

Es ergeben sich drei Hauptschlussfolgerungen aus dem Rechtsgutachten von Prof. Mathias-Charles Krafft:

- Prof. Krafft stellt fest, dass über die Auswirkungen der GATS-Regeln, denen die Schweiz im Bereich Bildung bereits zugestimmt hat, noch viele Ungewissheiten bestehen. Es lässt sich **nicht voraussagen, ob diese Verpflichtungen Auswirkungen auf die Begriffe des Service public und der öffentlichen Subventionen** haben, wie sie in den Kantonen gehandhabt werden. Diesbezüglich findet Prof. Krafft die Vorbehalte und offenen Fragen der EDK voll berechtigt.
- Zur Frage, ob unerwünschte Auswirkungen vermeidbar oder abschwächbar wären, meint Prof. Krafft, dass es unrealistisch sei, dass der Bundesrat über die Bereinigung der Liste der spezifischen Verpflichtungen – wie sie im Artikel XXI vorgesehen sind – verhandeln könne. Abgesehen davon, ob es politisch opportun ist, sei dieses Verfahren sehr komplex und würde Kompensationen mit anderen Bereichen nach sich ziehen (z.B. in der Landwirtschaft oder im Telekommunikationswesen). Folglich muss davon ausgegangen werden, **dass die von der Schweiz in der Uruguay-Runde eingegangenen Verpflichtungen definitiv sind.**
- In Anbetracht dieser Lage, macht Prof. Krafft erste Vorschläge für die kommenden Verhandlungen der Doha-Runde. Die Schweiz könnte eine „Interpretations-Erklärung“ („Déclaration interprétative“) formulieren, um die Tragweite der eingegangenen Verpflichtungen im Bereich Bildung zu spezifizieren und aus ihrer Sicht zu präzisieren. Die Eröffnung einer neuen Verhandlungsrunde beim GATS bietet der Schweiz die entsprechende Gelegenheit. Nach Prof. Krafft gibt es zwei Möglichkeiten, um eine solche „Interpretations-Erklärung“ zu erwirken: entweder über den politischen Weg der Europäischen Kommission, indem ein Vorstoss international erfolgt, oder auf dem rechtlichen Weg, der sich auf die Wiener Konvention des Vertragsrechtes abstützt.

Deutsche Übersetzung der französischen Originalversion

**Geltungsbereich der von der Schweiz im Rahmen des GATS
eingegangenen Verpflichtungen und ihre Auswirkungen auf
das schweizerische Bildungssystem**

Bericht zuhanden des

Eidgenössischen Departements des Innern

und der

Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren

erstellt von

Mathias-Charles Krafft,

ehemaligem Direktor der Direktion für Völkerrecht des EDA und
Honorarprofessor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Lausanne

Februar 2003

Inhaltsverzeichnis

<u>A)</u>	<u>Einleitung</u>	3
	I	
	<u>Das GATS und seine Merkmale im Rahmen der Welthandelsorganisation WTO</u>	3
	II	
	<u>Regeln zur Auslegung des GATS</u>	7
	III	
	<u>Die Änderung der Liste der spezifischen Verpflichtungen</u>	8
<u>B)</u>	<u>Beantwortung der Fragen des Eidgenössischen Departements des Innern und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren</u>	11
	I	
	<u>Welche Bedeutung und Auswirkungen haben die bereits 1994 von der Schweiz im Rahmen des GATS eingegangenen Verpflichtungen im Bildungsbereich, namentlich im Hinblick auf die obligatorische Schule, die Sekundarstufe II und die Tertiärstufe?</u>	11
	II	
	<u>Wie lassen sich unerwünschte Auswirkungen dieser Verpflichtungen verhindern und/oder abschwächen?</u>	26
	III	
	<u>Werden der Begriff des Service public und das System der öffentlichen Subventionen im Bildungsbereich durch die Regeln des GATS tangiert und in Frage gestellt (könnten die einschlägigen kantonalen und eidgenössischen Gesetze als «Handelshemmnisse» aufgefasst werden)?</u>	36
	IV	
	<u>Welche Rechtswirkung besitzt das GATS gegenüber anderen multilateralen oder bilateralen Instrumenten (Abkommen / Konventionen / Erklärungen, z. B. Abkommen mit den Nachbarländern über die gegenseitige Anerkennung von Bildungsleistungen im Hochschulbereich, Konvention von Lissabon, Erklärung von Bologna)? Wie wirkt sich das GATS auf die Gültigkeit dieser Instrumente aus, d. h. wird ihre Gültigkeit in bestimmten Belangen eingeschränkt? Ist beispielsweise die Meistbegünstigungsklausel auf Abkommen über gegenseitige Anerkennung von Bildungsleistungen anwendbar?</u>	43
<u>C)</u>	<u>Zusammenfassung und allgemeine Schlussfolgerungen</u>	49
<u>D)</u>	<u>Anhänge</u>	56
	<u>Spezifische Verpflichtungen der Schweiz im Bildungssektor</u>	56
	<u>Literaturverzeichnis</u>	Fehler! Textmarke nicht definiert.

A) Einleitung

I

Das GATS und seine Merkmale im Rahmen der Welthandelsorganisation WTO

1. Mit dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen GATS (*General Agreement on Trade in Services*) wird die Dienstleistungswirtschaft erstmals umfassend ins multilaterale Regelsystem des Welthandels eingebunden¹. Das GATS bildet einen integralen Bestandteil des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO)². Das Abkommen stellt, neben dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT)³ und dem Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum⁴, einen der drei Trappfeiler der WTO dar. Gemeinsam mit den anderen Abkommen, die zum Abschluss der multilateralen Handelsgespräche der Uruguay-Runde am 15. April 1994 in Marrakesch unterzeichnet worden waren, trat dieses Abkommen für die Schweiz am 1. Juli 1995 in Kraft.

In diesem Zusammenhang soll daran erinnert werden, dass das GATT, zumindest in der 1947 konzipierten Form, die Regulierung und Liberalisierung von Zolltarifen und Handelsschranken bezweckte, die den internationalen Warenhandel beeinträchtigen⁵. Eines der Grundprinzipien des GATT stipuliert, dass sämtliche Massnahmen an der Grenze, die Inlandswaren einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, in der Regel die Form von Zolltarifen an der Grenze anzunehmen haben, deren Höhe Gegenstand von Verhandlungen ist. Diese Verhandlungen zielen «auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und der gegenseitigen Vorteile auf eine wesentliche Herabsetzung der Zolltarife und anderer Handelsschranken und auf die Beseitigung von Diskriminierungen auf dem Gebiete des internationalen Handels»⁶ ab.

Der Dienstleistungshandel weist in dieser Hinsicht unterschiedliche Probleme auf. Der internationale Handel mit Dienstleistungen ist eine komplexe Operation⁷, die direkt mit der Freizügigkeit des Personenverkehrs, der Niederlassung, des internationalen Zahlungsverkehrs und des Kapitals verbunden ist. Diese enge Verknüpfung ist einer der Gründe, warum sich das internationale Handelsrecht, zumindest das global orientierte, lange Zeit auf den

¹ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 242. Vgl. auch Heinz Hauser / Kai-Uwe Schanz, *Das neue Gatt – Die Welthandelsordnung nach Abschluss der Uruguay-Runde*, München 1995, 2. Ausgabe, S. 191 ff; Richard Senti, *WTO – System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, Zürich 2000, S. 563 ff.

² SR 0.632.20

³ SR 0.632.21

⁴ SR 0.632.20

⁵ Vgl. zu diesem Thema die Schrift des WTO-Sekretariats *Les principes fondamentaux de l'OMC: le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence*, Dokument WT / WGTC / W / 114, 14. April 1999, S. 4 ff.

⁶ Vgl. Präambel GATT, Beweggrund 2, und Präambel des Abkommens zur Errichtung der WTO, Beweggrund 3.

⁷ Siehe zu diesem Thema: Dominique Carreau / Patrick Juillard, *Droit international économique*, 4. Ausgabe, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1998, S. 316 ff.

Warenhandel beschränkte. Die wachsende Bedeutung des Dienstleistungssektors sowohl in der Binnenwirtschaft als auch im Aussenhandel⁸ stellte die Verhandlungspartner des GATS vor die Herausforderung, innovative Möglichkeiten für eine Liberalisierung des Dienstleistungssektors zu finden. Die WTO wollte sich nicht darauf beschränken, die auf den drei zentralen Freizügigkeiten (Personen, Dienstleistungen und Kapital) basierende globale und kohärente Strategie des Gemeinschaftsrechts fortzuschreiben⁹. Der neue Ansatz gründet nun in erster Linie auf der Unterscheidung zwischen mehreren Arten der Erbringung von Dienstleistungen (siehe Ziffer 3).

2. Das GATS enthält zwei Kategorien von Bestimmungen. Bei der einen Kategorie handelt es sich um allgemeine Verpflichtungen, von denen einige für sämtliche Dienstleistungssektoren massgebend sind, beispielsweise die Meistbegünstigung (Art. II) und die Transparenz (Art. III), andere aber lediglich die in den Listen aufgeführten spezifischen Verpflichtungen eines Landes betreffen, beispielsweise Zahlungen und Überweisungen (Art. XI). Die zweite Kategorie umfasst spezifische Verpflichtungen, die ausgehandelt werden und von Mitglied zu Mitglied verschieden sind. Bei Abschluss der Verhandlungen werden die vereinbarten spezifischen Verpflichtungen in nationalen Listen festgehalten, die dem GATS als integraler Bestandteil im Anhang beigefügt werden¹⁰. Die Pflichten und Verpflichtungen, die sich aus den Bestimmungen des GATS ableiten, sind völkerrechtlich bindend und müssen von den Mitgliedern nach Treu und Glauben erfüllt werden («Pacta sunt servanda»)¹¹.
3. Der Begriff des Dienstleistungshandels wird in Artikel I Absatz 2 des GATS definiert. Der Definition zufolge muss im Dienstleistungshandel zwischen vier Arten der Erbringung unterschieden werden¹².

Die erste Art erfasst die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung, bei der die Dienstleistung in Form eines Produktes über die Grenze verschoben wird. Diese mit dem Warenhandel vergleichbare Erbringungsart gewinnt mit dem Fortschritt in der Kommunikationstechnologie auch im Dienstleistungssektor zunehmend an Bedeutung.

Die zweite Art betrifft die Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch einen ausländischen Konsumenten, der sich zu diesem Zweck in ein anderes Land begibt. Ein typisches Beispiel dafür ist der Tourismus.

Die dritte Art bildet die Erbringung einer Dienstleistung durch eine geschäftliche Niederlassung im Ausland. Der Dienstleistungshandel ist in

⁸ Zur Bedeutung des GATS für die Schweiz vgl. die in Fussnote 1 zitierte Botschaft des Bundesrates, BBl 1994 IV 275 bis 278.

⁹ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 321.

¹⁰ Vgl. *Les lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services, adoptées par le Conseil du commerce des services le 23 mars 2001*, WTO-Dokument, S / L / 92, 28. März 2001, S. 3, siehe auch: Art. XX Abs. 3 des GATS.

¹¹ Art. 26 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Juni 1990 (SR 0.111). Diese Bestimmung ist Ausdruck eines Grundprinzips des Völkergewohnheitsrechts, das in dieser Eigenschaft die Schweiz bereits vor dem Inkrafttreten des Wiener Übereinkommens in der Schweiz zur Erfüllung verpflichtete.

¹² Vgl. Botschaft des Bundesrates zitiert in Fussnote 1, BBl 1994 IV 245/246.

diesem Fall häufig mit Direktinvestitionen verbunden. Beispiele hierfür sind Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften von Banken.

Zur vierten Art zählt die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Leistungserbringer, der sich zu diesem Zwecke persönlich ins Ausland begibt. Die Dienstleistung wird in diesem Fall dank der Präsenz von natürlichen Personen aus dem Ausland erbracht.

Gemäss Artikel I des GATS bezieht sich das Abkommen grundsätzlich auf alle Dienstleistungsaktivitäten und alle Erscheinungsformen des internationalen Dienstleistungsgeschäfts. Gegenstand der sich aus dem Abkommen ergebenden Verpflichtungen sind staatliche Massnahmen auf allen Ebenen (Art. I Abs. 3 Bst. a). Der Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zufolge gelten die Bestimmungen des GATS in der Schweiz also nicht nur für den Bund, sondern auch für die Kantone und die Gemeinden, soweit diese den Marktzugang und die Ausübung von Dienstleistungsaktivitäten durch natürliche Personen regeln¹³. Nicht unter das Abkommen fallen hingegen Dienstleistungen, die vom Staat «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» (Art. I Abs. 3 Bst. b) erbracht werden. Hierzu zählen jene Dienstleistungen, die weder zu gewerblichen Zwecken noch im Wettbewerb mit anderen Anbietern erbracht werden (Art. I Abs. 3 Bst. c). Eine Interpretation dieser Ausschlussklausel folgt weiter unten im Rahmen der Betrachtung ihrer Anwendbarkeit auf die Bereiche Bildung und Ausbildung.¹⁴

4. Wie oben unter Ziffer 2 ausgeführt, enthält das GATS zwei Kategorien von Bestimmungen. Die zweite Kategorie umfasst spezifische Verpflichtungen der Mitglieder, die in den entsprechenden nationalen Listen festgehalten sind. Die Mitglieder sind verpflichtet, ihre Beschränkungen des Dienstleistungshandels hinsichtlich der unterschiedlichen Erbringungsarten (vgl. Ziffer 3) und zweier spezifischer Verpflichtungen des GATS, namentlich bezüglich des Marktzugangs (Art. XVI) und der Inländerbehandlung (Art. XVII), zu präzisieren. Der Geltungsbereich der spezifischen Verpflichtungen Marktzugang und Inländerbehandlung hängt somit einzig vom Willen der Mitgliedsstaaten ab¹⁵.

Gemäss der Richtlinien zur Erstellung der Listen der spezifischen Verpflichtungen¹⁶ verpflichtet sich ein Mitglied, die in seiner Liste aufgeführten Beschränkungen zu konsolidieren und sie nicht noch restriktiver zu gestalten. In anderen Worten: Geht ein Staat in einem bestimmten Sektor eine Verpflichtung ein, so hat er für jede Erbringungsart, die er in diesem Sektor konsolidiert, die folgenden Informationen anzugeben:

¹³ BBI 1994 IV 249.

¹⁴ Vgl. Teil B Kapitel 1 Ziffer 2.

¹⁵ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 359. Ferner legt gemäss Artikel XX des GATS jedes Mitglied in seiner Liste die spezifischen Verpflichtungen fest, die es übernimmt. Jede Liste enthält für die einzelnen Sektoren die Bestimmungen, Beschränkungen und Bedingungen für beispielsweise den Marktzugang.

¹⁶ Vgl. Fussnote 10 oben.

- die Beschränkungen für den Marktzugang, die er gegebenenfalls aufrechterhält;
- die Beschränkungen für die Inländerbehandlung, die er gegebenenfalls aufrechterhält.

Da die Listen der Mitglieder eine Quelle rechtlich bindender Verpflichtungen darstellen, muss die verwendete Terminologie einheitlich und präzise sein. Je nachdem, welche Beschränkungen im Hinblick auf den Marktzugang oder die Inländerbehandlung ein Mitglied in seine Liste aufnimmt, sind für jede Verpflichtung und jede Erbringungsweise die nachfolgenden Szenarien möglich:

- Unbeschränkte Verpflichtung:
In diesem Fall hat das Mitglied nicht die Absicht, den Marktzugang oder die Inländerbehandlung in einem Sektor und für eine Erbringungsart zu beschränken. In der entsprechenden Spalte seiner Liste erfolgt der Eintrag «None» (keine Beschränkung).
- Keine Verpflichtung:
In diesem Fall behält sich das Mitglied die Möglichkeit vor, in einem bestimmten Sektor und für eine bestimmte Erbringungsart Massnahmen einzuführen oder aufrechtzuerhalten, die mit dem Grundsatz des Marktzugangs und/oder der Inländerbehandlung nicht vereinbar sind. In der entsprechenden Spalte erfolgt der Eintrag «Unbound» (nicht konsolidiert).

Die nachfolgende vom WTO-Sekretariat erstellte Tabelle verdeutlicht das System der spezifischen Verpflichtungen.

Liste der spezifischen Verpflichtungen des Landes x

Sektor oder Untersektor	Beschränkungen des Marktzugangs	Beschränkungen der Inländerbehandlung	Zusätzliche Verpflichtungen
	1) 2) 3) 4)	1) 2) 3) 4)	
	1) 2) 3) 4)	1) 2) 3) 4)	

Legende: 1) Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung
2) Inanspruchnahme einer Dienstleistung im Ausland
3) Geschäftliche Niederlassung
4) Präsenz natürlicher Personen

Anmerkung: In der Liste muss ferner der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verpflichtungen und gegebenenfalls der Zeiträume für ihre Umsetzung vermerkt werden. Für alle zukünftigen Verpflichtungen muss der Zeitpunkt des Inkrafttretens angegeben werden.

5. Für einige Autoren ist, in Übereinstimmung mit der Präambel des Abkommens, die «fortschreitende Liberalisierung» des Dienstleistungshandels das zentrale Ziel des GATS¹⁷. Dieser Auffassung zufolge stellt das GATS einen «code de bonne conduite»¹⁸ dar, der die Mitglieder zur Umsetzung des Abkommens einlädt, um «einen stetig zunehmenden Grad der Liberalisierung des Diensthandels durch aufeinander folgende Runden multilateraler Verhandlungen zu erreichen» (Präambel des Abkommens, Beweggrund 3). Diese Zielsetzung ist folglich in einem «multilateralen Rahmen von Grundsätzen und Regeln für den Dienstleistungshandel» (Präambel des Abkommens, Beweggrund 2) umzusetzen, wobei die «Grundsätze» und «Regeln» rechtlich bindend sind und gemäss allgemein üblichen Regeln des Völkerrechts interpretiert werden (vgl. Kapitel II). Das Konzept der «fortschreitenden Liberalisierung»¹⁹ schränkt den Geltungsbereich der von den Mitgliedsstaaten des GATS eingegangenen Verpflichtungen in keiner Weise ein.

II

Regeln zur Auslegung des GATS

1. Die Beantwortung der in diesem Bericht erörterten Fragen hängt selbstverständlich weitgehend von den Regeln ab, die der Auslegung der Bestimmungen des GATS zu Grunde gelegt werden. In diesem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, dass Artikel XXIII Absatz 1 des GATS für eine Beilegung von Differenzen die Anwendung der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung vorsieht²⁰. Anlage 1 dieser Vereinbarung listet die unter die Vereinbarung fallenden Übereinkünfte auf, so auch das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen. Artikel 3 Absatz 2 der genannten Vereinbarung weist ausdrücklich darauf hin, dass die Mitglieder der WTO anerkennen, dass mit dem Streitbeilegungssystem der WTO «die Rechte und Pflichten der Mitglieder nach den unter die Vereinbarung fallenden Übereinkünften gewahrt und die bestehenden Bestimmungen dieser Übereinkünfte gemäss den üblichen Regeln für die Auslegung des Völkerrechts geklärt werden sollen».
2. Diese üblichen Regeln sind im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge²¹ kodifiziert, das in Artikel 31 die «Allgemeine Auslegungsregel»²²

¹⁷ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 364.

¹⁸ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 339.

¹⁹ Vgl. auch die in Fussnote 1 zitierte Botschaft des Bundesrates, BBl 1994 IV 276. Das Konzept der «fortschreitenden Liberalisierung» muss allerdings deutlich von dem «flexiblen» Charakter der Bestimmungen des GATS unterschieden werden, auf den der Bundesrat in seiner Antwort vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer vom 20. März 2002 klar hinweist.

²⁰ SR 0.632.20

²¹ Vgl. Fussnote 11 oben.

²² Vergleiche hierzu: Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2. Ausgabe, Presses universitaires de France, Paris 1985, S. 83 ff. Vergleiche ebenfalls die Veröffentlichung des WTO-Sekretariats *The WTO Dispute Settlement Procedures – A Collection of the Relevant Legal Texts*, Cambridge University Press, WTO 2001.

definiert. Artikel 31 Absatz 1 des Übereinkommens legt fest: «Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.» Im Völkerrecht ist folglich die Treue zum Vertragstext die «règle cardinale de toute interprétation»²³, und der Begriff Zusammenhang umfasst ausser dem Vertragwortlaut samt Präambel und Anlagen auch «jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde.»

3. Artikel 17 der in Ziffer 1 erwähnten Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung sieht die Einrichtung eines Ständigen Einspruchs-gremiums vor, das sich mit Einsprüchen aus Verfahren von Sondergruppen befasst («panels»). In der Praxis bezieht sich dieses Organ des GATT²⁴ in erster Linie auf Artikel 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge und wacht darüber, dass der Auslegungsprozess²⁵ auf den Bestimmungen des Übereinkommens basiert. Ein Grundsatz für die Auslegung eines Vertrages, der sich aus der Allgemeinen Auslegungsregel gemäss Artikel 31 ergibt, ist jener der Nützlichkeit. Ferner muss die Auslegung allen Bestimmungen eines Vertrages einen Sinn und eine Wirkung verleihen: «un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité»²⁶. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass diese Grundsätze nicht auch auf die Auslegung des GATS Anwendung finden²⁷.

III

Die Änderung der Liste der spezifischen Verpflichtungen

1. Wie oben bereits erwähnt (vgl. Kapitel I Ziffer 4), stellt die nationale Liste eine Zusammenfassung der unterschiedlichen spezifischen Verpflichtungen dar, die ein Mitglied des GATS nach Abschluss der Verhandlungen über die Liberalisierung des Dienstleistungshandels eingeht. Die Listen haben zwar die gleiche Rechtswirkung wie ein völkerrechtlicher Vertrag, sind aber insofern weniger rigide²⁸, als sie nicht definitiv sind und im Bedarfsfall modifiziert

²³ Paul Reuter, a.a.O., S. 85.

²⁴ Eine Rechtsprechung in Bezug auf das GATS ist dem Autor nicht bekannt. Artikel XXI des Allgemeinen Abkommens sieht unter anderem ein Schiedsverfahren im Falle eines Streites um die Änderung der Listen vor.

²⁵ Vgl. im Besonderen den Bericht des Ständigen Einspruchsgremiums vom 4. Oktober 1996 in der Sache «Japon – Taxes sur les boissons alcooliques» (AB-1996-2), S. 14.

²⁶ In Fussnote 25 zitierter Bericht, S. 14.

²⁷ Das Gleiche geht vor allem auch aus Artikel 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge hervor. Gemäss diesem Artikel können ergänzende Auslegungsmittel, insbesondere die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses, herangezogen werden, wenn die Auslegung gemäss Artikel 31 die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt.

²⁸ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 366.

werden können, wenngleich auch nicht als Ergebnis einer einseitigen oder beliebigen Handlung. Die Änderung der Listen ist in Artikel XXI des GATS geregelt.

In dem Bestreben, eine gewisse Stabilität der eingegangenen spezifischen Verpflichtungen zu sichern, kann eine Verpflichtung frühestens drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten geändert werden. Die Regel der dreijährigen Konsolidierung ist in Artikel XXI Absatz 1 Buchstabe a festgelegt.

Ferner, und dies ist von besonderer Wichtigkeit, wird der Prozess der Änderung international überwacht. So muss jede Änderung dem Rat für Dienstleistungshandel, einem gemäss Artikel IV Absatz 5 des Abkommens zur Errichtung der WTO zur Überwachung des Funktionierens des GATS eingesetzten Organ, spätestens drei Monate vor dem beabsichtigten Zeitpunkt der Durchführung mitgeteilt werden (Art. XXI Abs. 1 Bst. b). Jedes weitere von dieser Massnahme betroffene Mitglied hat das Recht, die Aufnahme von Verhandlungen zu fordern, um Ausgleichsmassnahmen zu erwirken. Diese Ausgleichsmassnahmen werden auf der Grundlage der Meistbegünstigung gewährt, um Diskriminierungen zu vermeiden (Art. XXI Abs. 2 Bst. a und b).

Wird im Zuge dieser Verhandlungen keine Einigung erzielt, so kann das von der Änderung der Liste betroffene Mitglied ein Schiedsgericht anrufen (Art. XXI Abs. 3 Bst. a). Die Rechtmässigkeit der Änderung hängt von der Gewährung einer allfälligen Ausgleichsmassnahme seitens des Schiedsgerichts ab. Missachtet das Mitglied, das seine Liste ändert, das Ergebnis des Schiedsverfahrens, so ist das betroffene Mitglied berechtigt, «wesentliche gleichwertige Vergünstigungen» zurückzuziehen (Art. XXI Abs. 4 Bst. b). Der Rückzug von Vergünstigungen darf nur in Bezug auf das ändernde Mitglied erfolgen. Um die Formulierung der Professoren Dominique Carreau und Patrick Juillard²⁹ aufzunehmen, handelt es sich hierbei um die Legalisierung von «représailles économiques sélectives», die als Antwort auf eine Rechtsverletzung eingesetzt wurden.

2. Der Rat für Dienstleistungshandel hat am 19. Juli 1999 ein Verfahren zur Umsetzung von Artikel XXI des GATS (Änderung der Listen) verabschiedet³⁰. Dieses Verfahren enthält aufschlussreiche Präzisierungen bezüglich der Umsetzung der vorgängig genannten Bestimmung. So muss beispielsweise ein Staat, der eine Änderung oder Rücknahme einer auf seiner Liste aufgeführten Verpflichtung beabsichtigt, für jede Verpflichtung angeben, ob er diese ganz oder teilweise ändern oder zurücknehmen möchte. Jedes Mitglied, das seine Vorteile auf Grund dieses Abkommens durch eine geplante Änderung oder Rücknahme möglicherweise betroffen sieht («betroffenes Mitglied»), ist verpflichtet, dem ändernden Mitglied seinen Anspruch schriftlich mitzuteilen. Diese Anspruchserklärung muss gleichzeitig über das WTO-Sekretariat an alle anderen Mitglieder weitergeleitet werden. Macht kein Mitglied den Anspruch geltend, ein «betroffenes Mitglied» zu sein, so ist das ändernde Mitglied

²⁹ A.a.O. S. 366 und 367.

³⁰ WTO-Dokument S / L / 80 vom 29. Oktober 1999. Die Frage nach der Anwendung von Art. X des GATS über Massnahmen bei Notlagen wird an dieser Stelle zunächst ausgeklammert, da dieser Artikel eine spezifische Problemstellung aufwirft (siehe weiter unten, Teil B Kapitel II Ziffer 2).

berechtigt, die vorgesehene Änderung oder Rücknahme nach Abschluss eines «Zertifikationsverfahrens» durchzuführen. In diesem Verfahren werden Änderungen an den Texten der verbindlichen Listen im GATS-Anhang über den Weg der «Zertifizierung» rechtswirksam. Die Leitung dieses Verfahrens, insbesondere die Einhaltung der im vorgängig erwähnten Artikel XXI vorgesehenen Fristen, obliegt dem Sekretariat.

Bei der Anwendung dieser Verfahren sind die Mitglieder aufgerufen, die besondere Situation der Entwicklungsländer und der am wenigsten entwickelten Länder vollumfänglich zu berücksichtigen.

B) Beantwortung der Fragen des Eidgenössischen Departements des Innern und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren

I

Welche Bedeutung und Auswirkungen haben die bereits 1994 von der Schweiz im Rahmen des GATS eingegangenen Verpflichtungen im Bildungsbereich, namentlich im Hinblick auf die obligatorische Schule, die Sekundarstufe II und die Tertiärstufe?

1. Zu Beginn der Analyse der Verpflichtungen, welche die Schweiz im Rahmen des GATS in Bezug auf den Bildungsbereich eingegangen ist, soll daran erinnert werden, dass die Verpflichtungslisten der Mitglieder die gleiche Rechtswirkung haben wie ein völkerrechtlicher Vertrag (vgl. Einleitung, Teil A Kapitel III Ziffer 1, oben). Laut Artikel 191 der Bundesverfassung ist das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. In Übereinstimmung mit der monistischen Theorie über das Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht gehen sowohl die Rechtslehre als auch die Rechtsprechung davon aus, dass die für die Schweiz in Kraft getretenen Völkerrechtsabkommen einen integralen Bestandteil der Schweizer Rechtsordnung darstellen, die keiner Transformation bedürfen, um innerstaatliche Verbindlichkeit zu erlangen³¹. Auch Artikel 5 Absatz 4 der Bundesverfassung verpflichtet den Bund und die Kantone, das Völkerrecht zu beachten. Diese Verpflichtung leitet sich aus dem Grundsatz der Überlegenheit des Völkerrechts über das innerstaatliche Recht ab und gilt für alle staatlichen Organe³².

Die Frage der unmittelbaren Geltung völkerrechtlicher Abkommen in der Schweizer Rechtsordnung muss klar von der Frage ihrer direkten Anwendbarkeit unterschieden werden³³. Eine Völkerrechtsregel ist direkt anwendbar, wenn sie *per se* und ohne die Notwendigkeit weiterer staatlicher Durchführungsmassnahmen für die Bewohner eines Staates Rechte und Pflichten erzeugt, die diese vor den Behörden des Staates, in dem diese Regel in Kraft ist, geltend machen können. Laut Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Regel nur dann direkt anwendbar, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden³⁴. Gemäss Artikel 10 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 21. März 1986 über die Gesetzessammlungen und das Bundesblatt (Publikationsgesetz) verpflichten völkerrechtliche Verträge den Einzelnen nur, sofern sie nach diesem Gesetz bekannt gemacht worden sind³⁵.

³¹ Vgl. namentlich Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Band I, Bern 2000, S. 444 ff.

³² Vgl. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, a.a.O., S. 445 und 446.

³³ Vgl. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, a.a.O., S. 452 ff.

³⁴ Vgl. namentlich BGE 124 III 90, 91-92, siehe in Fussnote 31 zitiertes Werk, S. 452.

³⁵ SR 170.512. Einer in der systematischen Rechtssammlung des Bundesrechts enthaltenen Notiz zufolge (0.632.20) ist die Liste der spezifischen Verpflichtungen der Schweiz bei der Eidgenössischen

In ihrem Handbuch des internationalen Wirtschaftsrechts bestätigen die Professoren Dominique Carreau und Patrick Juillard die direkte Anwendbarkeit des GATS und unterstreichen, dass sich dieses Abkommen nicht nur auf die Handlung, nämlich die Erbringung der Dienstleistung, sondern ebenfalls auf den Dienstleistungserbringer bezieht³⁶. Angesichts der Tatsache, dass die Liste der spezifischen Verpflichtungen die Beschränkungen des Dienstleistungshandels in Bezug auf zwei inhaltlich klar bestimmte Grundsätze (Marktzugang und Inländerbehandlung) enthalten müssen, gibt es keinen Grund, ihre direkte Anwendbarkeit im oben definierten Sinne zu negieren³⁷.

2. Wie bereits dargestellt³⁸, bezieht sich das GATS auf «jede Art von Dienstleistungen in jedem Sektor» (Art. I Abs. 3 Bst. b). Der materielle Geltungsbereich des Abkommens ist folglich in keiner Weise *per se* eingeschränkt³⁹. Die einzige «offizielle» Ausnahme bilden Dienstleistungen, «die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden» (Art. I Abs. 3 Bst. b). Hierunter sind jene Dienstleistungen zu verstehen, die nicht zu «gewerblichen Zwecken» – beispielsweise Justiz und Polizei⁴⁰ – und als alleiniger Anbieter, also ausserhalb jeglichen Wettbewerbs stehend, erbracht werden. Diese Ausschlussklausel des GATS wird in Fachkreisen unterschiedlich interpretiert. Christian Etter beispielsweise beschränkt sich auf die Feststellung: «Ausgenommen sind nur jene Dienstleistungen, welche der Staat in Ausübung der öffentlichen Gewalt erbringt (Gerichte, Wohlfahrtspflege usw.).»⁴¹ In seiner Dissertation an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Köln nimmt Matthias Koehler 1997 zu diesem Punkt folgendermassen Stellung⁴²:

«Unabhängig von der Frage der universellen Geltung des GATS in allen Dienstleistungssektoren bestimmt der Vertrag jedoch eine wesentliche Ausnahme hinsichtlich seines Anwendungsbereichs. Er gilt nicht für Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden. Darunter ist gemäss Art. I Abs. 3 c GATS jede Art von Dienstleistung zu verstehen, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird.

Ein Staat kann sich mithin den Verpflichtungen des GATS nicht dadurch entziehen, dass er sich hinsichtlich seines eigenen Handelns als Dienstleistungsanbieter auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt beruft. Sofern er

Drucksachen- und Materialzentrale in Bern (heute beim Bundesamt für Bauten und Logistik BBL, Vertrieb Bundespublikationen) erhältlich. Dieser Hinweis dürfte den Anspruch von Artikel 4 des Publikationsgesetzes erfüllen.

³⁶ In Fussnote 7 zitiertes Werk, S. 323 und 324. Folglich können Privatpersonen die Bestimmungen des GATS vor Gericht geltend machen.

³⁷ Siehe auch: Christian Etter, «Das Dienstleistungsabkommen der Uruguay-Runde und seine Bedeutung für die Schweiz», in: Thomas Cottier (Hrsg.), *Gatt – Uruguay Round*, Bern 1995, S. 104: «Das GATS führt für den internationalen Handel mit Dienstleistungen verbindliche und rechtlich durchsetzbare Spielregeln ein.»

³⁸ Vgl. Teil A Kapitel I Ziffer 1.

³⁹ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 341.

⁴⁰ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 316 ff.

⁴¹ A.a.O. (Fussnote 37), S. 96.

⁴² *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)* Berlin 1999, S. 91 und 92.

nämlich als ein Anbieter unter anderen auftritt, muss er sich die eingegangenen Liberalisierungsverpflichtungen entgegenhalten lassen. Umgekehrt greift der GATS nicht, wenn der Staat in dem betreffenden Sektor als alleiniger Anbieter auftritt und nicht mit Gewinnabsicht handelt.»

3. Auf den Begriff des so genannten Service public wird weiter unten⁴³ bei der Beantwortung der dritten Frage eingegangen. Allerdings soll bereits an dieser Stelle hervorgehoben werden, dass sich der Bund in seinen Beziehungen zu den Kantonen wiederholt auf das Konzept des Service public bezogen hat, um die an ihn gerichtete Kritik bezüglich der Verpflichtungen der Schweiz im Bildungsbereich zurückzuweisen. In seiner Antwort vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer vom 20. März 2002 verweist der Bundesrat auf die oben erwähnte Ausschlussklausel des GATS und setzt sie in Beziehung zur Präambel des Abkommens, die den Mitgliedern das Recht einräumt, «zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen». Mit dieser doppelten Begründung rechtfertigt der Bundesrat die Aufrechterhaltung seiner Position, der zufolge die Organisation der Bildungssysteme in Übereinstimmung mit den Prioritäten und nationalen politischen Zielen zu erfolgen hat, und konstatiert: «Das GATS [ist] in Bezug auf die Deregulierung des Service public neutral.»

Drei Monate später, in seiner Antwort vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer vom 20. Juni 2002, bestätigte der Bundesrat die Freiheit der Staaten, die vom GATS betroffenen Sektoren zu reglementieren und präziserte, dass die von der Schweiz eingegangenen Verpflichtungen keine Auswirkungen auf die öffentlichen Schulen haben.

In ihrem Schreiben an den Bundesrat vom 9. Juli 2002 bringt die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren «son profond désagrément» und «sa grave inquiétude» bezüglich der Verhandlungen des GATS über den Bildungsbereich zum Ausdruck, weist darauf hin, dass das GATS nicht zwischen privaten und öffentlichen Ausbildungsdienstleistungen unterscheidet, und fährt fort:

«En effet, le GATS ne prévoit la réserve des services publics que dans le cas où ceux-ci n'ont aucun lien ni aucune incidence sur le secteur économique et commercial, c'est-à-dire dans la mesure où les services publics n'interfèrent pas dans le libre jeu de la concurrence. Or, il est évident que tant les Universités suisses, les Ecoles polytechniques fédérales et les HES ont des liens de plus en plus étroits avec le secteur économique et commercial. De tels liens sont d'ailleurs souvent encouragés par les lois fédérales concernées. Dans ces conditions, il est peu probable qu'au regard des règles du GATS l'enseignement supérieur en Suisse puisse être considéré comme un secteur public n'interférant pas dans le libre jeu de la concurrence.»⁴⁴

⁴³ Vgl. Kapitel III Ziffer 1 ff.

⁴⁴ Die Antwort des Bundesrates vom 20. September 2002 auf das Schreiben der Konferenz enthält keine neuen Elemente. Sie beschränkt sich darauf zu bestätigen, dass es jedem Staat obliegt zu entscheiden, was er unter Service public versteht, und dass das GATS folglich keine Auswirkungen auf die Grundlagen des Service public in der Schweiz hat.

4. Artikel 19 der Bundesverfassung gewährleistet den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Diese Bestimmung verankert ein soziales Recht, das der Gerichtsbarkeit unterworfen ist und die Gemeinschaft zur Erbringung einer Leistung verpflichtet. Aus der Verfassung und den in der Schweiz geltenden Völkerrechtsabkommen⁴⁵ lässt sich ableiten, dass der Grundschulunterricht obligatorisch, ausreichend und unentgeltlich zu sein hat⁴⁶. Der obligatorische Charakter des Grundschulunterrichts (oder Primarunterrichts) begründet unter anderem die Verpflichtung der Kantone, eine Schulgesetzgebung zu verabschieden, die neben den öffentlichen Schulen sehr wohl auch private Schulen vorsehen kann. Wie der Zentralpräsident des Dachverbandes Schweizer Lehrerinnen und Lehrer, B. Zemp, in seiner Einführungsrede zur Jahresversammlung der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren am 7. und 8. November 2002 in Genf ausführte, gibt es in der Schweiz auf praktisch allen Ausbildungsstufen private Schulen⁴⁷. An dieser Stelle muss der Meinung von Professor Christoph Scherrer beigeplichtet werden: «Sobald private Träger neben der öffentlichen Hand in einem Bildungssegment tätig sind, kann dieses Segment nicht unter Berufung auf die Hoheitsklausel von den GATS-Vorschriften ausgenommen werden.»⁴⁸

Die Auswirkungen der vorgängigen Erläuterungen sind eindeutig: Die Bestimmungen des GATS über den Marktzugang und die Inländerbehandlung betreffen lediglich jene Sektoren, für die der Staat spezifische Verpflichtungen übernommen hat. Die allgemeinen Verpflichtungen hingegen, wie beispielsweise die Meistbegünstigung und die Transparenz, sind für all jene vom GATS erfassten Dienstleistungen bindend, die nicht in den Geltungsbereich der Ausschlussklausel fallen, und dies ungeachtet dessen, ob der betreffende Staat in diesen Sektoren spezifische Verpflichtungen eingegangen ist oder nicht.⁴⁹ Diese allgemeine Schlussfolgerung gilt selbstverständlich auch für den in der vorliegenden Studie behandelten Bildungsbereich der Schweiz. Auf diese Problematik wird bei der Analyse des Geltungsbereichs der Meistbegünstigungsklausel (vierte Frage, vgl. Kapitel IV Ziffer 3) erneut näher eingegangen.

⁴⁵ Vgl. namentlich Art. 13 Abs. 2 Bst. a des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1).

⁴⁶ Vgl. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, a.a.O. (Fussnote 31), Band II, S. 691 ff.

⁴⁷ Vgl. auch die für die Datenbank Eurybase erstellte Übersicht über das Schweizer Bildungssystem («Schweizer Beitrag für die Datenbank *Eurybase – the Information Database on Education in Europe*», Stand 1. Januar 2001, IDES (Information Documentation Education Suisse), S. 20 und 21. Im ersten Bericht der Schweizer Regierung zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutze nationaler Minderheiten (April 2001) hebt der Bundesrat mit Bezug auf Artikel 13 dieses Rahmenübereinkommens hervor, dass das Recht, eine Privatschule zu gründen, zum Teil in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit gemäss Artikel 27 der Bundesverfassung fällt. Das Mass der Freiheit in Bezug auf die Gründung und Verwaltung einer Privatschule, in der in einer Minderheitensprache unterrichtet wird, hängt vom kantonalen Recht ab. Alle Kantone erkennen ausdrücklich oder stillschweigend die Freiheit an, Privatschulen zu gründen und zu verwalten (S. 72).

⁴⁸ *GATS – Verhandlungsrunde im Bildungsbereich*, Gutachten für die Max-Traeger-Stiftung, Universität Kassel, April 2002, S. 4.

⁴⁹ Zu der gleichen Schlussfolgerung kommen auch Kurt Larsen, John P. Martin und Rosemary Morris in ihrem Bericht: *Trade in Educational Services: Trends and Emerging Issues*, OECD-Dokument, Mai 2002, S. 11.

5. Die allgemeinen Merkmale der in Teil III des GATS behandelten Listen der spezifischen Verpflichtungen wurden bereits oben dargelegt (vgl. Einleitung, Teil A Kapitel I Ziffer 4, oben). Nachfolgend sollen nun die von der Schweiz eingegangenen spezifischen Verpflichtungen im Bildungsbereich vertieft behandelt werden.

Das vom WTO-Sekretariat zum GATS veröffentlichte Handbuch enthält eine Definition der Dienstleistungen im Bildungsbereich⁵⁰. Diese Klassifizierung der Bildungsdienstleistungen erfolgt auf der Basis eines Dokumentes der Vereinten Nationen, der *Provisional Central Product Classification (CPC)*. Die Mitglieder der WTO sind zwar nicht verpflichtet, den sektoriellen Geltungsbereich ihrer spezifischen Verpflichtungen in Übereinstimmung mit dieser Klassifizierung zu definieren, die Mehrzahl von ihnen hat dies jedoch getan. Für den im Rahmen dieser Studie relevanten Bereich werden die Dienstleistungen wie folgt klassifiziert:

- CPC 921: Dienstleistungen auf der Primarstufe
- CPC 922: Dienstleistungen auf der Sekundarstufe
- CPC 923: Dienstleistungen im Bereich höhere Ausbildung
- CPC 924: Dienstleistungen im Bereich Erwachsenenbildung
- CPC 929: Andere Dienstleistungen im Bildungsbereich

Die Liste der spezifischen Verpflichtungen der Schweiz ist dieser Untersuchung als Anhang beigefügt. In seiner Antwort vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer vom 20. Juni 2002 fasste der Bundesrat die für die Schweiz geltenden Verpflichtungen betreffend den Marktzugang und die Inländerbehandlung wie folgt zusammen⁵¹ und präziserte dabei, dass diese lediglich auf private Dienstleistungen im Bildungsbereich anwendbar sind⁵²:

- Dienstleistungen im Bereich obligatorische Schulen (Primarschule und Sekundarstufe I⁵³) über die Errichtung einer geschäftlichen Niederlassung, zum Beispiel Gründung einer ausländischen Bildungsinstitution (dritte Art der Dienstleistungserbringung gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c des GATS)⁵⁴.
- Dienstleistungen im Bereich nicht obligatorische Schulen (Sekundarstufe II)⁵⁵ auf dem Wege der grenzüberschreitenden

⁵⁰ *Guide to the GATS – An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services*, Kluwer Law International 2001, S. 245–247 (Anhang I: «Definition of education services»).

⁵¹ Die vom Bundesrat gewählte Klassifizierung unterscheidet sich teilweise von der oben erwähnten Klassifizierung der UNO.

⁵² Vgl. die Erläuterung der Arten der Erbringung von Dienstleistungen in der Einleitung Teil A Kapitel I Ziffer 3, oben.

⁵³ Zur Definition der beiden Begriffe siehe die in Fussnote 47 zitierte Übersicht über das Schweizer Bildungssystem, S. 18: «Der erste entscheidende Zeitpunkt der Laufbahngestaltung liegt in praktisch allen Kantonen beim Übergang von der Primarstufe in die Sekundarstufe I (verschiedene Schultypen), d. h. zwischen dem 5. und 7. Schuljahr.»

⁵⁴ Diese Verpflichtung kommt durch den entsprechenden Spalteneintrag «None» (keine Beschränkung) zum Ausdruck (vgl. Einleitung Teil A Kapitel I Ziffer 4, oben). Für die drei weiteren Arten der Dienstleistungserbringung wurden hingegen keine Verpflichtungen eingegangen («Unbound», nicht konsolidiert).

⁵⁵ Vgl. die in Fussnote 47 zitierte Übersicht über das Schweizer Bildungssystem, S. 18: «Und der dritte ausschlaggebende Zeitpunkt liegt beim Abschluss der Sekundarstufe II (gymnasiale Maturität oder

Erbringung (erste Erbringungsart), zum Beispiel ausländische Bildungsangebote im Bereich Fernunterricht oder auf elektronischem Weg (Internet). Für die Sekundarstufe II wurde ebenfalls eine Verpflichtung in Bezug auf das Entsenden von Studierenden ins Ausland (zweite Erbringungsart: Konsum im Ausland, liberalisiert) sowie auf die bereits erwähnte dritte Erbringungsart eingegangen. Folglich befindet sich in den drei entsprechenden Spalten der Eintrag «None» (keine Beschränkung).

- Dienstleistungen im Bereich höhere Ausbildung (CPC 923) und Dienstleistungen im Bereich Erwachsenenbildung (CPC 924) der ersten drei Erbringungsarten.

Der Vollständigkeit halber wies der Bundesrat darauf hin, dass in Bezug auf die vierte Erbringungsart (Personenverkehr) die eingegangene Verpflichtung für alle Sektoren horizontal übernommen wurde⁵⁶.

6. Wie ist diese offizielle Darstellung der für die Schweiz geltenden spezifischen Verpflichtungen einzuschätzen? Die Beantwortung dieser Frage muss an der Tatsache ansetzen, dass das GATS einem Mitglied der WTO keinerlei Verpflichtungen im Hinblick auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung auferlegt, wenn das Mitglied nicht freiwillig eine spezifische Verpflichtung in einem bestimmten Dienstleistungssektor in seine Verpflichtungsliste eingetragen hat⁵⁷. Die Übernahme einer Verpflichtung zur Liberalisierung des Marktzugangs (Art. XVI) umfasst sechs Arten von Beschränkungen (Art. XVI Abs. 2 Bst. a bis f):
- Beschränkungen der Anzahl der Dienstleistungserbringer,
 - Beschränkungen des Gesamtwerts der Dienstleistungsgeschäfte oder des Betriebsvermögens,
 - Beschränkungen der Gesamtzahl der Dienstleistungen oder des Gesamtvolumens erbrachter Dienstleistungen,
 - Beschränkungen der Gesamtzahl natürlicher Personen, die in einem bestimmten Dienstleistungssektor beschäftigt werden dürfen,
 - Massnahmen, die für Unternehmen oder Gemeinschaftsunternehmen, durch die ein Dienstleistungserbringer eine Dienstleistung erbringen darf, bestimmte Rechtsformen vorschreiben oder diese einschränken, und
 - Beschränkungen der Beteiligung ausländischen Kapitals.

Berufsmaturität, eidgenössisches Fähigkeitszeugnis), vor der Fortsetzung der Ausbildung auf höherer Ebene (...) oder dem Eintritt ins Berufsleben (...).»

⁵⁶ Der Eintrag «Unbound except as indicated in Part I» (horizontaler Teil) erscheint nur in den drei letzten Untersektoren. Für Dienstleistungen im Bereich obligatorische Schulen (Primarschule und Sekundarstufe I) wurde in der dieser Studie angehängten Liste nur für die vierte Erbringungsart (Personenverkehr) der Eintrag «Unbound» vorgenommen.

⁵⁷ Pierre Sauvé bezeichnet diesen Sachverhalt als Verpflichtungen «à la carte». Vgl. seinen Bericht: *Trade, Education and the GATS: What's In, What's Out, What's All the Fuss About?*, Beitrag zum OECD/USA Forum zum Handel mit Bildungsdienstleistungen, 23. und 24. Mai 2002, Washington D.C., S. 3: «The GATS is a new agreement, not yet complete, not terribly user-friendly, with a complex geometry of general and „à la carte“ obligations set against the backdrop of [near] universal coverage and sovereign immunity in liberalization matters.»

Pierre Sauvé zufolge sind die meisten dieser Beschränkungen als nicht diskriminierende, mengenbeschr nkende Massnahmen anzusehen⁵⁸.

Artikel XVII verankert die Inländerbehandlung und verpflichtet jedes Mitglied, innerhalb der in seiner Liste aufgeführten Sektoren den Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds hinsichtlich aller Massnahmen, welche die Erbringung von Dienstleistungen betreffen, eine Behandlung zu gewähren, «die nicht weniger günstig ist als die, die es seinen eigenen gleichen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern gewährt» (Abs. 1). Laut Absatz 2 kann ein Mitglied diese Erfordernis dadurch erfüllen, dass es Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds eine Behandlung zukommen lässt, «die mit derjenigen, die es seinen eigenen gleichen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern gewährt, entweder formal identisch oder formal unterschiedlich ist». Eine formal identische oder formal unterschiedliche Behandlung gilt dann als weniger günstig, «wenn sie die Wettbewerbsbedingungen zugunsten von Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern des Mitglieds gegenüber gleichen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds verändert» (Abs. 3).

7. Den beiden Bestimmungen des GATS über den Marktzugang und die Inländerbehandlung ist gemeinsam, dass sie den Mitgliedern die volle Freiheit einräumen, in ihren Verpflichtungslisten die «vereinbarten und festgelegten Bestimmungen, Beschränkungen und Bedingungen» (Art. XVI) und «Bedingungen und Vorbehalte» (Art. XVII) aufzuführen. Die Liste der von der Schweiz im Bildungsbereich eingegangenen Verpflichtungen überrascht insofern, als lediglich ein Vorbehalt zum Bereich «Private Educational Services» vorgebracht wurde.

In seiner Botschaft vom 19. September 1994 weist der Bundesrat generell darauf hin, dass die Liste der spezifischen Verpflichtungen der Schweiz den heute bestehenden Marktzugang reflektiert, «was der Schweizer Offerte einen hohen Stellenwert verleiht, da unsere Vorschriften in den meisten Fällen verhältnismässig wenig restriktiv sind»⁵⁹. In seiner Antwort auf zwei parlamentarische Vorstösse formuliert der Bundesrat präziser und meint: «Beim GATS geht es nur um den Marktzugang für ausländische Dienstleistungsanbieter und deren Nichtdiskriminierung durch die Behörden des Gastlandes durch Errichtung eines Rahmens, in dem die Mitglieder individuell und nach eigener Wahl ausgehandelte Verpflichtungen eingehen können»⁶⁰. Selbst wenn ein Staat in einem bestimmten Sektor spezifische Verpflichtungen eingeht, lässt das GATS ihm die Freiheit, in diesem Sektor für die ausländischen Anbieter von Inlanddienstleistungen nationale Gesetze anzuwenden, solange sie nicht diskriminierend sind.

Im Hinblick auf die im Bereich der Bildungsdienstleistungen eingegangenen Verpflichtungen⁶¹ begann der Bundesrat im gleichen Jahr darauf hinzuweisen,

⁵⁸ A.a.O. (Fussnote 57), S. 10.

⁵⁹ BBl 1994 IV 272.

⁶⁰ Antwort des Bundesrates vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer vom 20. März 2002.

⁶¹ Antwort des Bundesrates vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer vom 20. Juni 2002.

dass die Schweiz als in Wissenschaft und Forschung traditionell offenes Land bereits über ein sehr liberales Regelwerk in diesem Sektor verfügt. Das GATS bot demnach der Schweiz Gelegenheit, diese Öffnung in einem internationalen Kontext zu bestätigen und so ihre Position als Ort des Ideen- und Wissensaustausches zu stärken. Der Ansicht des Bundesrates zufolge sind die Verpflichtungen der Schweiz dabei «sogar weniger weit gegangen, als dies aufgrund der geltenden Gesetzgebung möglich gewesen wäre». Er fügte hinzu, dass die eingegangenen Verpflichtungen bezüglich des Marktzugangs und der Inländerbehandlung auf private Dienstleistungen im Bildungsbereich begrenzt sind und daher «keine Auswirkungen auf die öffentlichen Schulen [haben], die nicht tangiert werden». Ferner unterstrich er, dass die Schweiz in allen WTO-Debatten die zentrale Rolle des Staates im Erziehungswesen betont hat.

Die Gründe für diese Haltung des Bundesrates mögen zwar verständlich sein, angesichts des rechtlich bindenden Charakters der eingegangenen Verpflichtungen aber drängt sich die Frage auf, ob der Bundesrat angemessene und ausreichende Massnahmen ergriffen hat, um die so festgelegte Politik umzusetzen, ohne bestehende kantonale Reglementierungen und deren zukünftige Entwicklung zu beeinträchtigen⁶².

8. Das GATS wird häufig als «souple» oder «flexible» und «à géométrie variable» bezeichnet⁶³; laut Professor Richard Senti ist dieses Abkommen «ein Vertrag im Werden»⁶⁴. Das Abkommen eröffnet einem WTO-Mitglied in der Tat mehrere Möglichkeiten, seine Verpflichtungen gemäss seinen Bedürfnissen und Interessen zu gestalten⁶⁵.

So räumt beispielsweise der in Teil II Allgemeine Pflichten und Disziplinen aufgeführte Artikel II Meistbegünstigung Absatz 2 einem Mitglied die Freiheit ein, eine mit dem Grundatz der Meistbegünstigung unvereinbare Massnahme aufrechtzuerhalten, sofern diese im Anhang über Befreiungen zu Artikel II aufgeführt ist. Laut Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994⁶⁶ hat die Schweiz eine Reihe von nationalen Befreiungen von der Meistbegünstigungspflicht geltend gemacht, um sich einen gewissen Spielraum für die Zusammenarbeit mit bestimmten, vor allem europäischen Ländern zu bewahren. So konnten nationale Befreiungen für den audiovisuellen Sektor, den Transportbereich, den Personenverkehr und die Finanzdienstleistungen ausgehandelt werden⁶⁷.

⁶² Sollte das Erziehungswesen auch weiterhin der Regelkompetenz der Kantone unterstehen, so ist, laut Schreiben der Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren an den Bundesrat vom 9. Juli 2002, nicht umstritten, dass der traditionellen Konzeption zufolge der Bundesrat, zumindest theoretisch, in einem beliebigen Bereich Übereinkommen abschliessen kann, selbst wenn diese in den Kompetenzbereich der Kantone fallen. Zur aktuellen verfassungsrechtlichen Situation vgl. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, a.a.O. (Fussnote 31), Band. I, S. 435.

⁶³ Vgl. Pierre Sauvé, in Fussnote 57 zitiertes Bericht, S. 3.

⁶⁴ *Das Dienstleistungsabkommen im Rahmen der WTO*, Liechtensteinische Juristen-Zeitung, 1995, S. 9.

⁶⁵ Vgl. Pierre Sauvé, in Fussnote 57 zitiertes Bericht, S. 11.

⁶⁶ BBl 1994 IV 273.

⁶⁷ Die Tragweite der Meistbegünstigungsklausel wird bei der Beantwortung der vierten Frage erneut untersucht.

Betreffend der in Teil III des GATS definierten spezifischen Verpflichtungen kann ein Mitglied darauf verzichten, einen bestimmten Dienstleistungssektor in seiner Verpflichtungsliste zu binden. Pierre Sauvé weist in diesem Zusammenhang beispielsweise darauf hin, dass zahlreiche OECD-Länder, namentlich Kanada und Frankreich, sich systematisch geweigert haben, Verpflichtungen im Bildungsbereich einzugehen⁶⁸.

Ein Mitglied hat ferner die Möglichkeit, die in einem bestimmten Sektor oder Untersektor eingegangenen Verpflichtungen zu qualifizieren. So kann ein Staat für jede vom GATS betroffene Erbringungsart präzisieren, ob er «Unbound» (nicht konsolidiert) ist. Die Schweiz hat für den Bildungsbereich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 5, oben). Pierre Sauvé weist hier auf die Freiheit eines Mitglieds hin, «a more specific reservation» anzubringen, und nennt als Beispiel einen Staat, der die Gesamtzahl der Personen, die in einem bestimmten Sektor beschäftigt werden, beschränkt⁶⁹. Angesichts des Wesens und der Merkmale des GATS handelt es sich bei dieser Massnahme nicht um einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge⁷⁰, sondern eher um eine «Bestimmung» oder «Bedingung» für die Annahme der spezifischen Verpflichtung im Sinne von Artikel XVI Absatz 1 und Artikel VXII Absatz 1 des GATS. Der in der Verpflichtungsliste der Schweiz eingetragene Vermerk «Private Educational Services» ist an dieser Stelle der Studie dieser Kategorie zuzurechnen.⁷¹

Eine weitere von Pierre Sauvé aufgezeigte Möglichkeit sind horizontale, auf alle Dienstleistungen anwendbare Beschränkungen.⁷² Wie bereits dargestellt, hat die Schweiz von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.⁷³

Die in Artikel XII vorgesehenen Beschränkungen zum Schutz der Zahlungsbilanz und die in Art XIV genannten Allgemeinen Ausnahmen (beispielsweise Massnahmen, die erforderlich sind, um die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten) sind weitere Möglichkeiten eines Mitgliedes, seine Verpflichtungen an den eigenen Bedürfnissen auszurichten.

⁶⁸ In Fussnote 57 zitierter Bericht, S. 11. Vgl. auch die Haltung der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitglieder zum Konzept des Service public, auf die weiter unten in Ziffer 9 eingegangen wird.

⁶⁹ A.a.O. (Fussnote 57), S. 3.

⁷⁰ SR 0.111 (Fussnote 11 oben). Diese Bestimmung lautet folgendermassen: (Im Sinne dieses Übereinkommens) «bedeutet „Vorbehalt“ eine wie auch immer formulierte oder bezeichnete, von einem Staat bei der Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme oder Genehmigung eines Vertrages oder bei dem Beitritt zu einem Vertrag abgegebene einseitige Erklärung, durch die der Staat bezweckt, die Rechtswirkung einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschliessen oder zu ändern.» Falls der Vertrag keine diesbezügliche Vereinbarung enthält, sind Vorbehalte unzulässig, die mit Ziel und Zweck des Vertrages unvereinbar sind (vgl. Paul Reuter, in Fussnote 22 zitiertes Werk, S. 74). Die Frage nach der Zulässigkeit von Vorbehalten dürfte sich angesichts der in der Einleitung Teil A Kapitel 1 dargestellten Merkmale des GATS nicht stellen.

⁷¹ Als weiteres Beispiel kann die Liste der spezifischen Verpflichtungen der Republik Estland angeführt werden, die für den Bildungsbereich private Bildungsdienstleistungen aufführt, an denen Schüler nicht länger als sechs Monate teilnehmen.

⁷² A.a.O. (Fussnote 57), S. 3.

⁷³ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 5. Bezüglich der grenzüberschreitenden Dienstleistungen präzisiert die Botschaft des Bundesrates, dass die Schweiz Marktzugangsverpflichtungen nur für Führungskräfte und Spezialisten im Rahmen von firmeninternen Transfers übernommen hat und dies unter dem Vorbehalt des Systems der Kontingentierung (BB1 1994 IV 268 und 269).

9. Zahlreiche WTO-Mitglieder, die im Bildungsbereich Verpflichtungen eingegangen sind⁷⁴, konzentrieren sich auf den Begriff des Service public und beziehen sich hierbei auf Artikel I Absatz 3 Buchstabe b des GATS («Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden») und/oder auf Beweggrund 4 der Präambel, der den Mitgliedern ausdrücklich das Recht gewährt, «zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele»⁷⁵ die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln.

So hat die Europäische Gemeinschaft, die wie die Schweiz Verpflichtungen im Bildungsbereich übernommen hat, diese auch auf «privat finanzierte Ausbildungsleistungen»⁷⁶ beschränkt. Ferner präzisierte sie ihre Auslegung des Begriffs «öffentliche Aufgaben» im Hinblick auf die «horizontalen Verpflichtungen»⁷⁷.

«Damit aber [...] das öffentliche Bildungswesen geschützt bleibt, hat die EU in der Länderliste unter der Rubrik „horizontale Verpflichtungen“ eintragen lassen, dass in sämtlichen EU-Mitgliedsstaaten „Dienstleistungen, die auf nationaler oder örtlicher Ebene als öffentliche Aufgaben betrachtet werden, staatlichen Monopolen oder ausschliesslichen Rechten privater Betreiber unterliegen“ können. [...] Die EU behält sich m.a.W. das Recht vor, den Marktzugang im Bereich öffentlicher Aufgaben einzuschränken. Die EU definiert dabei öffentliche Aufgaben recht weit. Diese bestünden in Sektoren „wie z. B. verbundenen wissenschaftlichen und technischen Beratungsdienstleistungen, Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen in den Sozial- und Geisteswissenschaften, technischen Prüf- und Analysedienstleistungen, Umweltdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen, Verkehrsdienstleistungen und Hilfsdienstleistungen für alle Verkehrsarten. Ausschliessliche Rechte für solche Dienstleistungen werden häufig privaten Betreibern gewährt, z. B. Betreibern mit Konzessionen öffentlicher Stellen, vorbehaltlich bestimmter Versorgungspflichten. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass öffentliche Aufgaben häufig auf nachgeordneter Ebene bestehen, ist eine detaillierte und erschöpfende sektorspezifische Auflistung nicht möglich».

⁷⁴ Das vom WTO-Sekretariat zum GATS veröffentlichte Handbuch (vgl. Fussnote 50) weist darauf hin, dass die Mitglieder im Bildungsbereich weniger Verpflichtungen eingegangen sind als in allen anderen Bereichen mit Ausnahme des Energiebereichs (S. 240). Die Publikation listet jene Mitglieder auf, die in mindestens vier der fünf Untersektoren Verpflichtungen eingegangen sind, namentlich die Tschechische Republik, Lesotho, die Europäische Gemeinschaft, Ungarn, Japan, Liechtenstein, Mexiko, Norwegen, Polen, Sierra Leone, die Slowakische Republik, die Schweiz und die Türkei.

⁷⁵ Vgl. Pierre Sauvé, in Fussnote 57 zitiertes Bericht, S. 3: «Governments have to date chosen not to clarify the scope of the GATS' public services carve-out. But ask any negotiator in Geneva and she/he would be prone to regard primary and secondary schooling, so-called basic / compulsory education, as lying outside the scope of the GATS.»

⁷⁶ Vgl. die in Fussnote 48 referenzierte Rechtsauffassung von Professor Christoph Scherrer, S. 9 und 10: «Bereits mit Abschluss des GATS-Abkommens haben die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten mit Ausnahme der Kategorie „andere Bildungsdienstleistungen“ in allen Kategorien des fünften Sektors „Bildungsdienstleistungen“ Verpflichtungen zur Gleichstellung ausländischer Bildungsdienstleister übernommen: primäre, sekundäre und höhere (tertiäre) Bildungsdienstleistungen sowie Erwachsenenbildung. Sie haben allerdings diese Verpflichtungen auf „Privat finanzierte Ausbildungsleistungen“ beschränkt (...).»

⁷⁷ In Fussnote 48 referenzierte Rechtsauffassung, S. 11.

10. Wie bereits erwähnt, begnügte sich die Schweiz damit, auf ihrer Liste oben in der Spalte «Educational Services» die Beschränkung «Private Educational Services» aufzuführen. Die Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 enthält keine Angaben über die Tragweite dieser Beschränkung. Allgemein gesehen ging die Schweizer Regierung davon aus, dass sich aus dem GATS für die Schweiz grundsätzlich keine schwer wiegenden Anpassungsprobleme ergeben. Laut Bundesrat hat die Schweiz in ihrer Verpflichtungsliste den «bestehenden Marktzugang»⁷⁸ gebunden.

Erst später, namentlich in seiner Antwort auf parlamentarische Vorstösse und in seiner Entgegnung auf die Reaktion der Kantone, sah sich der Bundesrat veranlasst, seine Position zu präzisieren. So führte er aus, dass das GATS einem Staat, der in einem bestimmten Sektor spezifische Verpflichtungen eingeht, die Freiheit lässt, in diesem Sektor für die ausländischen Anbieter von Inlanddienstleistungen nationale Gesetze anzuwenden, solange sie nicht diskriminierend sind⁷⁹. Der Bundesrat erinnerte daran, dass die Schweiz im Bildungsbereich Verpflichtungen über den Marktzugang und die Inländerbehandlung ausschliesslich für private Bildungsdienstleistungen eingegangen ist und dass diese Verpflichtungen keine Auswirkungen auf die öffentlichen Schulen haben.⁸⁰ In ihrer Antwort vom 20. September 2002 auf das Schreiben der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren vom 9. Juli 2002 haben das Eidgenössische Departement des Innern und das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement darauf hingewiesen, dass die von der Schweiz eingegangenen Verpflichtungen den innerstaatlichen Bestimmungen und der seit langem geltenden Praxis entsprechen und die traditionelle Offenheit der Schweiz im Bildungsbereich widerspiegeln. Ferner betonten beide Departemente die Tatsache, dass jeder Staat souverän über seine Definition des Begriffs Service public entscheiden und diesen entsprechend gesetzlich regeln kann. Auch lenkten sie die Aufmerksamkeit der Kantone auf die Präambel des GATS, die den Mitgliedern das Recht verleiht, «zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele» die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln.

11. Worum geht es in diesem letzten Punkt? An dieser Stelle soll auf eine Bestimmung des GATS verwiesen werden, die in der vorliegenden Studie bislang nicht herangezogen wurde. Es handelt sich hierbei um Artikel VI «Innerstaatliche Regelungen», der zwar in Teil II des GATS aufgeführt wird, sich aber in der Tat auf die in Teil III behandelten spezifischen Verpflichtungen bezieht. Gemäss Absatz 1 dieses Artikels stellen die Mitglieder sicher, dass in den Sektoren, in denen spezifische Verpflichtungen eingegangen werden, «alle allgemein geltenden Massnahmen, die den Diensthandel betreffen, angemessen, objektiv und unparteiisch angewendet werden». Diese von Matthias Koehler als Ergänzung der vorgängig zitierten Präambelbestimmung⁸¹ eingeschätzte

⁷⁸ BBI 1994 IV 278. Christian Etter zufolge handelt es sich hierbei um das Prinzip des *status quo*, vgl. a.a.O. (Fussnote 37), S. 101.

⁷⁹ Antwort des Bundesrates vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer vom 20. März 2002.

⁸⁰ Antwort des Bundesrates vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer vom 20. Juni 2002.

⁸¹ A.a.O. (Fussnote 42), S. 133. «An dieser Vorschrift tritt damit der Grundkonflikt der Liberalisierungsbemühungen zutage. Auf der einen Seite beharren die Staaten auf ihrem Souveränitätsrecht zur Regelung des innerstaatlichen Wirtschaftslebens. Auf der anderen Seite ist eine

Bestimmung wird zuweilen als Verankerung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes interpretiert⁸². Artikel VI Absatz 2 sichert darüber hinaus gewisse Verfahren zu, deren Tragweite jedoch nicht überschätzt werden soll. Gemäss Absatz 2 Buchstabe b nämlich ist diese Zusicherung nicht so auszulegen, als verpflichte sie ein Mitglied, Gerichte oder Verfahren einzuführen, «die mit seiner verfassungsmässigen Ordnung oder den wesentlichen Grundsätzen seiner Rechtsordnung unvereinbar sind».

12. In seiner Botschaft vom 19. September 1994 fasst der Bundesrat die konkrete Tragweite der von einem Mitglied des GATS eingegangenen spezifischen Verpflichtungen wie folgt zusammen⁸³:

«In der Verpflichtungsliste eines Mitglieds sind all jene Dienstleistungssektoren und -aktivitäten aufgeführt, für welche dieses ausländischen Dienstleistungserbringern Marktzugang und Inländerbehandlung – allenfalls zu bestimmten Bedingungen – garantiert (Art. XX). Konkret bedeutet dies, dass mengenmässige Marktzutritts Hindernisse und andere in Artikel XVI genannte Hindernisse sowie Abweichungen von der in Artikel XVII definierten Inländerbehandlung auf dem Gebiet der in der jeweiligen Länderliste aufgeführten (d. h. gebundenen) Sektoren so weit zulässig sind, als entsprechende Vorbehalte in der Liste vorgesehen sind.»⁸⁴

Wie bereits weiter oben erwähnt, stellte der Bundesrat seine Ansicht über die konkrete Tragweite der von der Schweiz in den GATS-Verhandlungen eingegangenen spezifischen Verpflichtungen in seiner Antwort vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer in anderer Formulierung dar⁸⁵: «Beim GATS geht es nur um den Marktzugang für ausländische Dienstleistungsanbieter und deren Nichtdiskriminierung durch die Behörden des Gastlandes durch Errichtung eines Rahmens, in dem die Mitglieder individuell und nach eigener Wahl ausgehandelte Verpflichtungen eingehen können. Auch wenn ein Staat in einem Sektor eine spezifische Verpflichtung eingeht, lässt das GATS ihm die Freiheit, in diesem Sektor für die ausländischen Anbieter von Inlanddienstleistungen nationale Gesetze anzuwenden, so lange sie nicht diskriminierend sind.»

Öffnung der Dienstleistungsmärkte nur durch die Modifizierung der innerstaatlichen Regelungen zu erreichen, die sich als Handelsbarrieren der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung erweisen.»

⁸² Matthias Koehler, a.a.O., S. 133. Siehe auch Christian Etter, a.a.O. (Fussnote 37), S. 98.

⁸³ BBl 1994 IV 259.

⁸⁴ Mit anderen Worten: «Il convient une nouvelle fois d'insister sur cet aspect fondamental du GATS qui en constitue l'une des grandes originalités. Aucun membre n'est tenu d'accorder aux services et fournisseurs de services d'un autre membre le droit de pouvoir accéder à son propre marché national. Celui-ci peut maintenir les „modalités, limitations et conditions“ de son choix. Ses engagements spécifiques éventuels souscrits à la suite de négociations appropriées devront figurer dans sa liste (article XVI.1). Compte tenu de la méthode retenue par le GATS (...) la libéralisation se fait du „haut en bas“ („top-down“) : ainsi, la liberté des services est de principe sauf restrictions décidées par les Etats et ce, en toute discrétion et en dehors de tout contrôle international collectif (article XVI.2). » (Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. [Fussnote 7], S. 361).

⁸⁵ Vgl. Teil B Kapitel 1 Ziffer 10. Siehe auch Teil B Kapitel II Buchstabe 3 unten, in dem erneut auf die bundesrätliche Interpretation des Begriffs «spezifische Verpflichtung» eingegangen wird.

Wie lassen sich diese beiden Positionen vereinbaren? Das innovative Element in der vorgängig zitierten Antwort ist der nachfolgende Verweis auf das Konzept des Service public: «So schützt das GATS einerseits das Recht der Mitglieder, ihre eigenen Politiken für den Service public anzuwenden, andererseits gewährt es den Entwicklungsländern eine Sonderbehandlung⁸⁶. Das GATS hat keine Auswirkungen auf die Grundlagen des Service public in der Schweiz.»

13. Nicht ohne Stolz verweist der Bundesrat in seiner Antwort vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer darauf, dass die Schweiz bereits heute zu jenen Staaten gehört, welche beim GATS am meisten Verpflichtungen hinsichtlich Dienstleistungen im Bildungsbereich eingegangen sind. Angesichts der Reaktion vornehmlich der Kantone⁸⁷ kann man jedoch zu Recht fragen, ob diese Haltung gerechtfertigt ist. Die Beantwortung dieser Frage macht eine genauere Analyse der von der Schweiz in diesem Sektor eingegangenen Verpflichtungen unerlässlich.
- a) Hinsichtlich der Dienstleistungen im Bereich obligatorische Schule (Primarschule und Sekundarstufe I)⁸⁸ ist die Verpflichtung der Schweiz auf die dritte Art der Dienstleistungserbringung beschränkt, nämlich auf die Erbringung durch eine geschäftliche Niederlassung eines Mitgliedes im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedes. Als Beispiel hierfür führt der Bundesrat die Gründung einer ausländischen Bildungsinstitution an⁸⁹.

In Anlehnung an die klar definierten Bestimmungen von Artikel XVI Absatz 2 des GATS⁹⁰ begründen die von der Schweiz eingegangenen Verpflichtungen – selbst in ihrer Beschränkung auf private Bildungsdienstleistungen – die Pflicht, weder auf kantonaler noch auf nationaler Ebene beschränkende Massnahmen aufrechtzuerhalten oder einzuführen wie beispielsweise Beschränkungen der Anzahl der Dienstleistungserbringer «durch zahlenmässige Quoten, Monopole oder Dienstleistungserbringer mit ausschliesslichen Rechten oder eine vorgeschriebene wirtschaftliche Bedarfsprüfung» (Bst. a) oder «Beschränkungen der Gesamtzahl natürlicher Personen, die in einem bestimmten Dienstleistungssektor beschäftigt werden dürfen» (Bst. d).

Die vorgängig erwähnte Übersicht über das Schweizer Bildungssystem⁹¹ führt dazu Folgendes aus (S. 20):

«Gemäss dem grundlegenden Prinzip der Unternehmensfreiheit gibt die Bundesverfassung jedem das Recht, eine Privatschule zu eröffnen. Solche Schulen unterstehen indessen den geltenden kantonalen Vorschriften

⁸⁶ Der in der vorliegenden Studie bislang noch nicht betrachtete Artikel IV des GATS betrifft die zunehmende Beteiligung der Entwicklungsländer am Welthandel.

⁸⁷ In ihrem an den Bundesrat gerichteten Schreiben vom 9. Juli 2002 bringt die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren ihr «profond désagrément» und ihre «grave inquiétude» über die GATS-Verhandlungen über Dienstleistungen im Bildungsbereich zum Ausdruck.

⁸⁸ Zum folgenden Abschnitt der Studie vgl. die detaillierte Darstellung der von der Schweiz eingegangenen Verpflichtungen in Teil B Kapitel I Ziffer 5 sowie die Kommentare in Ziffer 6 ff.

⁸⁹ Antwort des Bundesrates vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer.

⁹⁰ Zum Thema Auslegungsregeln des GATS vgl. Einleitung Teil A Kapitel II Ziffer 1 bis 3.

⁹¹ Vgl. Fussnote 47 oben.

(Eröffnungsgenehmigung, öffentliche Beiträge, Aufsicht, Anerkennung der ausgestellten Diplome usw.). Grundsätzlich erhalten Privatschulen in der Schweiz keine Beiträge der öffentlichen Hand, wobei in einigen Kantonen und unter bestimmten Bedingungen (Angebot von Dienstleistungen, die von den öffentlichen Schulen nicht gewährleistet werden) Ausnahmen bestehen.»

Haben die Mitglieder jedoch, wie der Bundesrat in seinen Antworten auf die Interpellationen Peter Vollmer und Pascale Bruderer konstatiert, in den gebundenen Sektoren die Freiheit, die nationalen Gesetze und namentlich die eigenen Politiken für den Service public anzuwenden, zu dem das öffentliche Bildungswesen ja gehört, dann dürften sich für die Schweiz keine unüberwindbaren Schwierigkeiten stellen.

- b) Das Gleiche gilt grundsätzlich auch für die Liberalisierung der Bildungsdienstleistungen der nicht obligatorischen Sekundarstufe (Sekundarstufe II). Allerdings besteht hier insofern ein Unterschied, als die Schweiz für diesen Untersektor Verpflichtungen für die ersten drei Erbringungsarten von Dienstleistungen (grenzüberschreitende Erbringung, Konsum im Ausland und geschäftliche Niederlassung im Ausland) eingegangen ist. Der Bundesrat nennt in diesem Zusammenhang lediglich ein Beispiel, nämlich Angebote im Bereich Fernunterricht oder auf elektronischem Weg wie Internet.

Die oben zitierte Übersicht über das Schweizer Bildungssystem führt dazu aus (S. 21):

«Bei den Ausbildungsinstitutionen der Sekundarstufe II handelt es sich in der Regel um kantonale (und in einigen Fällen um kommunale) Schulen. Die Privatschulen dieser Stufe (ungefähr 11 Prozent der Schülerinnen und Schüler), die früher vielfach konfessionell ausgerichtete Einrichtungen waren, werden jedoch in vielen Fällen anerkannt und sogar von der öffentlichen Hand unterstützt. Auch bei den meisten Berufsschulen handelt es sich um kantonale Ausbildungsinstitutionen, während die – allgemeine und berufliche – Weiterbildung zum grossen Teil durch den privaten Sektor gewährleistet wird, der für die Wahrnehmung dieser Aufgabe Beiträge des Bundes und der Kantone erhält.»

- c) Auch im Tertiärbereich (Dienstleistungen im Bereich höhere Ausbildung) und im Bereich Erwachsenenbildung hat die Schweiz ihren Liberalisierungswillen unter Beweis gestellt und ist spezifische Verpflichtungen für die drei vorgängig erwähnten Erbringungsarten sowie für den Marktzugang und Inländerbehandlung eingegangen. Der Bereich der höheren Ausbildung wirft eine besondere Problemstellung auf (Konvention von Lissabon, Erklärung von Bologna usw.), die weiter unten im Rahmen der Beantwortung der vierten Frage behandelt wird.⁹² An dieser Stelle soll zur Frage des Tertiärbereichs lediglich die Übersicht über das Schweizer Bildungssystem zitiert werden (S. 21):

⁹² Vgl. Teil B Kapitel IV Ziffer unten.

«Was den gesamten Tertiärbereich anbelangt, liegt der Anteil der Studierenden, die private Bildungseinrichtungen besuchen (von denen ungefähr zwei Drittel Beiträge der öffentlichen Hand erhalten), bei 17,6%. Auf der nichtuniversitären Tertiärstufe ist dieser Anteil im Bereich der höheren Berufsbildung deutlich höher (ca. 50%); diese Ausbildungen werden praktisch ausschliesslich teilzeitlich absolviert und unterstehen zu einem grossen Teil der Verantwortung der Wirtschaft (Berufsverbände). Im Übrigen bestehen auf der Tertiärstufe insbesondere im Bereich des Managements und der neuen Technologien verhältnismässig viele private Ausbildungseinrichtungen. Daneben finden sich auch verschiedene mehr oder weniger seriöse ausländische „Universitäten“, die Titel und Diplome ausstellen, deren Anerkennung nicht in allen Fällen gewährleistet ist. Was diese Einrichtungen anbelangt, sind keine Statistiken verfügbar.»

14. Angesichts der Komplexität der GATS-Bestimmungen und der Schwierigkeiten in Bezug auf ihre Auslegung wird die kritische Haltung der Kantone verständlich⁹³. Professor Richard Senti führt dies folgendermassen aus⁹⁴: «Das Allgemeine Dienstleistungsabkommen gilt im Urteil der Ökonomen und Völkerrechtler als der Teil des WTO-Vertragswerks, der besonders kompliziert und in manchen Bereichen noch unvollständig und provisorisch ist. Im Vergleich zum warenbezogenen Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen weist das GATS einige Besonderheiten auf [...]. Ein spezifisches Merkmal des GATS ist die „Unvollständigkeit“. Im Gegensatz zum GATT, das im Verlauf der Jahrzehnte zu einem Vertragswerk mit vielen abschliessend definierten Rechten und Pflichten herangewachsen ist, bietet das GATS einen institutionellen Rahmen für weitere Verhandlungen, die im Jahr 2000 aufgenommen und anschliessend in regelmässigen Abständen weitergeführt werden müssen. Die Fortsetzung der Verhandlungen soll unter besonderer Rücksichtnahme auf die Binnenpolitik der Vertragsparteien („die nationalen politischen Zielsetzungen“) und die Bedürfnisse der Entwicklungsländer erfolgen. Das GATS ist nicht der Abschluss von Handelsverhandlungen, sondern der Auftakt zu Vereinbarungen über eine weltweit gemeinsame Regelung des Dienstleistungshandels.»

Berücksichtigt man die Komplexität und die Ungewissheiten in Bezug auf die Tragweite namentlich der Ausschlussklausel von Artikel I Absatz 3 Buchstabe b GATS («Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden»), dann überrascht die Besorgnis der Kantone nicht. Die Sorge, die beispielsweise in der Formulierung «les règles du GATS ne font pas la distinction entre enseignement privé et enseignement public dans les mêmes termes que le droit suisse»⁹⁵ sowie in der Einführungsrede zur der Jahresversammlung der Schweizerischen Konferenz der kantonalen

⁹³ Die vorliegende Studie verzichtet darauf, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Kantone angemessen und regelmässig über die Tragweite der von der Schweiz in der Uruguay-Runde eingegangenen Verpflichtungen informiert wurden. (Vgl. Antwort des Eidgenössischen Departements des Innern und des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom 20. September 2002 auf das Schreiben der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren vom 9. Juli 2002).

⁹⁴ A.a.O. (Fussnote 1), S. 603.

⁹⁵ An den Bundesrat gerichtetes Schreiben der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren vom 9. Juli 2002.

Erziehungsdirektoren am 7. und 8. November in Genf⁹⁶ von B. Zemp zum Ausdruck gebracht wurde, ist durchaus berechtigt.

Angesichts fehlender Präzedenzfälle und Rechtsprechungen⁹⁷ ist es aus juristischer Sicht schwierig, die Frage nach der Bedeutung und Tragweite der von der Schweiz im Rahmen des GATS für den Bildungsbereich eingegangenen Verpflichtungen eindeutig und präzise zu beantworten. Unter Berücksichtigung der von Professor Senti betonten Merkmale des GATS («besonders kompliziert», «noch unvollständig und provisorisch») gilt es, einen Schritt weiter zu gehen und im Kontext der «fortschreitenden Liberalisierung» – die eines der Grundprinzipien des GATS darstellt (Teil IV) – zu analysieren, welche Massnahmen wenigstens teilweise zur Beseitigung gewisser bestehender Ungewissheiten getroffen werden können.

II

Wie lassen sich unerwünschte Auswirkungen dieser Verpflichtungen verhindern und/oder abschwächen?

1. Wie eingängig bereits dargelegt⁹⁸, basiert das GATS auf dem bereits vom GATT her bekannten komplexen System von Verpflichtungslisten, die dem Abkommen als Anhänge beigefügt sind und einen integralen Bestandteil bilden (Art. XX Abs. 3). Die Listen der spezifischen Verpflichtungen präzisieren, in welchen Sektoren des Dienstleistungshandels Beschränkungen im Hinblick auf die Erbringungsarten und auf die beiden spezifischen Verpflichtungen Marktzugang (Art. XVI) und Inländerbehandlung (Art. XVII) vorgenommen werden. In dem Bestreben, eine gewisse Stabilität der eingegangenen spezifischen Verpflichtungen zu sichern, können laut Artikel XXI Absatz 1 Buchstabe a Änderungen frühestens drei Jahre nach Inkrafttreten der Verpflichtung vorgenommen werden. In Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Meistbegünstigung sind die in den nationalen Listen konsolidierten Verpflichtungen für alle Mitglieder bindend. Ein Land kann eingegangene spezifische Verpflichtungen nur rückgängig machen, wenn dafür Kompensation in anderen Sektoren gewährt wird, die für die anderen Mitglieder akzeptabel ist. Können sich die betroffenen Mitglieder über die zu gewährende Kompensation nicht einigen, wird die Angelegenheit einem Schiedsgericht

⁹⁶ Vgl. beispielsweise S. 2: «Auch in der Schweiz gibt es private Schulen auf allen Stufen; daher ist die Gefahr einer „Liberalisierung“ des Bildungswesens im Sinne von GATS real» oder auch S. 3: «Es wird daher für ein einzelnes Land immer schwieriger werden, den eigenen „service public“ im Bildungswesen aufrecht zu erhalten, wenn andere Länder diese Öffnung nicht nur zulassen, sondern via GATS vehement einfordern.»

⁹⁷ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer I, Ausführungen über die direkte Anwendbarkeit beziehungsweise die direkte Wirkung der Bestimmungen des GATS, namentlich die von den Mitgliedern eingegangenen spezifischen Verpflichtungen in ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung.

⁹⁸ Vgl. Teil A Kapitel III Ziffer 1 und 2 über die Änderung der Listen der spezifischen Verpflichtungen.

unterbreitet. Die Kompensation wird dann auf der Basis des Grundsatzes der Meistbegünstigung gewährt.⁹⁹

2. Theoretisch wäre es denkbar, dass der Bundesrat ein Verfahren zur Änderung der Listen gemäss den Bestimmungen von Artikel XXI des GATS einleitet¹⁰⁰. Eine wie auch immer geartete Änderung einer im Bereich der Bildungsdienstleistungen eingegangenen Verpflichtung käme in der Realität jedoch dem Rückzug eines Zugeständnisses gleich¹⁰¹. Von jeglicher politischen Erwägung¹⁰² einmal abgesehen, kommt angesichts der Komplexität des Änderungsverfahrens und der möglichen Auswirkungen auf andere in der Liste der Schweiz gebundene Sektoren diese Möglichkeit unserer Meinung nach nicht in Betracht.

Rein theoretisch hätte der Bundesrat die Möglichkeit, Artikel X des GATS über Massnahmen bei Notlagen geltend zu machen. Absatz 1 dieser Bestimmung sieht vor, dass auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung multilaterale Verhandlungen über die Frage von Massnahmen bei Notlagen geführt werden. Die Ergebnisse dieser Verhandlungen hätten bis spätestens drei Jahre nach dem Inkrafttreten des WTO-Abkommens (1. Januar 1995) wirksam werden sollen.

Diese Verhandlungen führten bislang allerdings noch zu keinen konkreten Ergebnissen. In seinem Bericht (2002) zuhanden des Generalrates der WTO¹⁰³ weist der Rat für Dienstleistungshandel darauf hin, dass das in Artikel X vorgesehene Verhandlungsmandat auf den 15. März 2004 verschoben wurde.

3. Mögliche «Lösungen» müssen folglich in Teil IV des GATS «Fortschreitende Liberalisierung» gesucht werden. Die fortschreitende Liberalisierung bezeichnet einen Prozess, in dem die Mitglieder in Verhandlungen über ihre spezifischen Verpflichtungen mit dem Ziel eintreten, einen zunehmend höheren Stand der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels zu erreichen¹⁰⁴. Gemäss Artikel XIX Absatz 2 des GATS «[findet] der Liberalisierungsprozess [...] unter angemessener Berücksichtigung der nationalen politischen Zielsetzungen und des Entwicklungsstands der einzelnen Mitglieder sowohl allgemein als auch in einzelnen Sektoren statt». Die Verhandlungen hätten spätestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des WTO-Abkommens, also am 1. Januar 2000, aufgenommen werden müssen.

⁹⁹ BBl 1994 IV 258 und 259. Vgl. ebenso das in Fussnote 30 zitierte WTO-Dokument *Procédures pour la mise en œuvre l'article XXI du GATS*.

¹⁰⁰ Die Frage, ob der Bundesrat in verfassungsrechtlicher Hinsicht die alleinige Kompetenz in dieser Angelegenheit hat, bleibt hier unberücksichtigt.

¹⁰¹ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 366.

¹⁰² In seiner Antwort auf die Interpellation Pascale Bruderer führt der Bundesrat mehrere, nach wie vor gültige Gründe für eine im Dienstleistungsbereich offene Haltung der Schweiz an, «was auch ihren allgemeinen Interessen entspricht». Es war das Ziel des Bundesrates, auf multilateraler Ebene die Situation wiederzugeben, die zur Zeit des Abschlusses der Uruguay-Runde vorherrschte, «und damit den Akteuren im Bildungsbereich grössere Klarheit und rechtliche Sicherheit zu bieten».

¹⁰³ Dokument S / C / 16 vom 9. Dezember 2002, S. 6.

¹⁰⁴ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 364.

Das Arbeitsprogramm der am 14. November 2001 verabschiedeten Ministererklärung von Doha hält in Bezug auf Dienstleistungen Folgendes fest¹⁰⁵:

«Wir bestätigen die Leitlinien und Verfahren für Verhandlungen, die durch den Rat für den Handel mit Dienstleistungen am 28. März 2001 angenommen wurden, als Verhandlungsbasis im Hinblick auf das Erreichen der Ziele des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen, wie sie in der Präambel, in Artikel IV und in Artikel XIX dieses Übereinkommens aufgeführt sind. Die Teilnehmer sollen ihre ersten Vorschläge für spezifische Verpflichtungen bis zum 30. Juni 2002 und ihre ersten Offerten bis zum 31. März 2003 vorbringen.»

4. In seiner Antwort vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer hatte der Bundesrat Gelegenheit, seine Position bezüglich der von der WTO-Ministerkonferenz in Doha beschlossenen fortschreitenden Liberalisierung des Dienstleistungshandels zu präzisieren. Er erinnerte daran, dass Dienstleistungen nahezu 70 Prozent des Bruttosozialprodukts der Schweiz ausmachen und die wichtigste Beschäftigungsquelle, namentlich für qualifiziertes Personal, darstellen. Ferner wies er darauf hin, dass Artikel XIX des GATS rechtlich bindend ist und dass der Liberalisierungsprozess im Dienstleistungsbereich unter angemessener Berücksichtigung der nationalen politischen Zielsetzungen stattzufinden hat. In dieser Antwort gibt der Bundesrat seine genaueste Interpretation des Begriffs spezifische Verpflichtung im Rahmen des GATS:

«Beim GATS geht es nur um den Marktzugang für ausländische Dienstleistungsanbieter und deren Nichtdiskriminierung durch die Behörden des Gastlandes durch Errichtung eines Rahmens, in dem die Mitglieder individuell und nach eigener Wahl ausgehandelte Verpflichtungen eingehen können. Selbst wenn ein Staat in einem bestimmten Sektor spezifische Verpflichtungen eingeht, lässt das GATS ihm die Freiheit, in diesem Sektor für die ausländischen Anbieter von Inlanddienstleistungen nationale Gesetze anzuwenden, solange sie nicht diskriminierend sind. So schützt das GATS einerseits das Recht der Mitglieder, ihre eigenen Politiken für den Service public anzuwenden, andererseits gewährt es den Entwicklungsländern eine Sonderbehandlung. Das GATS hat keine Auswirkungen auf die Grundlagen des Service public in der Schweiz.»

Besteht angesichts der Tatsache, dass die Schweiz beschlossen hat, im Bildungsbereich keine Begehren an ihre ausländischen Partner zu stellen¹⁰⁶, ein juristisches Mittel, diese Partner zu der gleichen Interpretation, namentlich im Bereich Bildungsdienstleistungen, zu bewegen? Gemäss Artikel XIX des GATS sind die Verhandlungen über den Dienstleistungshandel zwar in erster Linie auf eine höhere Liberalisierung des Dienstleistungshandels gerichtet, aber sie zielen

¹⁰⁵ BBl 2002 Nr. 8, 26. Februar 2002, S. 1283. Siehe auch den Beitrag der Schweiz *Lignes directrices pour les négociations prescrites sur les services* zuhanden des Dienstleistungsrats, Sondersitzung, WTO-Dokument S / CSS / W / 16 vom 5. Dezember 2000.

¹⁰⁶ Vgl. Antwort des Bundesrates vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer. Der Schweiz wurden jedoch Begehren von China, den Vereinigten Staaten, Norwegen, Japan, Neuseeland und Indien vorgebracht.

auch darauf ab, «die Interessen aller Beteiligten auf der Grundlage des gemeinsamen Nutzens zu fördern und ein insgesamt ausgeglichenes Verhältnis von Rechten und Pflichten zu gewährleisten» (Art. XIX Abs. 1). Dieses ausgeglichene Verhältnis wäre sicher eher gewährleistet, wenn alle Mitglieder der WTO bestimmte Grundsätze in gleicher Weise verstehen würden.¹⁰⁷

5. In diesem Zusammenhang ist es von Interesse, die Verhandlungsvorschläge einiger anderer Länder betreffend Bildungsdienstleistungen zu betrachten. Die Vereinigten Staaten betonten in einer Eingabe bezüglich der Bereiche höhere Ausbildung (Tertiärstufe), Erwachsenenbildung und Berufsbildung¹⁰⁸ von Beginn an, dass das Bildungswesen grundsätzlich in den Aufgabenbereich des Staates fällt, dass aber die Mehrzahl der Staaten eine Koexistenz von privaten und öffentlichen Bildungsdienstleistungen duldet. Der Vorschlag der USA weist ferner darauf hin, dass die Staaten zur Erreichung ihrer nationalen politischen Zielsetzungen sich ein Regelrecht wahren müssen und sie in den angesprochenen Sektoren auch weiterhin eine wichtige Rolle als Dienstleistungsanbieter spielen.

Neuseeland unterstreicht, dass der Bildungsbereich angesichts der «rôle crucial de l'éducation dans le développement économique et social»¹⁰⁹ für alle Mitglieder eine zentrale Bedeutung innehat. Ferner betonte das Mitglied, dass in diesem Sektor auf Grund der Eigenschaft der Bildung als «bien public» und der bedeutenden Rolle des Staates bis heute weniger Verpflichtungen eingegangen wurden als in anderen Bereichen.¹¹⁰

Australien konstatiert, dass der öffentlichen Hand aller Staaten alleine oder in Partnerschaft mit Privatpersonen und Organisationen des privaten und des nicht-staatlichen Sektors eine bedeutende Rolle in der Finanzierung, Erbringung und Reglementierung des Bildungsbereichs zukommt¹¹¹ und fügt hinzu, dass der Handel mit Bildungsdienstleistungen zwar international an Bedeutung gewinnt, die Anzahl der im Rahmen des GATS eingegangenen Verpflichtungen im Bildungsbereich jedoch geringer ist als in anderen Bereichen. In seinen Vorschlägen listet Australien die spezifischen Grundsätze auf, die es bei der Liberalisierung des Handels mit Bildungsdienstleistungen für wichtig erachtet und zu denen die Regel gehört, dass die Verhandlungen in diesem Bereich die Mitglieder nicht daran hindern sollen, «d'établir leurs propres objectifs en matière d'éducation, ni d'appliquer les mesures de réglementation nécessaires pour les atteindre».

Auch Japan anerkennt die zentrale Rolle des Staates im Bildungsbereich und stellt insbesondere fest, dass zahlreiche Mitglieder dem Staat die alleinige

¹⁰⁷ Die dritte im Rahmen dieser Studie gestellte Frage bezieht sich besonders auf das Konzept des Service public.

¹⁰⁸ WTO-Dokument S / CSS / W / 23 vom 18. Dezember 2000.

¹⁰⁹ WTO-Dokument S / CSS / W / 93 vom 26.06.2001.

¹¹⁰ Die Eingabe hält ferner fest, dass Neuseeland – wie auch die Schweiz – lediglich Verpflichtungen für die Erbringung Bildungsdienstleistungen in den Bereichen Primarschule, Sekundarstufe und höhere Ausbildung eingegangen ist.

¹¹¹ WTO-Dokument S / CSS / W / 110 vom 1. Oktober 2001.

Verantwortung im Bildungsbereich auf Primar- und Sekundarstufe vorbehalten.¹¹²

In der Sondersitzung des Rates für Dienstleistungshandel vom 19. bis 22. März 2002 hatte die schweizerische Delegation Gelegenheit darauf hinzuweisen, dass «le droit de réglementer des membres était d'un intérêt capital pour toutes les délégations» und dass «le secteur des services d'enseignement n'était pas de ceux où on pouvait déroger à ce principe d'une extrême importance»¹¹³. Auf eine vom Schweizer Vertreter gestellte Frage präzisierte der Vertreter Japans, dass das Angebot seines Landes sich auf die höhere Bildung beziehe, «puisque l'enseignement primaire et secondaire relevait exclusivement des Etats»¹¹⁴.

Im Verlaufe dieser Sondersitzung konstatierte der Vorsitzende des Rates, dass die Mitglieder dem Bildungsbereich eine grosse Bedeutung beimessen und dass der Staat in diesem Bereich auch weiterhin eine zentrale Rolle «tant en réglementation qu'en prestation de services»¹¹⁵ spielen wird. Den Ergänzungen des Vorsitzenden zufolge halten die Mitglieder, die in diesem Sektor Angebote unterbreitet haben, daran fest, dass die Liberalisierungsmassnahmen «pouvaient servir à soutenir la politique nationale en éducation et à compléter la gamme en place de services éducatifs».

6. An dieser Stelle soll auf ein wichtiges Dokument der Generaldirektion Bildung und Kultur der Europäischen Kommission zuhanden der zuständigen Erziehungsminister verwiesen werden, nämlich das Dokument *Education and the GATS* vom 25. Oktober 2002.¹¹⁶

In diesem Bericht stellt die Kommission die grundsätzliche Frage nach der Rolle des GATS im Bildungsbereich. Die Mehrzahl der Mitglieder der Europäischen Gemeinschaft geht davon aus, dass die Gemeinschaft im Rahmen der Uruguay-Runde bereits eine ausreichende Anzahl von Verpflichtungen eingegangen ist und dass keine neuen Zugeständnisse zu erwägen sind. Ein Mitglied geht weiter und fragt, ob es nicht opportun sei, die Möglichkeit einer Rücknahme eingegangener Verpflichtungen zu untersuchen.

Alle Staaten unterstreichen die Notwendigkeit, die Eigenschaften der Bildung als «service public» oder «bien public» zu wahren¹¹⁷. Ihre ausdrückliche oder unausgesprochene Sorge geht mit der fortdauernden Ungewissheit über die Anwendbarkeit der diesbezüglichen GATS-Bestimmungen einher, namentlich der bereits mehrfach zitierten Ausschlussklausel in Artikel I Absatz 3 Buchstabe b über die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachten Dienstleistungen:

¹¹² WTO-Dokument S / CSS / W / 137 vom 15. März 2002.

¹¹³ WTO-Dokument TN / S M / 1 vom 5. Juni 2002, S. 68.

¹¹⁴ Vorgängig zitiertes WTO-Dokument, S. 69.

¹¹⁵ Vorgängig zitiertes WTO-Dokument, S. 68.

¹¹⁶ Dokument EAC. A. 4 / ROK D (02) 22652, *Council Meeting (Education) 12 November 2002*.

¹¹⁷ Vorgängig zitiertes Dokument, S. 2.

«The concern – explicit in some replies and latent in others – mainly springs from uncertainty about how the GATS rules for the exemption of public services apply or could apply in the future to an evolving and increasingly heterogeneous education sector, in which private operators increasingly coexist alongside public institutions and the latter institutions themselves operate in some respects on a basis analogous to private providers [...].»

Bezüglich der im Bildungsbereich an die Gemeinschaft gerichteten Anfragen hebt die Kommission hervor, dass keine Anfrage die von der Gemeinschaft vorgenommene Beschränkung auf die «privately – funded services» in Frage stellt.

Angesichts der Besorgnis der Mitglieder der Gemeinschaft¹¹⁸ sah sich die Kommission veranlasst zu fragen, ob für sie der Zeitpunkt gekommen sei, ein internationales Vorgehen zu initiieren («some „pre-emptive” action»). Dieses Vorgehen könnte die Form einer auslegenden Erklärung annehmen, welche auf bereits bestehende Texte der UNESCO verweist, in denen die Eigenschaft der Bildung als «bien public» betont wird. Die Kommission fährt fort: «Such an approach might find support from non-EU countries, as countries which have submitted negotiating proposals on education [which] also stress the special character of education as a public good and the need for it to continue as a public service. The aim would be to ensure general acceptance that the coexistence of private suppliers with public systems does not constitute „competition with other service suppliers”, which would undermine the protection afforded by Article I 3 c of the GATS.»

7. Dieser auf den ersten Blick «viel versprechende» Ansatz wird in den allgemeinen Schlussfolgerungen¹¹⁹ erneut aufgenommen. Wie oben bereits dargelegt, schliesst der Charakter des GATS das Anbringen von Vorbehalten im Sinne des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge¹²⁰ aus. Der Bericht der Europäischen Kommission erwägt die Möglichkeit einer «auslegenden Erklärung»¹²¹. Ohne Zweifel wäre es aber vorzuziehen, zunächst die in Artikel 31 des Wiener Übereinkommens vorgesehenen Möglichkeiten auszuloten. Dieser Artikel verankert die allgemeine Auslegungsregel eines Vertrages¹²² und stipuliert in Absatz 3:

«Ausser dem Zusammenhang sind [für die Auslegung eines Vertrages] in gleicher Weise zu berücksichtigen:

- a) jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen;

¹¹⁸ Die Besorgnis der EU-Mitglieder unterscheidet sich nur unwesentlich von jener der Kantone.

¹¹⁹ Vgl. Teil C Ziffer 14 unten.

¹²⁰ Vgl. Fussnote 70 oben.

¹²¹ Vgl. Paul Reuter, a.a.O. (Fussnote 22), S. 71: «L'essence de la 'réserve' est de poser une condition: l'Etat ne s'engage qu'à la condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués... Bien souvent l'intention des Etats est exprimée d'une manière ambiguë, le plus souvent pour des raisons de politique intérieure, notamment en qualifiant de «Déclarations interprétatives» des prises de position dépourvues d'effet si elles ne constituaient pas des réserves [...].» Siehe auch Patrick Daillier / Alain Pellet, Droit international public, 7. Ausgabe, Paris 2002, S. 179.

¹²² Vgl. Einleitung Teil A Kapitel II Ziffer 1 bis 3.

- b) jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht;
- c) jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz.»

An dieser Stelle soll erneut auf Artikel IX Absatz 2 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation verwiesen werden:

«Die Ministerkonferenz und der Generalrat¹²³ besitzen die ausschliessliche Befugnis zur Auslegung dieses Abkommens und der Multilateralen Handelsübereinkünfte¹²⁴. Bei der Auslegung einer Multilateralen Handelsübereinkunft in Anhang 1 üben sie ihre Befugnis auf der Grundlage einer Empfehlung des Rates aus, der das Funktionieren der betreffenden Übereinkunft überwacht¹²⁵. Ein Auslegungsbeschluss wird mit einer Mehrheit von drei Vierteln der Mitglieder gefasst. Dieser Absatz wird nicht in einer Weise angewendet, durch die die Bestimmungen des Artikels X über Änderungen ausgehöhlt würden.»

Abgesehen von der Zweckmässigkeit eines solchen Vorgehens ist es nahezu ausgeschlossen, dass die zuständigen Organe der WTO damit einverstanden wären, gewisse Bestimmungen des GATS wie beispielsweise Artikel I Absatz 3 Buchstabe b und c («Dienstleistungen [...], die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden») auf eine als «authentisch» qualifizierbare Weise auszulegen, die einer Revision des Abkommens gleichkäme¹²⁶.

Allerdings wäre es denkbar, dass sich im Rahmen der laufenden Verhandlungen über den Dienstleistungshandel¹²⁷ eine «spätere Übung» im Sinne von Artikel 31 Absatz 3 Buchstabe b des Wiener Übereinkommens darüber abzeichnet, in welcher Weise gewisse grundlegende, namentlich im Bildungsbereich zentrale Bestimmungen des GATS auszulegen seien. Man könnte sogar weiter gehen und unter Hinweis auf das oben erwähnte Dokument der Europäischen Kommission¹²⁸ fragen, ob verschiedene bestehende Texte der UNESCO und des Europarates im Sinne von Artikel 31 Absatz 3 Buchstabe c des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge nicht als ein «in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare[r] einschlägige[r] Völkerrechtssatz» ausgelegt werden können.

¹²³ Die Ministerkonferenz setzt sich aus Vertretern aller WTO-Mitglieder zusammen und tagt mindestens einmal alle zwei Jahre (Art. IV Abs. 1 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation). Der Generalrat, dem ebenfalls Vertreter aller Mitglieder angehören, tagt «bei Bedarf» (Art. IV Abs. 2). In der Zeit zwischen den Tagungen der Ministerkonferenz werden deren Aufgaben vom Generalrat übernommen. Ferner nimmt der Generalrat die Aufgaben wahr, die ihm auf Grund dieses Abkommens übertragen sind.

¹²⁴ Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen zählt ebenfalls zu diesen Handelsübereinkünften.

¹²⁵ Im Falle des GATS handelt es sich hierbei um den Rat für Dienstleistungshandel.

¹²⁶ Vgl. Patrick Daillier / Alain Pellet, a.a.O. (Fussnote 121), S. 258 und 259.

¹²⁷ Vgl. namentlich das Pressecommuniqué der WTO vom 28. Juni 2002 (PRESS / 300): *Les négociations sur les services offrent de réelles possibilités à tous les membres de l'OMC et surtout aux pays en développement.*

¹²⁸ Vgl. Ziffer 5 oben.

8. Ein kürzlich gefällter Schiedsspruch, der sich in diesem Punkt auf die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs in Den Haag bezieht, bestätigt, dass die in Artikel 31 Absatz 3 Buchstabe b genannte «späte Übung» als relevant zu gelten hat, namentlich wenn es sich um eine «Gründungsurkunde einer internationalen Organisation» handelt oder um ein Abkommen, das «im Rahmen einer internationalen Organisation angenommen» wurde (Art. 5 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge)¹²⁹. Eine solche «späte Übung» in der Anwendung des GATS könnte beispielsweise das Ergebnis von gemeinsamen Stellungnahmen von in einer Sache vorrangig betroffenen Staaten sein, die eine «Übereinstimmung» bezüglich der Auslegung der grundlegenden Bestimmungen des GATS erkennen lassen. Diese Übung müsste vom Rat für Dienstleistungshandel angemessen bestätigt werden¹³⁰. Auf einige Übereinstimmungen in den Vorschlägen, welche verschiedene Länder¹³¹ im Rahmen der Verhandlungen über die Bildungsdienstleistungen vorgebracht haben, wurde bereits hingewiesen (Bedeutung der Rolle des Staates, Regelkompetenz des Staates zur Erreichung seiner nationalen politischen Zielsetzungen, Konzept des «bien public», usw.).

Diese Stellungnahmen könnten als «auslegende Erklärungen» qualifiziert werden, vorausgesetzt sie werden nicht als «Vorbehalte» im formalen Sinne¹³², sondern vielmehr als Stellungnahmen interessierter Staaten und der WTO interpretiert, die bezwecken, Bedeutung und Geltungsbereich gewisser Bestimmungen des GATS zu klären und zu präzisieren¹³³.

9. Für die Schweiz¹³⁴ müssten diese «auslegenden Erklärungen» die vom Bundesrat beziehungsweise von den Eidgenössischen Departementen bis anhin eingenommene Haltung zur Bedeutung und Tragweite der von den Mitgliedern des GATS eingegangenen spezifischen Verpflichtungen in einem möglichst weiten Sinne reflektieren. Die nachfolgenden Stellungnahmen des Bundesrates und der Eidgenössischen Departemente mögen hierbei als Anregung dienen:

- a) Beim GATS geht es nur um den Marktzugang für ausländische Dienstleistungsanbieter und deren Nichtdiskriminierung durch die Behörden des Gastlandes durch Errichtung eines Rahmens, in dem die Mitglieder

¹²⁹ Vgl. noch unveröffentlichten Teilentscheid des Haager Ständigen Schiedsgerichtshof vom 22. November 2002 über den Rückkauf der von Privataktionären gehaltenen Aktien der Bank für internationalen Zahlungsausgleich durch die Bank, Ziffer 145. Siehe auch: Patrick Daillier / Alain Pellet, a.a.O. (Fussnote 121), S. 261.

¹³⁰ Vgl. das in Fussnote 127 zitierte Pressecommuniqué, aus dem hervorgeht, dass die vom Rat für Dienstleistungshandel im März 2001 angenommenen Richtlinien für die Verhandlungen ausdrücklich das Recht der Mitglieder anerkennen, «die Erbringung von Dienstleistungen [...] zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen».

¹³¹ Vgl. Kapitel II Ziffer 5 oben.

¹³² Vgl. Fussnote 121 oben.

¹³³ Vgl. Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 121), S. 179.

¹³⁴ Von Interesse dürfte sein, dass die Schweiz für den Bereich audiovisuelle Dienstleistungen dem WTO-Sekretariat eine Eingabe unterbreitet und darin betont hat, dass der Bereich Audiovision neben einem bedeutenden Wirtschaftszweig auch ein Träger kultureller Besonderheit ist (WTO-Dokument S / CSS / W 74 vom 4. Mai 2001).

- individuell und nach eigener Wahl ausgehandelte Verpflichtungen eingehen können¹³⁵.
- b) Selbst wenn ein Staat in einem bestimmten Sektor spezifische Verpflichtungen eingeht, lässt ihm das GATS die Freiheit, in diesem Sektor für die ausländischen Anbieter von Inlanddienstleistungen nationale Gesetze anzuwenden, solange sie nicht diskriminierend sind¹³⁶.
 - c) So schützt das GATS einerseits das Recht der Mitglieder, ihre eigenen Politiken für den Service public anzuwenden, andererseits gewährt es den Entwicklungsländern eine Sonderbehandlung¹³⁷.
 - d) Die Verpflichtungen, welche ein Staat im Rahmen des GATS eingehen kann, sollen garantieren, dass ausländische Dienstleistungsanbieter beim Marktzugang nicht diskriminiert werden. Natürlich unterstehen alle Dienstleistungsanbieter, schweizerische ebenso wie ausländische, weiterhin den für ihren Tätigkeitsbereich geltenden gesetzlichen Bestimmungen¹³⁸.
 - e) Das Recht der Mitglieder des GATS, «zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele» zu Regeln zu erlassen, ist ausdrücklich in der Präambel des GATS verankert. Die diesbezügliche Politik der Schweiz wird sich weiterhin auf eigene Erwägungen stützen und dabei internationale Entwicklungen berücksichtigen. Das GATS hat deshalb keine Auswirkungen auf die Grundlagen des Service public in der Schweiz¹³⁹.
10. Weiter oben wurde bereits darauf hingewiesen¹⁴⁰, dass der Bericht der Europäischen Kommission vom 25. Oktober 2002 sich auf verschiedene bereits vorhandene Texte der UNESCO bezieht, welche die Eigenschaft der Bildung als «bien public» betonen. Unter Berücksichtigung der Feststellungen bezüglich der Auslegungsregel im Sinne von Artikel 31 Absatz 3 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge¹⁴¹ wäre es wünschenswert, dass die angestrebten «auslegenden Erklärungen» auf solche völkerrechtlichen Instrumente verweisen¹⁴². Hierbei handelt es sich in erster Linie um die Konvention von Lissabon über die gegenseitige Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region, die am 11. April 1997 zur Unterzeichnung aufgelegt wurde und die für die Schweiz am

¹³⁵ Vgl. Antwort des Bundesrates vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer vom 20. März 2002. Vgl. ebenso Kapitel II Ziffer 4.

¹³⁶ Vgl. die in Fussnote 135 zitierte Antwort. Zur Erinnerung: Art. XIX des GATS regelt das Aushandeln der spezifischen Verpflichtungen und präzisiert in Absatz 2, dass der fortschreitende Liberalisierungsprozess «unter angemessener Berücksichtigung der nationalen politischen Zielsetzungen» stattfindet. Die Präambel des Abkommens ihrerseits anerkennt das Recht der Mitglieder, zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen.

¹³⁷ Vgl. in Fussnote 135 zitierte Antwort oben.

¹³⁸ Vgl. Antwort des Bundesrates vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer.

¹³⁹ Vgl. Antwort des Eidgenössischen Departements des Innern und des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom 20. September 2002 auf das Schreiben der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren vom 9. Juli 2002.

¹⁴⁰ Vgl. Ziffer 6 oben.

¹⁴¹ Vgl. Ziffer 7 oben.

¹⁴² Dies sollte unabhängig von den in der Beantwortung der vierten Frage (vgl. Kapitel IV Ziffer 1 ff) gezogenen Schlüssen erfolgen, die sich namentlich auf den Geltungsbereich des GATS im Verhältnis zu anderen multilateralen und bilateralen Übereinkommen (Konvention von Lissabon, Erklärung von Bologna usw.) beziehen.

1. Februar 1999 in Kraft trat¹⁴³. Die Mitglieder der Konvention von Lissabon bekräftigen, «dass die grosse Vielfalt der Bildungssysteme in der europäischen Region deren kulturelle [...] Vielfalt widerspiegelt und ein ausserordentliches Gut darstellt, das es in vollem Umfang zu achten gilt» (Präambel Beweggrund 3).

11. In ihrem Schreiben an die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren vom 20. September 2002 betonen das Eidgenössische Departement des Innern und das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement den Willen des Bundesrates, im Hinblick auf die Formulierung einer schweizerischen Position bei den GATS-Verhandlungen 2000 die Kantone auch weiterhin zu konsultieren, namentlich bezüglich der Antwort auf von Drittländern der Schweiz unterbreitete Anfragen. Die Departemente fügen hinzu, dass, sollten im Laufe der GATS-Verhandlungen wesentliche Fragen bezüglich des Bildungsbereichs aufkommen, «les cantons continueront d'être dûment impliqués dans de telles consultations»¹⁴⁴.

Im Hinblick auf die in Fussnote 62 erwähnte verfassungsrechtliche Situation muss betont werden, dass das Vorgehen beim Abschluss völkerrechtliche Verträge namentlich seit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung am 18. April 1999 geändert wurde¹⁴⁵. So sieht Artikel 54 Absatz 3 der Bundesverfassung vor, dass der Bund in der Ausübung seiner Zuständigkeiten im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten die Zuständigkeit der Kantone berücksichtigt und ihre Interessen wahrt. Ferner legt Artikel 55 Absatz 1 der Verfassung fest, dass die Kantone «an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide [mitwirken], die ihre Zuständigkeiten oder ihre wesentlichen Interessen betreffen». Auf diese Weise haben die Kantone die Gelegenheit, an der Entscheidungsfindung des Bundes angemessen mitzuwirken. Zu diesem Zwecke informiert der Bund die Kantone und holt ihre Stellungnahmen ein (Art. 55 Abs. 2). Den Stellungnahmen der Kantone kommt besonderes Gewicht zu, wenn sie in ihren Zuständigkeiten betroffen sind. In diesen Fällen wirken die Kantone in geeigneter Weise an internationalen Verhandlungen mit (Art. 55 Abs. 3)¹⁴⁶.

¹⁴³ AS 2002 Nr. 37 vom 17. September. Die Konvention von Lissabon liegt für die Mitglieder des Europarates und die Mitglieder der UNESCO, europäische Region, zur Unterzeichnung auf.

¹⁴⁴ Siehe auch die Antwort des Bundesrates vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer, in der der Bundesrat seinen Willen bekräftigt, bei der Ausarbeitung der Verhandlungsmandate im Zusammenhang mit der Runde von Doha die interessierten Kreise einschliesslich der Kantone (sic) gebührend zu berücksichtigen.

¹⁴⁵ Vgl. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, a.a.O., (Fussnote 31), Band I, S. 435 und 436.

¹⁴⁶ Vgl. ebenso das Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, in Kraft getreten am 1. Juli 2000 (SR 138.1).

III

Werden der Begriff des Service public und das System der öffentlichen Subventionen im Bildungsbereich durch die Regeln des GATS tangiert und in Frage gestellt (könnten die einschlägigen kantonalen und eidgenössischen Gesetze als «Handelshemmnisse» aufgefasst werden)?

1. In seiner Antwort vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer hat der Bundesrat mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass das GATS keine Auswirkungen auf die Grundlagen des Service public in der Schweiz hat, und Folgendes hinzugefügt:

«[...] das GATS [ist] in Bezug auf die Deregulierung des Service public neutral: weder verpflichtet noch hindert es ein Land, seinen Service public zu regulieren oder zu deregulieren. So ist jedes Mitglied gemäss seinen internen und externen Interessen seinen Weg gegangen, indem es gegebenenfalls in souveräner Weise Verpflichtungen eingegangen ist. Organisation und Abdeckung des Service public unterscheiden sich im Übrigen spürbar von einem Land zum anderen, sie sind auch nicht starr. Die Schweizer Politik im Bereich Service public wird im Wesentlichen weiter auf eigenen Erwägungen aufbauen, gleichzeitig aber die Entwicklungen auf internationaler Ebene mit berücksichtigen.»

In ihrem Schreiben vom 9. Juli 2002 an den Bundesrat wies die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren darauf hin, dass in den Regeln des GATS nicht im gleichen Sinne zwischen privater und öffentlicher Bildung unterschieden wird wie in der schweizerischen Gesetzgebung, und führte weiter aus¹⁴⁷:

«En effet, le GATS ne prévoit la réserve des services publics que dans le cas où ceux-ci n'ont aucun lien ni aucune incidence sur le secteur économique et commercial, c'est-à-dire dans la mesure où les services publics n'interfèrent pas dans le libre jeu de la concurrence. Or, il est évident que tant les Universités suisses, les Ecoles polytechniques fédérales et les HES ont des liens de plus en plus étroits avec le secteur économique et commercial. De tels liens sont d'ailleurs souvent encouragés par les lois fédérales concernées. Dans ces conditions, il est peu probable qu'au regard des règles du GATS l'enseignement supérieur en Suisse puisse être considéré comme un secteur public n'interférant pas dans le libre jeu de la concurrence.»

Im diesem Zusammenhang ist auch auf die Stellungnahme der «EBENRAIN KONFERENZ – Allianz der Arbeitnehmerverbände» hinzuweisen, die «begründete Befürchtungen für den öffentlichen Dienst» äussert (S. 2):

«Es bestehen also begründete Befürchtungen, dass beispielsweise das Erziehungs- und Gesundheitswesen einer unnötigen und schädlichen privaten

¹⁴⁷ Vgl. hierzu die Stellungnahmen des Bundesrates und der EDK betreffend den Begriff «Service public» in Teil B Kapitel 1 Ziffer 3.

Konkurrenz ausgesetzt bzw. das bei uns heute flächendeckend qualitativ hochstehende Angebot gefährdet würde. Das sozial stark segmentierende angelsächsische Bildungssystem mit einerseits teuren privaten Eliteschulen und andererseits überfüllten unterdotierten Staatsschulen ist kein wünschbares Vorbild [...].»

Und weiter (S. 3 und 4):

«Direkt erbrachte Regierungsdienstleistungen sind zwar ausgenommen ohne aber klar zu definieren, was darunter zu verstehen ist. Jedenfalls ist eine generelle Ausnahme für öffentliche Dienste explizit nicht ins GATS aufgenommen worden bzw. durch Einschränkungen im Artikel I. 3 stark relativiert worden. Danach gehören zu den Regierungsdienstleistungen nur Bereiche, die nicht kommerziell betrieben werden und bei denen kein privater Anbieter in Konkurrenz zu den öffentlichen Diensten vorhanden ist. Damit bleiben viele Unklarheiten und Probleme offen :

[...] Bei der Schule [...] hat die Schweiz 1994 sogar schon Zugeständnisse gemacht und grundsätzlich sämtliche Bildungsstufen und –angebote für private Anbieter geöffnet. Da GATS sich auf die UN-Kategorien abstützt, die nicht zwischen öffentlich und privat unterscheiden, ist offen, ob die Schweizer Einschränkung auf private Unternehmen automatisch die staatlichen Schulen von GATS ausnimmt oder ob der Gleichbehandlungsgrundsatz privater Angebote – beispielsweise eine Subventionierung – zwingend verlangt werden könnte. Hier bestehen zumindest noch offene juristische und völkerrechtliche Fragen.»

2. Im internationalen Kontext beschränkt sich das Sekretariat der WTO in seiner Pressemitteilung vom 28. Juni 2002¹⁴⁸ auf den Hinweis, wonach «les services publics – c'est-à-dire les services fournis par les pouvoirs publics sur une base non concurrentielle et non commerciale – n'entrent pas dans le cadre de l'AGCS (GATS) et ne font pas l'objet de négociations».

Im Rahmen der Versammlung der Regionen Europas verabschiedeten die Europäischen Regionalminister für Kultur und Bildung am 18. Oktober 2002 in Brixen/Bressanone eine Erklärung zur kulturellen Vielfalt und GATS. Darin verleihen sie namentlich ihrer Überzeugung Ausdruck, dass das GATS von grossem Belang ist für die öffentlichen Dienstleistungen in den Bereichen Bildung, Kultur und Medien und dass das GATS dazu tendiert, auf demokratischem Weg vereinbarte Qualität kommerziellen Gesichtspunkten unterzuordnen. Sie fordern, dass Dienste in den Bereichen Bildung, Kultur und Medien zukünftig von der Behandlung im GATS ausgenommen werden¹⁴⁹.

Von Interesse dürfte der Hinweis sein, dass die Europäischen Regionalminister für Kultur, Bildung und Medien in ihrer Erklärung geltend machen, dass sie «nicht davon überzeugt [sind], dass Artikel I-3 des GATS mit seiner Definition von „Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden“

¹⁴⁸ Vgl. Fussnote 127 oben.

¹⁴⁹ Vgl. hierzu die Zusammenfassung der Erklärung von Brixen/Bressanone über kulturelle Vielfalt und GATS.

eine Garantie» in dieser Frage darstellt¹⁵⁰. Sie fordern daher, dass im Rahmen der laufenden Verhandlungen keine Angebote und Forderungen unterbreitet werden, «bis eine klare, eindeutige und bindende Interpretation von Artikel I–3 vorliegt»¹⁵¹.

In diesem Zusammenhang drängt sich auch der Hinweis auf die *Joint Declaration on Higher Education and the General Agreement on Trade in Services* vom 28. September 2001 auf, deren Unterzeichnende¹⁵² Folgendes feststellen: «Very little is known about the consequences of including trade in education services in the GATS», und weiter: «GATS Article I : 3 is recognized as being ambiguous and open to interpretation».

3. Wie bereits erwähnt¹⁵³, hat die Europäische Kommission in ihrer Eingabe vom 25. Oktober 2002 den Vorschlag einer «auslegenden Erklärung» lanciert. Diese soll den Charakter einer «pre-emptive action» haben und unter Verweis auf bestehende völkerrechtliche Instrumente die Eigenschaft des Bildungswesens als «bien public» bestätigen und bekräftigen. Gleichzeitig soll ein allgemeiner Konsens herbeigeführt werden, wonach durch die Koexistenz privater Dienstleistungserbringer und öffentlicher Einrichtungen im Bildungsbereich keine Dienstleistung «im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern» im Sinne von Artikel I Absatz 3 Buchstabe c des GATS erbracht wird. In anderen Worten geht es darum sicherzustellen, dass dem Bildungsbereich jener Schutz anerkannt wird, der gemäss Buchstabe b des erwähnten Artikels den «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachten Dienstleistungen» vorbehalten ist. Dieser Ansatz wurde weiter oben als «viel versprechend» beurteilt¹⁵⁴.

Dennoch muss dieser Ansatz, so interessant er auch erscheinen mag, mit gebührender Umsicht geprüft werden. Ausgehend von der Feststellung, dass es keinen Staat gibt, in dem die Dienstleistungsstrukturen für Bildung, Kultur und Medien ausschliesslich in öffentlicher Hand liegen, kommen die Europäischen Regionalminister und Verantwortlichen für Kultur, Bildung und Medien zum Schluss, dass die «Ausschlussklausel» in Artikel I Absatz 3 des GATS Anlass zu unterschiedlichen Interpretationen gibt: «Wir betrachten dies als eine ständige Bedrohung des Status der öffentlichen Dienstleistungen, da er immer wieder durch den privaten Sektor in Frage gestellt werden kann»¹⁵⁵. Allerdings lässt sich diese Gefahr weder durch die von der Europäischen Kommission

¹⁵⁰ Was die kulturelle Vielfalt betrifft, so verweist die Erklärung namentlich auf die Universale Erklärung zur kulturellen Vielfalt der UNESCO-Generalkonferenz vom 2. Oktober 2001 sowie auf die vom Ministerkomitee des Europarates am 7. Dezember 2000 verabschiedete Erklärung zur kulturellen Vielfalt.

¹⁵¹ Erklärung von Brixen/Bressanone, Ziffer 22.

¹⁵² Namentlich die Association of Universities and Colleges of Canada, der American Council on Education, die European University Association und der Council for Higher Education Accreditation.

¹⁵³ Vgl. Kapitel II Ziffer 6 oben.

¹⁵⁴ Vgl. Kapitel II Ziffer 7 oben. Siehe auch die unter Ziffer 2 oben erwähnte Erklärung von Brixen/Bressanone, in der die Rede von einer «klaren, eindeutigen und bindenden Interpretation» der fraglichen Bestimmung des GATS ist.

¹⁵⁵ Absatz 20 der in Ziffer 2 zitierten Erklärung von Brixen/Bressanone.

vorgeschlagene «auslegende Erklärung» noch durch eine «klare, eindeutige und bindende Interpretation von Artikel I-3»¹⁵⁶ beseitigen.

In der Tat wäre eine solche «Auslegung» beziehungsweise ein Konsens über eine «bindende Interpretation» nur schwer mit dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung vereinbar, die im Sinne der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung¹⁵⁷ interpretiert werden muss, denn Artikel 3 Absatz 2 der Vereinbarung legt fest, dass die Bestimmungen der WTO-Abkommen «gemäss den üblichen Regeln für die Auslegung des Völkerrechts»¹⁵⁸ geklärt werden sollen. Wie bereits erläutert¹⁵⁹, liegt im Rahmen der WTO die ausschliessliche Befugnis zur Auslegung der Multilateralen Handelsübereinkünfte, zu denen auch das GATS gehört, bei der Ministerkonferenz und dem Generalrat¹⁶⁰. Abgesehen davon stellt sich die Frage, wie gewährleistet werden soll, dass eine solche «Auslegung» auf den Bildungsbereich beschränkt ist, wo doch die in Bezug auf den Begriff Service public geäusserten Bedenken auch weitere Sektoren wie beispielsweise die Kultur, die Medien und das Gesundheitswesen betreffen. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass damit in Bezug auf die Anwendung dieser äusserst umstrittenen Bestimmung der Weg frei gemacht würde für weiter gehende Forderungen.

4. In Anbetracht dessen dürfte es konstruktiver (und sinnvoller) sein, das Problem aus einer anderen Perspektive anzugehen. Gemäss Artikel XIX Absatz 2 des GATS, der das Aushandeln spezifischer Verpflichtungen regelt, findet der Liberalisierungsprozess «unter angemessener Berücksichtigung der nationalen politischen Zielsetzungen und des Entwicklungsstands der einzelnen Mitglieder sowohl allgemein als auch in einzelnen Sektoren statt». Die Auslegung dieses Artikels hat vor dem Hintergrund der Präambel des Abkommens zu erfolgen, die «[das Recht] der Mitglieder, zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen», ausdrücklich anerkennt (Beweggrund 4)¹⁶¹. Dies sollte vorzugsweise als rechtliche Basis für die in Kapitel II Ziffern 8 und 9 erwähnten gemeinsamen Stellungnahmen dienen, die als «auslegende

¹⁵⁶ Vgl. Ziffer 2 oben sowie Fussnote 151 betreffend die Erklärung von Brixen/Bressanone. In diesem Zusammenhang dürfte der Hinweis von Interesse sein, dass die Europäische Konvention vom 11. Dezember 1953 über die Gleichwertigkeit der Reifezeugnisse (SR 0.414.1) durch zwei «Erklärungen über die Anwendung» der Konvention ergänzt wurde, die «nicht als offizielle Auslegung der Konvention zu betrachten» sind, sondern zum Ziel haben, die Ansichten des Komitees für Hochschulbildung und Forschung des Rates für kulturelle Zusammenarbeit des Europarates darzulegen.

¹⁵⁷ SR 0.632.20

¹⁵⁸ Die für die Auslegung des GATS geltenden Regeln werden in Kapitel II der Einführung (Teil A) erläutert.

¹⁵⁹ Vgl. Kapitel II Ziffer 7 oben.

¹⁶⁰ Vgl. Artikel IX Absatz 2 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation.

¹⁶¹ Vgl. Kurt Larsen, John P. Martin und Rosemary Morris, a.a.O. (Fussnote 49), S. 13 und 14, die den flexiblen Charakter des GATS unterstreichen. Vgl. auch Pierre Sauv e, a.a.O. (Fussnote 57), S. 15–17, die Kapitel «The GATS and public services» und «GATS and the right to regulate». Zusätzliche Erläuterungen bietet ferner der OECD-Bericht *Trade in Educational Services: Next Steps* vom 24. September 2002 (Dokument DEELSA / ED/ CERI / CD (2002) 10) mit dem als Anhang beigefügten Bericht von Donald Hirsch über das «OECD/US Forum on Trade in Educational Services» vom 23.–24. Mai 2002 in Washington.

Erklärungen» zu qualifizieren sind und die die Haltung des Bundesrates weitest gehend widerspiegeln. Im Falle der Schweiz müssten diese Stellungnahmen auf zwei Arten von Beschränkungen aufbauen, nämlich auf der Beschränkung auf private Dienstleistungen im Bildungsbereich («Private Educational Services») im Sinne von Artikel XVI Absatz 1 des GATS und auf den in der Liste der Schweiz aufgeführten Beschränkungen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung für die verschiedenen Erbringungsarten.

5. In Bezug auf öffentliche Subventionen hält Artikel XV Absatz 1 des GATS fest, dass diese unter bestimmten Umständen zu Verzerrungen im Dienstleistungshandel führen können. Die Mitglieder der WTO werden daher aufgefordert, Verhandlungen zur Ausarbeitung der erforderlichen multilateralen Disziplinen aufzunehmen, um derartige handelsverzerrende Auswirkungen zu vermeiden. Dem Bericht (2001) des Rates für Dienstleistungshandel zu Händen des Generalrats¹⁶² ist zu entnehmen, dass die zuständige Arbeitsgruppe «a continué de réfléchir à la nécessité d'élaborer des disciplines sur les subventions pouvant avoir des effets de distorsion sur le commerce et à l'éventuelle portée de telles disciplines». Im Protokoll der Sitzung des Rates für Dienstleistungshandel vom 19. bis zum 22. März 2002 wird unter dem Kapitel über die Tätigkeiten der nachgeordneten Gremien (Berichte der Vorsitzenden) lediglich darauf hingewiesen, dass in Bezug auf die Subventionen «diverses délégations avaient rappelé l'importance du dossier»¹⁶³. Der Bericht (2002) des Rates für Dienstleistungshandel zu Händen des Generalrats umfasst einen Anhang IV, der dem Bericht der Arbeitsgruppe für die Regeln des GATS (Groupe de travail des règles de l'AGCS [GATS]) zu Händen des Rates für Dienstleistungshandel gewidmet ist¹⁶⁴. Dieser Bericht weist im Zusammenhang mit den Verhandlungen über die Subventionen im Sinne von Artikel XV des GATS darauf hin, dass die erwähnte Arbeitsgruppe am 22. Juli 2002 ein Arbeitsprogramm in Bezug auf die Subventionen verabschiedet hat. Dieses Arbeitsprogramm sieht namentlich vor, dass die Untersuchung von Subventionen auf der Grundlage der von den Mitgliedern gemachten Eingaben fortgesetzt werden soll. Die Mitglieder werden aufgefordert, ihre Eingaben betreffend Subventionen bis zum 31. März 2003 einzureichen.
6. In ihrer Eingabe an den Rat für Dienstleistungshandel betreffend die *Lignes directrices pour les négociations prescrites sur les services* hat die Schweiz bekräftigt, dass sie der Frage der Subventionen grosse Bedeutung beimisst¹⁶⁵. Sie bedauerte, dass auf diesem Gebiet nur geringe Fortschritte zu verzeichnen sind, und wies darauf hin, dass ihrer Ansicht nach die Ausarbeitung von Disziplinen betreffend die Subventionen im Rahmen des GATS «se révélera un travail exigeant beaucoup d'efforts».

Ähnliche Bedenken äusserte namentlich B. Zemp in seiner Eröffnungsansprache zur jährlichen Versammlung der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren, die am 7. und 8. November 2002 in Genf stattfand¹⁶⁶. Der

¹⁶² WTO-Dokument S / C / 14 vom 9. Oktober 2001.

¹⁶³ WTO-Dokument TN / S / M / 1 vom 5. Juni 2002, S. 27.

¹⁶⁴ WTO-Dokument S / C / 16 vom 9. Dezember 2002, S. 14 und 15.

¹⁶⁵ WTO-Dokument S / CSS / W / 16 vom 5. Dezember 2000, S. 4.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu namentlich Teil B Kapitel 1 Ziffer 4 oben.

Zentralpräsident des Dachverbandes Schweizer Lehrerinnen und Lehrer führte Folgendes aus:

«Damit aber dennoch das öffentliche Bildungswesen geschützt bleibt, hat sich die EU 1994 die Ausnahme eintragen lassen, dass Dienstleistungen, die als öffentliche Aufgaben betrachtet werden, staatlichen Monopolen unterliegen können. Ferner hat die EU für ihre Mitgliedstaaten das Recht ausgehandelt, nach eigenem Belieben Bildung zu subventionieren. Die Aufgabe dieser Ausnahmeregelung würde natürlich drastische Änderungen in der europäischen Bildungslandschaft hervorrufen, aber auch in der Kultur, z. B. bei Radio- und Fernsehsendern, die mit öffentlichen Geldern gute Programme finanzieren bis hin zu subventionierten Theatern und Orchestern.»¹⁶⁷

Im Rahmen der laufenden Verhandlungen über den Dienstleistungshandel und insbesondere im Hinblick auf die Gespräche über die Dienstleistungen im Bildungsbereich¹⁶⁸ wies Australien in seiner Eingabe namentlich darauf hin, dass diese Verhandlungen die Mitglieder nicht daran hindern dürften, den Bildungsbereich mit öffentlichen Geldern zu unterstützen, «afin d'atteindre les objectifs de politique et de réglementation nationaux». Die Vereinigten Staaten schlugen in ihrer Eingabe vor, dass Subventionen in den Bereichen höhere Ausbildung, Erwachsenenbildung und Berufsbildung bekannt gemacht werden sollen, und zwar «de manière claire et transparente».

7. Die Schweiz hat auf die Möglichkeit verzichtet, in Bezug auf die horizontalen Verpflichtungen Beschränkungen oder Vorbehalte für die Gewährung von Subventionen im Bildungsbereich zu formulieren. Damit könnte sie sich der Kritik jener aussetzen, welche die Ansicht vertreten, das GATS verpflichte die WTO-Mitglieder dazu, auf einer nicht diskriminierenden Basis sämtlichen Dienstleistungserbringern – namentlich im Bildungsbereich – Subventionen zu gewähren¹⁶⁹. Die Schweiz könnte diese Kritik mit dem Argument entkräften, sie sei lediglich in Bezug auf private Bildungsdienstleistungen spezifische Verpflichtungen eingegangen und das Prinzip der Nichtdiskriminierung sei ein wesentlicher Grundsatz des schweizerischen Rechtssystems und der anwendbaren völkerrechtlichen Bestimmungen¹⁷⁰. Allerdings wird die Frage der Subventionen durch Teil II des GATS (Allgemeine Pflichten und Disziplinen) und nicht durch die Bestimmungen über die spezifischen Verpflichtungen geregelt. Für die Schweiz dürfte es zweckmässiger sein, sich der Argumentation von Pierre Sauvé¹⁷¹ anzuschliessen und darauf hinzuweisen, dass auf dem

¹⁶⁷ Siehe auch Christoph Scherrer, op. cit. (Fussnote 48), S. 25: «Bisher hat sich die EU das Recht vorbehalten, den Marktzugang im Bereich öffentlicher Aufgaben einzuschränken und im Bildungsbereich nach eigenem Belieben zu subventionieren. Diese Ausnahme stellt einen effektiven Schutz für die in öffentlicher Trägerschaft geführten Bildungseinrichtungen dar.» Auf Seite 11 weist der Verfasser des Rechtsgutachtens auf Folgendes hin: «Im Falle von Subventionen steht auch Zweigstellen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats errichtet worden sind, nicht das Recht auf Inländerbehandlung zu: Der Anspruch auf Subventionen der Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten kann auf im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats [...] niedergelassene juristische Person beschränkt werden.»

¹⁶⁸ Vgl. Kapitel II Ziffer 5 oben, in dem die Eingaben der Vereinigten Staaten, Neuseelands, Australiens und Japans erwähnt sind.

¹⁶⁹ Vgl. hierzu Pierre Sauvé, a.a.O. (Fussnote 57), S. 18.

¹⁷⁰ Vgl. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, a.a.O. (Fussnote 31), Band II, S. 482 ff.

¹⁷¹ A.a.O. (Fussnote 57), S. 3.

Gebiet der Subventionen noch keine multilateralen Disziplinen vorhanden sind, und ihre Kräfte auf die diesbezüglichen Verhandlungen zu konzentrieren¹⁷².

8. Ferner wäre zu prüfen, ob die einschlägigen kantonalen und eidgenössischen Gesetze (Begriff des Service public und System von Subventionen) als «Handelshemmnisse» gedeutet werden könnten. In Anbetracht der oben dargelegten Erwägungen¹⁷³ sei hier einmal mehr auf Pierre Sauvé verwiesen, der Folgendes festhält: «while some barriers exist to trade in educational services, there does not appear to be a major problem overall»¹⁷⁴. Pierre Sauvé weist namentlich auf folgenden Sachverhalt hin¹⁷⁵:

«Part of the reason for coming to such conclusion lies in the remarkable pace of change witnessed in the educational services field in recent years, much of which occurred completely outside a trade policy framework. This is not to suggest that barriers to trade or investment in education services do not exist or could not be amenable to gradual reduction or elimination through trade negotiations. Nor does it suggest that the greater transparency and policy predictability that would derive from a higher level of bound liberalization commitments under the GATS would not be beneficial to suppliers and consumers alike. [...]».

Und Pierre Sauvé weiter:

«To the extent that the promotion of internationalisation of education involves collective actions on the part of governments, these may well be pursued through agreements on educational qualifications, academic and cultural exchanges, and so forth, rather than brokered inside the trading system.»

Damit wird die vierte Fragestellung, die im Rahmen dieses Berichts erörtert werden soll, bereits angesprochen. Fest steht, dass die «Handelshemmnisse» in den kantonalen und eidgenössischen Gesetzen für die Schweiz keine völkerrechtlichen Konsequenzen haben, sofern sie ihren in der vorliegenden Studie dargelegten internationalen Verpflichtungen nachkommt¹⁷⁶.

Diese «Handelshemmnisse» erfordern daher von der Schweiz keine besonderen Vorkehrungen, welche über die im vorliegenden Bericht vorgeschlagenen hinausgehen. (vgl. die allgemeinen Schlussfolgerungen in Teil C).

¹⁷² Vgl. Fussnote 5 oben.

¹⁷³ Vgl. Ziffern 1 bis 7.

¹⁷⁴ Pierre Sauvé (a.a.O., Fussnote 57) bezieht sich selbst auf die unter Ziffer 2 und in der Fussnote 152 oben erwähnte *Joint Declaration on Higher Education and the General Agreement on Trade in Services* vom 28. September 2001.

¹⁷⁵ A.a.O. (Fussnote 57), S. 24.

¹⁷⁶ Die bereits erwähnte Eingabe der Vereinigten Staaten betreffend die Verhandlungen im Bereich der Hochschulbildung (vgl. Ziffer 5 oben) enthält eine Liste mit 17 Handelshemmnissen, die in diesem Sektor identifiziert wurden.

IV

Welche Rechtswirkung besitzt das GATS gegenüber anderen multilateralen oder bilateralen Instrumenten (Abkommen / Konventionen / Erklärungen, z. B. Abkommen mit den Nachbarländern über die gegenseitige Anerkennung von Bildungsleistungen im Hochschulbereich, Konvention von Lissabon, Erklärung von Bologna)? Wie wirkt sich das GATS auf die Gültigkeit dieser Instrumente aus, d. h. wird ihre Gültigkeit in bestimmten Belangen eingeschränkt? Ist beispielsweise die Meistbegünstigungsklausel auf Abkommen über gegenseitige Anerkennung von Bildungsleistungen anwendbar?

1. Laut Professor Pierre-Marie Dupuy gilt grundsätzlich, dass «d'un point de vue normatif, chaque traité est indépendant de tous les autres, étant l'expression de la volonté des parties en vue de la réalisation d'un objet qui lui est propre»¹⁷⁷. Das Völkerrecht kennt keine Hierarchie der Rechtsquellen¹⁷⁸. Lediglich im Falle eines Widerspruchs zwischen einer so genannten «zwingenden» völkerrechtlichen Rechtsnorm (*ius cogens*)¹⁷⁹ und einer anderen vertraglichen oder gewohnheitsrechtlichen Norm ist der Grundsatz der Hierarchie der Rechtsquellen anwendbar¹⁸⁰.

In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass mehrere Verträge über denselben Gegenstand beziehungsweise Verträge, deren Gegenstände sich ergänzen, «entretiennent les uns avec les autres des relations parfois complexes de complémentarité et d'interdépendance»¹⁸¹. Die Schwierigkeiten, die in diesem Zusammenhang auftreten können, werden durch Artikel 30 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge geregelt, der sich auf die Anwendung aufeinander folgender Verträge über denselben Gegenstand bezieht. Dabei kommen zwei allgemein bekannte Grundsätze zur Anwendung, nämlich *specialia generalibus derogant* (Spezialregelungen heben generelle Regelungen auf) und *lex posterior priori derogat* (spätere Bestimmungen heben frühere Bestimmungen auf)¹⁸².

Das GATS, welches gemäss Präambel (Beweggrund 2) als «multilateraler Rahmen von Grundsätzen und Regeln für den Dienstleistungshandel» konzipiert wurde, der seinerseits in einen universalen institutionellen Rahmen (die WTO) eingebunden ist, weist eine Reihe von Eigenschaften auf, die es als

¹⁷⁷ *Droit international public*, 6ème édition, Dalloz, Paris 2002, S. 298.

¹⁷⁸ Vgl. Patrick Daillier / Alain Pellet, a.a.O. (Fussnote 121), S. 114.

¹⁷⁹ Im Sinne von Artikel 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (vgl.

Fussnote 11) «ist eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann». Im Kontext der vorliegenden Untersuchung ist die Frage nach dem Vorhandensein einer solchen Norm nicht relevant.

¹⁸⁰ Vgl. Patrick Daillier / Alain Pellet, a.a.O. (Fussnote 121), S. 116.

¹⁸¹ Pierre-Marie Dupuy, a.a.O. (Fussnote 177), S. 298.

¹⁸² Patrick Daillier / Alain Pellet, a.a.O. (Fussnote 121), S. 116.

eigenständiges rechtliches Instrument qualifizieren¹⁸³. Die Beziehungen zwischen dem GATS und anderen Verträgen wie zum Beispiel die Konvention von Lissabon und die Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Bildungsleistungen im Hochschulbereich unterstehen somit nicht den Bestimmungen über die Anwendung aufeinander folgender Verträge über denselben Gegenstand, sondern sie müssen unter Berücksichtigung der Art und des Geltungsbereichs der einzelnen Instrumente geprüft werden.

2. Wie bereits erwähnt¹⁸⁴, verweist die Eingabe der Europäischen Kommission vom 25. Oktober 2002 implizit auf die Konvention von Lissabon über die gegenseitige Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region als massgebendes Instrument. Diese Initiative der Europäischen Kommission zielt darauf ab, in einer «auslegenden Erklärung» die Eigenschaft des Bildungswesens als «bien public» zu bekräftigen.

Die Frage nach der möglichen Beziehung zwischen der Konvention von Lissabon und dem GATS auf dem Gebiet der Hochschulbildung wurde namentlich im Europarat erörtert¹⁸⁵. Per Nyborg fasste den Inhalt der Konvention zusammen und wies insbesondere auf Folgendes hin:

«The General Agreement on Trade in Services (GATS) is a multilateral agreement, which also includes education. Little is yet known about the consequences of GATS for quality, access and equity of higher education. There is in the university sector a fear that GATS may influence the national authority to regulate higher education systems, and have unforeseen consequences on public subsidies for higher education.»

Und weiter:

«Thus, the Lisbon Convention, building on national systems, may secure quality and at the same time hinder the building of barriers against trade in higher education. If GATS should decide to build on the Lisbon Convention, it could enforce quality assessment and free trade between signatory parties at the same time by enforcing a practice in accordance with the Lisbon Convention – albeit through mechanisms external to the Convention. Neither UNESCO nor the Council of Europe have any power for sanctions.»

Abgesehen davon, dass es sich bei den Mitgliedern des GATS nicht um dieselben Länder handelt, die die Konvention von Lissabon beziehungsweise andere regionale Konventionen über die Anerkennung von Qualifikationen ratifiziert haben, scheint es unwahrscheinlich, dass sich das GATS und die derzeit laufenden Verhandlungen im Bildungsbereich negativ auf die bilateralen

¹⁸³ Vgl. Einführung (Teil A). Siehe auch Dominique Carreau / Patrick Juillard, a.a.O. (Fussnote 7), S. 338 und 339.

¹⁸⁴ Vgl. Teil B Kapitel II Ziffer 10 oben. Die Europäische Kommission verweist wörtlich auf «existing Unesco texts on education».

¹⁸⁵ Vgl. Per Nyborg, Vorsitzender des Steering Committee for Higher Education and Research (CDES), Europarat, 16. April 2002, Dokument *The Lisbon Convention and a possible relation to GATS in higher education*. Siehe auch Anhang 2 des Dokuments, das im Hinblick auf die Plenarsitzung dieses Ausschusses am 3. und 4. Oktober 2002 in Strassburg erstellt wurde (Dokument CD-ESR (2002) 10, Strassburg, 13. August 2002).

oder multilateralen Verträge über die Anerkennung von Qualifikationen und Bildungsleistungen im Hochschulbereich auswirken¹⁸⁶, da diese anders gelagerte und sich ergänzende Ziele verfolgen. Im Rahmen des in Kapitel III Ziffer 4 dargelegten «konstruktiven» Ansatzes sollte es möglich sein, in die beabsichtigten «auslegenden Erklärungen» Hinweise auf diese Verträge aufzunehmen, aus denen nicht nur die grosse Vielfalt der bestehenden Bildungssysteme, sondern auch die Bedeutung ersichtlich wird, welche die Vertragsstaaten der Harmonisierung des Zugangs zu Bildungsinstitutionen beimessen.

Ähnliches gilt für die Erklärung von Bologna, mit dem Unterschied jedoch, dass es sich dabei nicht um ein völkerrechtliches Vertragswerk handelt. Die European University Association¹⁸⁷ fordert in einem von ihr veröffentlichten Dokument einen Dialog zwischen Bildungsministern, zuständigen Stellen der Europäischen Kommission und Hochschulsektor einerseits und den Verantwortlichen für die GATS-Verhandlungen andererseits, um die Transparenz in den laufenden Verhandlungen zu verbessern. Dieser Dialog sollte sich an folgenden Grundsätzen orientieren:

- Ratifizierung der Konvention von Lissabon
 - Analyse der Folgen einer Liberalisierung des Dienstleistungshandels auf den Bologna-Prozess und die Schaffung eines europäischen Hochschulraums
 - Erhaltung der Integrität der Hochschulbildungseinrichtungen
 - Förderung der studentischen Erfahrung
 - Unterscheidung zwischen (öffentlichen und privaten) nicht gewinnorientierten Einrichtungen und solchen, die einen gewerblichen Zweck verfolgen
 - Anerkennung der Wichtigkeit, die Qualität der Lehre auf nationaler und regionaler Ebene zu gewährleisten
3. In diesem Zusammenhang müssen auch Geltungsbereich und Konsequenzen von Artikel VII des GATS («Anerkennung») erörtert werden, der zu Teil II des Abkommens (Allgemeine Pflichten und Disziplinen) gehört.

In seiner Botschaft vom 19. September 1994 fasst der Bundesrat den Inhalt dieses Artikels folgendermassen zusammen¹⁸⁸:

«Für die Anerkennung ausländischer Qualifikationsanforderungen zur Erfüllung nationaler Zulassungsvoraussetzungen von Dienstleistungserbringern gilt eine bedingte Meistbegünstigungspflicht¹⁸⁹ (Art. VII). Die Anerkennung (autonom

¹⁸⁶ Die für die Schweiz geltenden Übereinkommen und Verträge finden sich unter den Ziffern 0.414.1 bis 6 der Systematischen Sammlung des Bundes (SR). Dabei dürfte von Interesse sein, dass der Europäischen Konvention vom 11. Dezember 1953 über die Gleichwertigkeit der Reifezeugnisse (SR 0.414.1) beispielsweise eine Erklärung der Schweiz beigefügt wurde, wonach der Bundesrat erklärt, dass der verfassungsmässigen Zuständigkeit der Kantone im Bildungswesen sowie der Hochschulautonomie bei der Anwendung der Konvention Rechnung zu tragen ist.

¹⁸⁷ *The Bologna Process and the GATS Negotiations*, Dokument vom 10. Juni 2002. Ziel der 1999 unterzeichneten Erklärung von Bologna ist die Schaffung eines «europäischen Hochschulraums». Durch die gegenseitige Anerkennung von Hochschulabschlüssen soll die Mobilität der Studierenden gefördert werden.

¹⁸⁸ BBl 1994 IV 252 und 253.

¹⁸⁹ Vgl. die Ausführungen zur Meistbegünstigung in Ziffer 4 unten.

oder auf dem Abkommensweg) von in einem bestimmten anderen Land erworbenen Qualifikationen, Ausbildung, Erfahrung, usw. oder von Zulassungsbescheinigungen muss nicht automatisch auf in anderen Mitgliedsländern erworbene Qualifikationen ausgedehnt werden. Die Anerkennung darf hingegen nicht als Mittel zur Diskriminierung oder als verdecktes Handelshemmnis eingesetzt werden [...]. Das anerkennende Land ist verpflichtet, mit anderen Länder, welche dies wünschen, ebenfalls über vergleichbare Abkommen zu verhandeln, bzw. im Fall der autonomen Anerkennung andere Länder darlegen zu lassen, dass die dort erworbenen Qualifikationen vergleichbar sind und deshalb auch anerkannt werden sollen.»

Die Anerkennung von im Ausland erworbenen Qualifikationen ist für die Liberalisierung des Dienstleistungshandels und insbesondere im Bildungsbereich unbestrittenermassen von zentraler Bedeutung¹⁹⁰. Die Verpflichtungen, die den Mitgliedern kraft Artikel VII des GATS auferlegt werden, sind allerdings von beschränkter Geltung. Gemäss Absatz 2 sind Mitglieder, die Vertragsparteien einer Übereinkunft oder einer Vereinbarung betreffend die gegenseitige Anerkennung sind, verpflichtet, anderen interessierten Mitgliedern «angemessene Gelegenheit zu geben, über den Beitritt zu einer solchen Übereinkunft oder Vereinbarung zu verhandeln oder ähnliche mit ihm auszuhandeln».

Matthias Koehler hält in diesem Zusammenhang fest: «Kern der Norm ist [...] nur die Verpflichtung, in Verhandlungen zu treten»¹⁹¹.

4. Das Prinzip der Meistbegünstigung ist in Teil II des GATS (Allgemeine Pflichten und Disziplinen) in Artikel II verankert. In der Regel ist dieses Prinzip auf sämtliche Massnahmen anwendbar, die unter den Geltungsbereich des Abkommens fallen. In seiner Botschaft vom 19. September 1994 beschreibt der Bundesrat den Geltungsbereich dieses Prinzips wie folgt¹⁹²:

«Das GATS beruht auf der unbedingten Meistbegünstigungspflicht (Art. II). Wird ein ausländischer Anbieter oder seine Dienstleistung auf dem Markt eines Landes zugelassen, muss dieses Land gemäss dem Prinzip der Meistbegünstigung gleiche Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer aller WTO-Partner zu gleichen Bedingungen ebenfalls auf seinem Markt zulassen. Die Gleichbehandlung muss unverzüglich gewährt und darf nicht an Bedingungen (z. B. an das Gegenrecht) geknüpft werden. Dabei ist es unerheblich, ob die Vorteile auf internationalen Verpflichtungen, auf der autonomen Gesetzgebung oder auf der Verwaltungspraxis beruhen. Die Gleichbehandlung ausländischer Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer untereinander verhindert einerseits, dass Anbieter einzelner Länder gegenüber anderen ausländischen Anbietern benachteiligt werden können. Andererseits garantiert die

¹⁹⁰ Vgl. Matthias Koehler, a.a.O. (Fussnote 42), S. 112 und 113.

¹⁹¹ A.a.O. (Fussnote 42), S. 113. Im Hinblick auf die Meistbegünstigungsklausel macht der Autor folgende Feststellung (S. 112 und 113): «Bedeutsam an dieser Regelung ist zum einen, dass die in dieser Materie geschlossenen zwischenstaatlichen Verträge der Meistbegünstigungswirkung entzogen werden, da anderenfalls zusätzliche Beitrittsverhandlungen aufgrund der automatisch gemäss Art. II, Abs. 1, GATS einsetzenden Multilateralisierungswirkung nicht erforderlich wären.»

¹⁹² BBl 1994 IV 250 und 251.

Meistbegünstigung die Teilnahme aller Vertragsstaaten am Liberalisierungsfortschritt, den einzelne WTO-Mitglieder autonom vollziehen oder untereinander aushandeln.»

Absatz 2 des Artikels II des GATS legt fest, unter welchen Bedingungen Ausnahmen von dem in Absatz 1 genannten Grundsatz möglich sind (länderspezifische Befreiungen).

Solche Befreiungen dürfen sich ausschliesslich auf isolierte und konkrete Massnahmen beziehen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verhandlungen bereits in Kraft waren.

Die Schweiz hat eine Reihe von Befreiungen von der Meistbegünstigungspflicht geltend gemacht, um sich einen gewissen Spielraum für die Zusammenarbeit mit bestimmten, vor allem europäischen Ländern zu bewahren¹⁹³. Befreiungen konnten für den audiovisuellen Sektor, den Transportsektor, den Personenverkehr und die Finanzdienstleistungen ausgehandelt werden. Im Bereich des vorübergehenden Aufenthalts von ausländischen natürlichen Personen zur Erbringung von Dienstleistungen ermöglicht eine Befreiung die bevorzugte Behandlung der Angehörigen von EU- und EFTA-Staaten, welche traditionelle Rekrutierungsgebiete der Schweiz darstellen.¹⁹⁴

5. Als wesentliches Kriterium der Meistbegünstigungspflicht nennt das GATS eine «Behandlung, die nicht weniger günstig ist»¹⁹⁵. Die Auslegung dieses Kriteriums war Gegenstand einer Feststellung («constatation») im Bericht der Sondergruppe¹⁹⁶, die sich mit dem Fall «Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes» befasste. Dabei sollte geklärt werden, ob die in Artikel XVII (Inländerbehandlung) Absatz 3 des GATS gebotene Erläuterung des Kriteriums der «nicht weniger günstigen Behandlung», nämlich «eine formal identische oder formal unterschiedliche Behandlung» und die «Wettbewerbsbedingungen», auch bei der Auslegung der Meistbegünstigungspflicht im Sinne von Artikel II des GATS massgebend ist. Die Sondergruppe vertrat die Auffassung, dass das in Artikel II genannte Kriterium der «nicht weniger günstigen Behandlung» ebenfalls in einem weiten Sinne verstanden werden muss, und legte dieses als Verpflichtung, gleichen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern anderer WTO-Mitglieder «nicht weniger günstige» Wettbewerbsbedingungen zu gewähren¹⁹⁷.
6. Der Bildungsbereich wird auf der schweizerischen Liste der Befreiungen von der Meistbegünstigungspflicht nicht erwähnt. Damit ist die Schweiz verpflichtet,

¹⁹³ BBl 1994 IV 273.

¹⁹⁴ BBl 1994 IV 274. Vgl. auch Richard Senti, a.a.O. (Fussnote 1), S. 576.

¹⁹⁵ Vgl. das in Fussnote 5 zitierte Informationsschreiben des WTO-Sekretariats, S. 15.

¹⁹⁶ Gemäss Artikel 6 der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung (SR 0.632.20) ist die Einsetzung von Sondergruppen eine Etappe im Streitbeilegungsverfahren, welches für die verschiedenen multilateralen Handelsabkommen – darunter das GATS – massgebend ist.

¹⁹⁷ Vgl. hierzu das WTO-Dokument WT / DS 27 / R / USA, Absätze 7.298 bis 7.304, auf welches in der in Fussnote 5 erwähnten Schrift des WTO-Sekretariats Bezug genommen wird, S. 15, Fussnote 45. Vgl. auch Matthias Koehler, a.a.O. (Fussnote 42), S. 104 und 105.

auf diesem Sektor gleichen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern aus allen anderen Ländern «nicht weniger günstige» Wettbewerbsbedingungen zu garantieren. Diese Verpflichtung gilt für Massnahmen betreffend den Dienstleistungshandel, die von «zentralen, regionalen oder lokalen Regierungen und Behörden» (Artikel I Absatz 3 Buchstabe a i) des GATS) ergriffen werden, und somit auch für Massnahmen der Kantone. Ferner müssen diese Massnahmen in den Geltungsbereich des GATS fallen (Artikel II Absatz 1). Bei bilateralen und multilateralen Übereinkommen über die Anerkennung von Bildungsleistungen im Hochschulbereich dürfte dies jedoch nicht der Fall sein, da ihr Gegenstand sehr spezifisch ist¹⁹⁸ und diese Übereinkommen unter Berücksichtigung der bestehenden Verbindungen, wie sie beispielsweise zwischen den Ländern der europäischen Region bestehen (Konvention von Lissabon), abgeschlossen wurden.

Professor Richard Senti weist dennoch – und mit gutem Grund – nachdrücklich darauf hin, dass die Meistbegünstigungspflicht im Rahmen des GATS von zentraler Bedeutung ist¹⁹⁹. Ein Beispiel dafür ist die Erbringung einer Dienstleistung eines Mitglieds durch eine geschäftliche Niederlassung in einem anderen Mitgliedsland (Artikel I Absatz 2 Buchstabe c des GATS), und zwar unabhängig von den spezifischen Verpflichtungen, die das betreffende Land in Bezug auf den Marktzugang eingegangen ist. Restriktive Massnahmen, die beispielsweise in einer kantonalen Gesetzgebung verankert sind, müssen so angewendet werden, dass die Wettbewerbsbedingungen für Erbringer von gleichen Dienstleistungen aus allen anderen Ländern «nicht weniger günstig» sind.

Schliesslich dürfte im Zusammenhang mit der Meistbegünstigung der Hinweis von Interesse sein, dass diese Befreiungen gemäss Anhang über Befreiungen zu Artikel II zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GATS bereits bestehen müssen. Alle weiteren nach dem Datum des Inkrafttretens des WTO-Abkommens beantragten Befreiungen werden nach Artikel IX Absatz 3 des WTO-Abkommens behandelt. Damit ist eine nachträgliche Beantragung von Befreiungen praktisch unmöglich, denn gemäss dieser Bestimmung müssen «aussergewöhnliche Umstände» vorliegen und ein entsprechender Beschluss von drei Vierteln der an der Ministerkonferenz vertretenen Mitglieder gebilligt werden. Ferner sollen derartige Befreiungen grundsätzlich einen Zeitraum von zehn Jahren nicht überschreiten, und sie sind auf jeden Fall Gegenstand von Verhandlungen im Rahmen späterer Handelsliberalisierungsrunden (Anhang, Absatz 6).

¹⁹⁸ In der Tat stellt sich die Frage, ob es sich dabei um einen Dienstleistungshandel im Sinne von Artikel I Absatz 2 des GATS handelt. Siehe dazu auch die Erwägungen unter Ziffer 3 oben.

¹⁹⁹ A.a.O. (Fussnote 1), S. 603: «Analog zum GATT ist das Prinzip der Meistbegünstigung ein Kernbereich des GATS.»

C) Zusammenfassung und allgemeine Schlussfolgerungen

1. Das GATS enthält zwei Kategorien von Bestimmungen²⁰⁰. Bei der einen Kategorie handelt es sich um allgemeine Verpflichtungen, von denen einige für sämtliche Dienstleistungssektoren massgebend sind, beispielsweise die Meistbegünstigung (Art. II). Die zweite Kategorie umfasst spezifische Verpflichtungen, die in den entsprechenden nationalen Listen festgehalten sind, welche dem Abkommen als Anhänge beigefügt und Bestandteil des GATS sind. Der Marktzugang (Art. XVI) sowie die Inländerbehandlung (Art. XVII) sind nur so weit anwendbar, als dies in den entsprechenden Listen festgelegt wurde. Ein Mitgliedsland kann seine spezifischen Verpflichtungen, die es in einem bestimmten Sektor eingegangen ist, nur ändern, indem es in anderen Sektoren Ausgleichsmassnahmen gewährt.
2. Im schweizerischen Kontext gelten die Bestimmungen des GATS nicht nur für den Bund, sondern auch für die Kantone und Gemeinden, soweit diese Körperschaften den Marktzugang und die Ausübung von Dienstleistungsaktivitäten durch natürliche Personen regeln²⁰¹.
3. Das GATS ist auf Massnahmen der Mitgliedsländer anwendbar, die den Handel mit Dienstleistungen betreffen (Art. I Abs. 1)²⁰². Der Handel mit Dienstleistungen wird definiert in Anlehnung an vier Arten der Dienstleistungserbringung (Art. I Abs. 2):
 - die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Erbringungsart 1);
 - die Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch einen ausländischen Konsumenten, der sich zu diesem Zweck in ein anderes Land begibt (Erbringungsart 2);
 - die Erbringung einer Dienstleistung durch eine geschäftliche Niederlassung im Ausland (Erbringungsart 3);
 - die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Leistungserbringer, der sich zu diesem Zweck persönlich ins Ausland begibt (Erbringungsart 4).
4. Das GATS deckt nahezu sämtliche Dienstleistungen ab, mit Ausnahme solcher, die «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht» werden (Art. I Abs. 3 Bst. b)²⁰³. Zu den «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachten Dienstleistungen» gehören sämtliche Dienstleistungen, die weder zu geschäftlichen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern bereitgestellt werden (Art. I Abs. 3 Bst. c).
5. Ein Mitglied, welches Beschränkungen in seine Liste betreffend den Marktzugang und/oder die Inländerbehandlung aufnimmt, verpflichtet sich, die bestehenden Beschränkungen zu konsolidieren und sie nicht noch restriktiver zu gestalten²⁰⁴. Ein Land, das in einem bestimmten Sektor und für eine bestimmte

²⁰⁰ Vgl. Teil A Kapitel I Ziffer 2.

²⁰¹ Vgl. Teil A Kapitel I Ziffer 3.

²⁰² Vgl. Teil A Kapitel I Ziffer 3.

²⁰³ Vgl. Teil A Kapitel I Ziffer 3.

²⁰⁴ Vgl. Teil A Kapitel I Ziffer 4.

Erbringungsart den Marktzugang oder die Inländerbehandlung nicht beschränken will, hat dies in der entsprechenden Spalte seiner Liste mit dem Eintrag «None» (keine Beschränkung) zu vermerken. Will sich ein Land die Möglichkeit vorbehalten, für einen bestimmten Sektor oder für eine bestimmte Erbringungsart Massnahmen einzuführen oder weiterhin anzuwenden, die mit dem freien Marktzugang und/oder mit der Inländerbehandlung nicht vereinbar sind, so ist dies in der entsprechenden Spalte seiner Liste mit dem Eintrag «Unbound» (nicht konsolidiert) zu vermerken.

6. In jenen Sektoren, in denen Marktzugangspflichten übernommen werden, ist es den Mitgliedsländern namentlich untersagt, Beschränkungen über die Zahl der Dienstleistungserbringer sowie über die Gesamtzahl der natürlichen Personen, die in einem bestimmten Sektor beschäftigt werden dürfen, aufrechtzuerhalten oder einzuführen (Art. XVI Abs. 2).
7. Für die Änderung der länderspezifischen Listen muss eine Reihe von Bedingungen erfüllt sein (Art. XXI)²⁰⁵. Jede Änderung muss dem Rat für Dienstleistungshandel notifiziert werden, und jedes GATS-Mitgliedsland, das von dieser Massnahme betroffen ist, kann die Aufnahme von Verhandlungen verlangen, um geeignete Ausgleichsmassnahmen zu erreichen. Ausgleichsmassnahmen werden auf der Grundlage der Meistbegünstigung gewährt.
8. In seiner Antwort vom 28. August 2002 auf die Interpellation Pascale Bruderer fasste der Bundesrat die für den Bildungsbereich geltenden Verpflichtungen der Schweiz betreffend den Marktzugang und die Inländerbehandlung zusammen und präziserte, dass diese lediglich auf private Dienstleistungen im Bildungsbereich anwendbar sind²⁰⁶:
 - Dienstleistungen im Bereich obligatorische Schulen (Primarschule und Sekundarstufe I) über die Errichtung einer geschäftlichen Niederlassung, zum Beispiel Gründung einer ausländischen Bildungsinstitution;
 - Dienstleistungen im Bereich nicht obligatorische Schulen (Sekundarstufe II) gemäss den oben erwähnten Erbringungsarten 1, 2 und 3 (grenzüberschreitend, Konsum im Ausland und Erbringung durch Niederlassung im Ausland);
 - Dienstleistungen im Bereich höhere Ausbildung und Dienstleistungen für Erwachsenenbildung der Erbringungsarten 1, 2 und 3.

Der Vollständigkeit halber wies der Bundesrat darauf hin, dass in Bezug auf die vierte Erbringungsart (Personenverkehr) die durch die Schweiz eingegangene Verpflichtung für alle Sektoren horizontal übernommen wurde.

9. Laut Bundesrat widerspiegelt die Liste der spezifischen Verpflichtungen der Schweiz den aktuellen Stand in Bezug auf den Marktzugang. Ferner weist der Bundesrat darauf hin, dass ein Land, welches in einem bestimmten Sektor spezifische Verpflichtungen eingegangen ist, gemäss GATS weiterhin frei ist,

²⁰⁵ Vgl. Teil A Kapitel III.

²⁰⁶ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 5.

diesen Sektor durch die nationale Gesetzgebung zu regeln, unter der Voraussetzung allerdings, dass weder ausländische noch inländische Dienstleistungserbringer benachteiligt werden²⁰⁷.

10. Zahlreiche WTO-Mitglieder, welche im Bildungsbereich Verpflichtungen eingegangen sind, haben namentlich dem so genannten Service public grosses Gewicht beigemessen, in Anlehnung an die Ausschlussklausel in Artikel I Absatz 3 Buchstabe b des GATS («Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden»)²⁰⁸. Dies trifft insbesondere auf die Europäische Union zu, die ihre Verpflichtungen nicht nur auf «privat finanzierte Ausbildungsleistungen» beschränkte, sondern zudem im Hinblick auf die «horizontalen Verpflichtungen» ihre Auslegung des Begriffs «öffentliche Aufgaben» präziserte.
11. Demgegenüber begnügte sich die Schweiz damit, ganz oben auf ihrer Liste unter der Rubrik «Educational Services» eine Beschränkung auf «Private Educational Services» einzufügen²⁰⁹. In seiner Entgegnung auf die laut gewordene Kritik verwies der Bundesrat namentlich auf die Bestimmung der Präambel des GATS, wonach die Mitglieder «zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele» die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet regeln können. In seiner Antwort vom 15. Mai 2002 auf die Interpellation Peter Vollmer fügte der Bundesrat ein weiteres Argument hinzu und führte aus, dass das GATS das Recht der Mitglieder schützt, ihre eigenen Politiken für den Service public anzuwenden: «Das GATS hat keine Auswirkungen auf die Grundlagen des Service public in der Schweiz»²¹⁰.
12. Angesichts der Komplexität des GATS und der nach wie vor bestehenden Ungewissheiten in Bezug auf die Auslegung einiger seiner Bestimmungen, darunter namentlich von Artikel I Absatz 3 Buchstaben b («Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden»), ist es aus juristischer Sicht äusserst schwierig, die Frage nach der Bedeutung und dem Geltungsbereich der von der Schweiz im Bildungsbereich eingegangenen Verpflichtungen eindeutig und präzise zu beantworten. Um zumindest einige dieser Ungewissheiten zu beseitigen, müssen weiter gehende Schritte unternommen und die Massnahmen untersucht werden, die im Rahmen der fortschreitenden Liberalisierung – die eines der Grundprinzipien des GATS darstellt (Teil IV) – allenfalls ergriffen werden könnten²¹¹.
13. Es ist unwahrscheinlich, dass der Bundesrat das Verfahren zur Änderung der Liste der spezifischen Verpflichtungen gemäss Artikel XXI des GATS in die Wege leitet²¹². Unabhängig von der Frage, ob ein solcher Schritt politisch opportun wäre, würde dieses äusserst komplexe Verfahren die Schweiz dazu verpflichten, Ausgleichsmassnahmen in anderen Sektoren als im Bildungsbereich auszuhandeln.

²⁰⁷ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 7.

²⁰⁸ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 9.

²⁰⁹ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 10.

²¹⁰ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 12.

²¹¹ Vgl. Teil B Kapitel I Ziffer 14.

²¹² Vgl. Teil B Kapitel II Ziffer 1.

Hingegen könnten die laufenden Verhandlungen im Anschluss an die WTO-Konferenz in Doha, die insbesondere den Dienstleistungshandel betreffen, der Schweiz Gelegenheit bieten, den Geltungsbereich der von ihr eingegangenen Verpflichtungen im Bildungsbereich zu klären und zu präzisieren, und zwar auf der Grundlage der Antworten des Bundesrates auf die Interpellationen Peter Vollmer und Pascale Bruderer²¹³.

14. In diesem Zusammenhang dürfte der Hinweis von Interesse sein, dass die Europäische Kommission in einem Dokument vom 25. Oktober 2002 selbst die Initiative ergriffen und ein internationales Vorgehen vorgeschlagen hat²¹⁴. Dies könnte im Rahmen einer «auslegenden Erklärung» erfolgen, die auf verschiedene bestehende Texte der UNESCO verweist, welche die Eigenschaft der Bildung als «öffentliches Gut» (bien public) unterstreichen. Anders ausgedrückt geht es darum, dass der im GATS verankerte Schutz für «Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden» (Art. I Abs. 3 Bst. b und c), auch auf den Bildungsbereich anwendbar ist, obgleich dieser Sektor neben öffentlichen auch private Dienstleistungsanbieter umfasst.
15. Im Folgenden wird ein etwas anders gelagertes Vorgehen vorgeschlagen, welches auf den Regeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge beruht. Gemäss Artikel 31 Absatz 3 Buchstabe b dieses Übereinkommens, der Ausdruck des aktuellen Standes des Völkergewohnheitsrechts ist, muss bei der Auslegung eines Vertrages «jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht», berücksichtigt werden²¹⁵. Eine solche «spätere Übung» in der Anwendung des GATS könnte beispielsweise so zu Stande kommen, dass die in einer Sache vorrangig betroffenen Staaten gemeinsame Stellungnahmen verfassen, die eine «Übereinstimmung» betreffend die Auslegung von grundlegenden Bestimmungen des GATS erkennen lassen (namentlich das Recht der Mitglieder, zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln, und vor allem der Begriff der «Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden»).
16. Ferner gilt es zu bedenken, dass sich die Regeln für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge insbesondere seit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999 am 1. Januar 2000 geändert haben²¹⁶. Der neue Artikel 55 Absatz 1 der neuen Verfassung sieht namentlich vor, dass die Kantone «an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide [mitwirken], die ihre Zuständigkeiten oder ihre wesentlichen Interessen betreffen». Zu diesem Zweck hat der Bund die Kantone rechtzeitig und umfassend zu informieren und ihre Stellungnahmen einzuholen (Art. 55 Abs. 2 BV).

²¹³ Vgl. Teil B Kapitel II Ziffer 3 ff.

²¹⁴ Vgl. Teil B Kapitel II Ziffer 6.

²¹⁵ Vgl. Teil B Kapitel II Ziffern 7 und 8.

²¹⁶ Vgl. Teil B Kapitel II Ziffer 11.

Sind sie in ihren Zuständigkeiten betroffen, müssen die Kantone in geeigneter Weise in internationale Verhandlungen einbezogen werden (Art. 55 Abs. 3 BV). Artikel 5 Absatz 1 des am 1. Juli 2000 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (SR 138.1) präzisiert in diesem Zusammenhang, dass der Bund für die Vorbereitung der Verhandlungsmandate und in der Regel auch für die Verhandlungen Vertreterinnen und Vertreter der Kantone beizuziehen hat, falls ausserpolitische Vorhaben die Zuständigkeiten der Kantone betreffen.

17. Der hier vorgeschlagene Ansatz (vgl. Ziffer 15 oben) dürfte zudem von Interesse sein, wenn es darum geht festzustellen, ob im Bildungsbereich der Begriff des Service public und das System der öffentlichen Subventionen von den Bestimmungen des GATS betroffen sind und in Frage gestellt werden. Ausgangspunkt unserer Erwägungen ist Artikel XIX Absatz 2 des GATS betreffend das Aushandeln spezifischer Verpflichtungen²¹⁷. Gemäss dieser Bestimmung «[findet] der Liberalisierungsprozess [...] unter angemessener Berücksichtigung der nationalen politischen Zielsetzungen und des Entwicklungsstands der einzelnen Mitglieder sowohl allgemein als auch in einzelnen Sektoren statt». Die Auslegung dieses Artikels hat vor dem Hintergrund der Präambel des Abkommens zu erfolgen, die «[das Recht] der Mitglieder, zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen», ausdrücklich anerkennt (Beweggrund 4).

Auf dieser rechtlichen Basis könnten die erwähnten gemeinsamen Stellungnahmen formuliert werden, welche unseres Erachtens als «auslegende Erklärungen» zu qualifizieren sind. Bezogen auf die Schweiz bedeutet dies, dass zwei wesentliche Elemente berücksichtigt werden müssen, nämlich zum einen die in der Liste der spezifischen Verpflichtungen genannte Beschränkung auf «private Dienstleistungen im Bildungsbereich» und zum anderen die Beschränkungen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung in Bezug auf die verschiedenen Erbringungsarten von Dienstleistungen.

18. Artikel XV des GATS verpflichtet die Mitglieder, Verhandlungen zur Ausarbeitung der erforderlichen multilateralen Disziplinen aufzunehmen, um Verzerrungen im Dienstleistungshandel zu vermeiden, die unter Umständen durch Subventionen hervorgerufen werden können²¹⁸. Die Schweiz hat betont, dass sie dieser Frage grosse Bedeutung beimisst²¹⁹. Sie hat auf die Möglichkeit verzichtet, in Bezug auf die horizontalen Verpflichtungen Beschränkungen oder Vorbehalte für die Gewährung von Subventionen im Bildungsbereich zu formulieren. Angesichts dessen muss sie sich – in enger Koordination mit den Kantonen – auf die diesbezüglichen Verhandlungen konzentrieren und sich des «Risikos» bewusst sein, dass die einschlägigen kantonalen und eidgenössischen Gesetze als «Handelshemmnisse» aufgefasst werden könnten, die den Bestimmungen des GATS widersprechen.

²¹⁷ Vgl. Teil B Kapitel III Ziffer 4.

²¹⁸ Vgl. Teil B Kapitel III Ziffer 5.

²¹⁹ Vgl. Teil B Kapitel III Ziffer 6.

19. Bei der Frage nach den Beziehungen zwischen dem GATS und den anderen (bilateralen oder multilateralen) Verträgen, die die Schweiz im Zusammenhang mit der gegenseitigen Anerkennung von Bildungsleistungen im Hochschulbereich abgeschlossen hat, drängt sich der Hinweis auf, dass das Völkerrecht keine Hierarchie der Rechtsquellen kennt²²⁰. Aus normativer Sicht muss jeder Vertrag als eigenständige und von anderen Abkommen unabhängige Vereinbarung betrachtet werden. Er ist Ausdruck des Willens der Vertragsparteien, eine spezifische Zielsetzung zu verwirklichen.

Das als «multilateraler Rahmen von Grundsätzen und Regeln für den Dienstleistungshandel» konzipierte GATS, welches seinerseits in einen institutionellen Rahmen (die WTO) eingebunden ist, weist eine Reihe von Eigenschaften auf, die es als eigenständiges rechtliches Instrument qualifizieren. Damit besteht kein Anlass zur Befürchtung, die derzeit laufenden Verhandlungen über Dienstleistungen könnten sich auf die erwähnten bilateralen oder multilateralen Übereinkommen negativ auswirken, namentlich auf die Konvention von Lissabon über die gegenseitige Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region. Im Gegenteil: Gerade im Hochschulbereich könnte die Konvention von Lissabon für die Bemühungen der verhandelnden Parteien, die Qualität im Hochschulbereich zu gewährleisten, wesentliche Impulse aussenden. Artikel VII des GATS, der die Anerkennung beruflicher Qualifikationen regelt, könnte die Grundlage bilden für den Ausbau des bestehenden Netzwerks paralleler und sich ergänzender Vereinbarungen auf diesem Gebiet.

20. Das GATS beruht auf der bedingungslosen Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes (Art. II). In der Regel ist dieses Prinzip auf sämtliche Massnahmen anwendbar, die unter den Geltungsbereich des Abkommens fallen²²¹. Länderspezifische Befreiungen von diesem Grundsatz sind möglich und müssen im entsprechenden Anhang zum Abkommen aufgeführt sein (Art. II Abs. 2). Die Schweiz hat eine Reihe von Befreiungen geltend gemacht, von denen jedoch nur eine einzige den Bildungsbereich betrifft: In Bezug auf den vorübergehenden Aufenthalt von natürlichen Personen, die Dienstleistungen erbringen, können kraft dieser Befreiung aus den EU- und EFTA-Ländern stammende Personen bevorzugt werden. Eine Erweiterung der Liste der von der Schweiz formulierten Befreiungen dürfte kaum in Frage kommen.

Dieser Grundsatz ist für das System des GATS von wesentlicher Bedeutung, denn er ist dahingehend auszulegen, dass für alle vergleichbaren Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer ungeachtet ihrer Herkunft nicht weniger günstige Wettbewerbsbedingungen gewährleistet sein müssen. Angesichts dessen könnten die in den kantonalen Gesetzgebungen verankerten Restriktionen betreffend die Erbringung von Bildungsdienstleistungen durch eine geschäftliche Niederlassung in der Schweiz im Widerspruch zu diesem

²²⁰ Vgl. Teil B Kapitel IV Ziffer 1 ff.

²²¹ Vgl. Teil B Kapitel IV Ziffer 3.

Grundsatz stehen, und zwar selbst dann, wenn die Schweiz keine spezifischen Verpflichtungen bezüglich des Marktzugangs in diesem Sektor eingegangen ist.

D) Anhänge

Spezifische Verpflichtungen der Schweiz im Bildungssektor

SECTOR-SPECIFIC COMMITMENTS					
Modes of supply :	1) Cross-border supply	2) Consumption abroad	3) Commercial presence	4) Presence of natural persons	
Sector or Sub-Sector	Limitations on Market Access		Limitations on National Treatment		Additional Commitments
5. Educational Services					
Private Educational Services:					
- Compulsory education services (primary & secondary I)	1)	Unbound*	1)	Unbound	
	2)	Unbound	2)	Unbound	
	3)	None**	3)	None	
	4)	Unbound	4)	Unbound	
- Non-compulsory secondary education services (secondary II)	1)	None	1)	None	
	2)	None	2)	None	
	3)	None	3)	None	
	4)	Unbound except as indicated in Part I	4)	Unbound except as indicated in Part I	
- Higher Education Services (CPC 923)	1)	None	1)	None	
	2)	None	2)	None	

	3)	None	3)	None	
	4)	Unbound except as indicated in Part I	4)	Unbound except as indicated in Part I	
- Adult Education Services (CPC 924)	1)	None	1)	None	
	2)	None	2)	None	
	3)	None	3)	None	
	4)	Unbound except as indicated in Part I	4)	Unbound except as indicated in Part I	

* «Unbound» = nicht konsolidiert (keine Verpflichtung)

** «None» = keine Beschränkung (offen)

Liste der konsultierten Werke

1. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Band I und II, Bern 2000
2. Dominique Carreau / Patrick Juillard, *Droit international économique*, 4. Ausgabe, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1998
3. Patrick Daillier / Alain Pellet, *Droit international public*, 7. Ausgabe, L. G. D. G., Paris 2002
4. Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 6. Ausgabe, Dalloz, Paris 2002
5. Christian Etter, «Das Dienstleistungsabkommen der Uruguay-Runde und seine Bedeutung für die Schweiz», in : Thomas Cottier (Hrsg.), *GATT-Uruguay Round*, Bern 1995, S. 91 bis 105
6. Heinz Hauser / Kai-Uwe Schanz, *Das neue GATT – Die Welthandelsordnung nach Abschluss der Uruguay-Runde*, 2. Ausgabe, München 1995
7. Matthias Koehler, *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)*, Schriften zum Internationalen Recht, Band. 106, Berlin 1999
8. Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2. Ausgabe, Presses universitaires de France, Paris 1985
9. Christoph Scherrer, *GATS – Verhandlungsrunde im Bildungsbereich*, Gutachten für die Max-Traeger-Stiftung, Universität Kassel, April 2002, S. 4.
10. Richard Senti, *WTO-System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, Schulthess, Zürich 2000