskommunikationsdienstleistungen («*Reference paper on Basis Telecommunication Services*»). **1333**

In Bezug auf die Telekommunikationsdienstleistungen wurde besonderes Augenmerk darauf gelegt, einen angemessenen und diskriminierungsfreien Zu- **1334**

¹⁰⁹⁸ Vgl. J. Hernekamp (2010), S. 453.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

gang zu den betreffenden Netzen und Diensten zu gewähren, auch da diese eine immer wichtiger werden Infrastruktur für den Handel insgesamt darstellen.¹¹⁰¹

- 1335** Was die Finanzdienstleistungen anbelangt, wurde diese umfassend definiert und durch eine Standstill-Verpflichtung sichergestellt, dass der erreichte Liberalisierungsstand nicht wieder zurückgenommen darf.¹¹⁰² Die international stark divergierenden Regulierungsstandard erfordern für weitere Liberalisierungsschritte aufwändige Verhandlungen.

10 TISA – ein (gescheiterter) Versuch zur Neubelebung der Verhandlungen

- 1336** Im Jahr 2012 wurden die Verhandlungen über eine weitere Liberalisierung des Dienstleistungshandels auf Initiative der USA neu aufgenommen. Die diesbezüglichen Bemühungen wurden **2016 erfolglos beendet**. Die Eckpunkte des dabei ins Auge gefassten «Trade in Services Agreement» könnten aber als richtungsweisend angesehen werden für zukünftige Verhandlungen.

- 1337** Geplant war die Schaffung eines plurilateralen Rahmens, der nachfolgend in das multilaterale System überführt werden sollte.

- 1338** Die Partner des TISA-Projekts («Really Good Friends», nach einer Eigenqualifikation) verfolgten das Ziel, die Kernelemente des GATS, das Meistbegünstigungs- und Inländerprinzip zu übernehmen, deren Anwendung indessen neu zu definieren, insbesondere im Hinblick auf die strikte Beachtung des MFN-Prinzips und den Abbau der «Negativlisten» sowie in Bezug auf die Einhaltung des Inländerprinzips unter Abschaffung der «Positivlisten». Zur Diskussion standen in diesem Zusammenhang auch die Mechanismen wie die «Standstill-Klausel» und die «Sperrklinken-Klausel» («Ratchet»). Die «Standstill-Klausel» verlangt, dass künftige Zugeständnisse mindestens den Verpflichtungen der GATS-Rechtslage entsprechen und eine Verringerung der bisherigen Liberalisierungszugeständnisse verhindern. Die «Ratchet-Klausel» besagt, dass ein Vertragspartner gemachte Zugeständnisse nach Abschluss der Vereinbarung nicht zurücknehmen darf. Analog zum GATS sah auch das TISA die Möglichkeit von sektorspezifischen Vorbehalten zu «Standstill» und «Ratchet» vor. Weitere Verhandlungsthemen waren die verstärkte Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen wie Bank- und Versicherungsgeschäften, die zwischenstaatliche Öffnung des Arbeitsmarktes, des Gesundheitswesens, der Transportleistungen, der juristischen Dienste, der technischen Dienste wie Internetversorgung, elektronische Transaktionen, städtebauliche Leistungen und Bildungsleistungen. Das zur Diskussion stehende Abkommen hätte rund 70 Prozent der weltweiten Dienstleistungswirtschaft erfasst. Es war

¹¹⁰¹ M. Krajewski (2021), S. 148 f.

¹¹⁰² W. Weiß/Ch. Ohler/M. Bungenberg (2022), S. 363.

vorgesehen, das TISA im Sinne des Art. V GATS in Form eines Präferenz- bzw. Freihandelsabkommens zwischen GATS-Mitgliedern auszuhandeln, wobei nach Art. V.4 GATS darauf zu achten sei, «dass der Handel zwischen den Parteien erleichtert und für Mitglieder, die der Vereinbarung nicht angehören, das allgemeine Ausmaß der Handelshemmnisse für Dienstleistungen in den jeweiligen Bereichen oder Teilbereichen gegenüber dem vor Abschluss der Vereinbarung geltenden Ausmaß nicht erhöht wird».

